

O controle judicial do mérito da atividade administrativa

Rômulo Pizzolatti

TESE APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
DOUTOR EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO

Orientador: Prof. Dr. Silvio Dobrowolski

FLORIANÓPOLIS
2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO SÓCIO-ECONÔMICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A TESE

**O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DA
ATIVIDADE ADMINISTRATIVA,**

elaborada por Rômulo Pizzolatti e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

Florianópolis, 21 de junho de 2001.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Silvio Dobrowolski

Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi

Prof. Dr. Sérgio Cademartori

Prof^a Dr^a Odete Medauar

Prof. Dr. José Alfredo de O. Baracho

Professor Orientador:

Prof. Dr. Silvio Dobrowolski



Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Christian Guy Caubet



A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

Resumo

Trata a presente Tese do problema do “mérito” da atividade administrativa e das perspectivas que se abrem ao seu controle judicial, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil possui instituições sociais, jurídicas e políticas peculiares, sendo por elas plasmada a administração pública brasileira. Deste modo, não é possível simplesmente importar idéias estrangeiras acerca do controle da administração pública, pensadas para realidades diversas.

Uma destas idéias alienígenas, que não se acomoda à realidade brasileira, é a de que a divisão de poderes impede que o poder judiciário invada certo âmbito da atividade administrativa, conhecido com o seu “mérito”. Neste âmbito, os administradores públicos estariam livres do Direito e do controle judicial. Todavia, o modelo brasileiro de divisão dos poderes é compatível com o controle do próprio “mérito” da atividade administrativa.

O estudo do problema do mérito da atividade administrativa e das perspectivas de seu controle judicial demanda investigações preliminares sobre o nascimento e o desenvolvimento da administração pública em geral e da administração pública brasileira em particular, assim como sobre o perfil do poder judiciário nas sociedades contemporâneas e no Brasil.

A teoria do garantismo, tal como exposta pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, fundamenta a proposição de controle judicial do mérito da atividade administrativa. Segundo esta teoria, no Estado de Direito o poder público se encontra vinculado ao direito positivo, devendo encaminhar-se à satisfação dos direitos fundamentais. Espaços de poder no seio da administração pública configuram disfunções que podem ser reduzidas e até suprimidas mediante o desenvolvimento de técnicas de garantia dos direitos.

Embora tenha sido desenvolvida a partir do direito penal e à luz da realidade italiana, a teoria do garantismo vem ao encontro das necessidades da administração pública brasileira, cuja grande disfunção é justamente a inexistência ou precariedade de controles.

Por outro lado, o controle da atividade administrativa pelo poder judiciário no Brasil tem progredido significativamente desde os começos da República, ganhando novo impulso com a Constituição de 1988. Seu próximo passo, verdadeiramente revolucionário, estaria no reconhecimento, pela comunidade jurídica e pela jurisprudência dos tribunais, do fundamento e da viabilidade do controle judicial do mérito do atuar da Administração.

A processualização da atividade administrativa é uma das várias tendências do direito administrativo contemporâneo que contribuirá para viabilizar o controle proposto pela Tese. As decisões administrativas devem ser precedidas de um processo, com a participação dos interessados, exigindo-se que sejam motivadas à luz dos elementos colhidos. Se antes o Judiciário não controlava o “mérito” dessas decisões, por falta de base empírica, agora isto já será possível.

O que definitivamente torna possível falar em um controle judicial do mérito da atividade administrativa é o reconhecimento de que o poder público não se vincula somente (a) às regras jurídicas explícitas, que determinam como deve agir. A

administração pública está vinculada também (b) aos princípios constitucionais e aos princípios jurídicos em geral, (c) às diretrizes constitucionais e legais e ainda (d) aos termos legais indeterminados.

Não terá grande significado propor o aprofundamento, no plano vertical, do controle da Administração, se ao mesmo tempo não for proposta a redefinição do objeto tradicional do controle judicial da ação administrativa. Com efeito, a tradição jurídica fala apenas no controle dos “atos” administrativos, entendidos como atos isolados, de efeitos concretos. Todavia, contemporaneamente a “atividade administrativa” não se limita a atos deste tipo. Estende-se ela, no plano horizontal, a manifestações de maior impacto e relevância social, como as políticas públicas, os atos normativos, os processos administrativos e os contratos de gestão.

Muitos obstáculos há no caminho do controle judicial proposto. Um dos mais poderosos é o dogma da impossibilidade de os juízes se substituírem aos administradores. Consiste na idéia de que o juiz, verificando que o administrador decidiu contra o Direito, deveria limitar-se a anular a decisão ilegal, exceto nos casos em que ao administrador não restasse outra opção. Certo é, porém, que a atividade judicial, no âmbito no processo civil, é por natureza substitutiva. Se as partes litigantes não se entendem, cabe a um terceiro, o juiz, não apenas interpor-se a elas, mas a elas sobrepor-se, para dizer quem tem razão. Para compor definitivamente o conflito de interesses, deve o juiz impor compulsoriamente uma solução que substitua aquela que tinha de ser, e não foi, voluntariamente adotada pela parte carecedora de razão.

Por fim, para o controle judicial do mérito da atividade administrativa não ficar no plano teórico, depende da criação de novas técnicas processuais, que permitam testá-lo e aperfeiçoá-lo na prática. Entre estas novas técnicas, propõe-se especificamente (a) a

universalização da legitimação para a propositura de ações judiciais contra a Administração em defesa de direitos fundamentais, (b) a criação de uma instrução processual “aberta”, (c) a flexibilização do princípio da tipicidade dos meios executivos e (d) a estipulação de novas sanções para o descumprimento de ordens judiciais emitidas contra a Administração.

Abstract

The present dissertation deals with the issue of the merits of the administrative activity and the perspectives that open to its judicial control, in the context of the Brazilian legal system.

Brazil possesses unique social and political institutions, being the Brazilian public administration shaped by them. This way, it is not possible to merely import foreign ideas concerning the control of public administration that were conceived for different realities.

One of these alien ideas, which does not fit to Brazilian reality, is that a division of powers would prevent the legal system from invading certain instances of administrative activity, known for their "merits". This way, public administrators would be free from the Law and judicial control. Nevertheless, the Brazilian model of power division is compatible with the control of the "merits" of the administrative activity.

The study of the problem of the merits of the administrative activity and the perspectives of the judicial control demand preliminary investigations both of the beginning and development of public administration in general and the Brazilian public administration in particular, as well as of the profile of the legal system in contemporary societies and in Brazil.

The theory of guaranteeism (from the Italian *garantismo*), such as exposed by Italian jurist Luigi Ferrajoli, lays the foundation of the proposition of judicial control of the merits of the administrative activity. According to this theory, in the Rule of Law, the public power is bound to the positivistic law, and should aim at satisfying fundamental rights. Power spaces in the heart of public administration configure dysfunctions that can be reduced and even suppressed with the development of techniques that guarantee rights.

Although it has been developed from penal law and in the light of Italian reality, the theory of guaranteeism meets the needs of the Brazilian public administration, whose great dysfunction is exactly the nonexistence or the precariousness of control.

On the other hand, the control of administrative activity by the legal system in Brazil has advanced significantly from the beginning of the Republic, receiving a new impulse with the advent of the 1988 Constitution. The next step, which would be a truly revolutionary one, would be in the recognition, by the juridical community and by the jurisprudence of the tribunals, of the foundation and the feasibility of judicial control of the merits of the acts of the Administration.

The trend to demand proceedings in the administrative activity is one of the various tendencies of contemporary administrative law that will contribute to make feasible the control proposed by this dissertation. Administrative decisions should be preceded by a legal proceeding, with participation of all of those interested in it, demanding that they be motivated in the light of the elements gathered. If the legal system did not control the "merits" of these decisions due to a lack of empirical foundation, now this is already possible.

What makes it possible that a judicial control of the merits of administrative activity is the recognition that the public power is not only bound (a) to explicit juridical rules, which determine how one is to act. Public administration is also bound to (b) the constitutional procedures and the juridical procedures in general, (c) to the constitutional and legal directives and still to (d) indeterminate legal terms.

It would be meaningless to propose a careful examination, in the vertical plane, of the administrative control, if at the same time a redefinition of the traditional object of judicial control of the administrative proceeding is not proposed. In fact, juridical tradition only mentions the control of the administrative "acts", understood as isolated acts, of concrete effects. Nevertheless, nowadays, "administrative activity" is not limited to such act. It is also extended to, in the horizontal plane, to manifestations that have more impact and social relevance, such as public policies, normative acts, administrative proceedings and management agreements.

There are plenty of obstacles on the way of the proposed judicial control. One of the strongest ones is the dogma of the impossibility of the judges replacing administrators. It is basically the idea that the judge, after verifying that the administrator took a decision which goes against the Law, should limit to annul the illegal decision, except in cases in which the administrator did not have any other option. It is correct, however, that judicial activity, within civil suits, has a substitutive nature. If the litigating parties do not reach an agreement, it is the role of a third party, the judge, not only to interpose them, but also to superimpose to them, to tell who is right. In order to solve the conflict of interests, the judge must impose a solution that replaces the one that to be, but was not, voluntarily adopted by the party who did not have legal rights.

Finally, the judicial control of the administrative activity merits cannot be maintained in the theoretical plan, for it depends on the creation of new techniques, which make it possible that it be tested and improved in practice. Among these new techniques, there is the proposition of (a) the universalization of the legitimization for the placement of legal proceedings against the Administration in defense of fundamental rights, (b) the creation of an "open" proceeding instruction, (c) the flexibilization of the principle of typicity the executive and (d) the stipulation of new sanctions for the breaching judicial orders emitted against the Administration.

Résumé

Le sujet de cette thèse est le problème du “mérite” de l’activité administrative et des perspectives qui s’ouvrent à son contrôle judiciaire, dans le contexte de l’ordre juridique brésilien.

Le Brésil a des institutions sociales, juridiques et politiques qui lui son propres, sur lesquelles se modèle l’administration publique brésilienne. Ainsi, il n’est pas possible d’importer tout simplement des idées étrangères concernant le contrôle de l’administration publique, pensées pour des réalités différentes.

Une des ces idées étrangères qui ne s’ajuste pas à la réalité brésilienne est celle selon laquelle la division de pouvoirs empêcherait le pouvoir judiciaire d’envahir un champ donné de l’activité administrative, connu par son “mérite”. Dans ce champ, les administrateurs publics seraient à l’abri du Droit et du contrôle judiciaire. Toutefois, le modèle brésilien de division des pouvoirs est compatible avec le contrôle du “mérite” lui même de l’activité administrative.

L’étude du problème du mérite de l’activité administrative et des perspectives de son contrôle judiciaire nécessite des investigations préliminaires sur la naissance et le développement de

l'administration publique en général et l'administration publique brésilienne en particulier, ainsi que sur le profil du pouvoir judiciaire dans les sociétés contemporaines et notamment dans le Brésil.

La théorie du garantisme, telle qu'elle est exposée par le juriste italien Luigi Ferrajoli, fonde la proposition du contrôle judiciaire du mérite de l'activité administrative. D'après cette théorie, dans l'état de Droit le pouvoir public se trouve lié au droit positif, et il doit poursuivre la satisfaction des droits fondamentaux. Des espaces de pouvoir au sein de l'administration publique constituent des dysfonctions susceptibles d'être réduites, voire supprimées moyennant le développement de techniques de garantie des droits.

Bien qu'elle ait été développée à partir du droit pénal et à la lumière de la réalité italienne, la théorie du garantisme répond aux besoins de l'administration publique brésilienne, dont la grande dysfonction est due précisément à l'inexistence ou à la précarité de contrôles.

D'autre part, le contrôle de l'activité administrative par le pouvoir judiciaire au Brésil a fait des progrès significatifs depuis le début de la République. À partir de la Constitution de 1988, il a pris un nouvel élan. Le pas suivant, vraiment révolutionnaire, serait la reconnaissance par la communauté juridique et par la jurisprudence des tribunaux, du fondement et de la viabilité du contrôle judiciaire du mérite de l'activité de l'Administration.

La processualisation de l'activité administrative est une des différentes tendances du droit administratif contemporain qui contribueront à rendre viable le contrôle proposé par cette thèse. Les décisions administratives doivent être précédées d'un processus comptant avec la participation des parties intéressées, et il faut qu'elles

soient motivées à la lumière des données collectées. Si dans le passé le pouvoir judiciaire ne contrôlait pas le “mérite” des ces décisions, faute de base empirique, aujourd’hui cela est déjà possible.

Ce qui rend définitivement possible de parler d’un contrôle judiciaire du mérite de l’activité administrative, c’est que l’on reconnaît que le pouvoir public ne s’attache pas seulement (a) aux règles juridiques explicites qui déterminent comment il doit agir. L’administration publique s’attache aussi (b) aux principes constitutionnels et aux principes juridiques en général, (c) aux directives constitutionnelles et légales, et finalement (d) aux termes légaux indéterminés.

Il ne serait pas très pertinent de proposer l’approfondissement, sur le plan vertical, du contrôle de l’Administration, si on ne proposait pas en même temps la redéfinition de l’objet traditionnel du contrôle judiciaire de l’action administrative. En effet, la tradition juridique mentionne seulement le contrôle des “actes” administratifs, entendus comme des actes isolés, ayant des effets concrets. Aujourd’hui, toutefois, l’ “activité administrative” ne se borne pas à des actes de ce genre. Elle s’étend, sur le plan horizontal, à des manifestations de plus grand impact et importance sociale, telles que les politiques publiques, les actes normatifs, les procédures administratives et les contrats de gestion.

Il existe de nombreux obstacles dans le chemin du contrôle judiciaire proposé. L’un des plus puissants, c’est le dogme selon lequel il est impossible que les juges se substituent aux administrateurs. Ce dogme établit que le juge, après avoir vérifié que l’administrateur a décidé contre le Droit, devrait se limiter à annuler la décision illégale, sauf dans les cas où il ne resterait à l’administrateur aucune autre option. Il est pourtant certain que l’activité judiciaire,

dans le cadre de la procédure civile est par nature remplaçante. Si les parties en litige ne s'accordent pas, c'est à un tiers, le juge, non seulement de s'y interposer, mais de s'y superposer, pour dire qui a raison. Pour résoudre définitivement le conflit d'intérêts, le juge doit imposer une solution contraignante devant remplacer celle qui aurait dû être, mais n'a pas été volontairement adoptée par la partie qui avait tort.

Enfin, le contrôle judiciaire du mérite de l'activité administrative ne peut pas s'en tenir au plan théorique, car il dépend de la création de nouvelles techniques procédurales, permettant de l'expérimenter et de le perfectionner dans la pratique. Parmi ces nouvelles techniques, on propose spécifiquement (a) l'universalisation de la légitimation pour la proposition d'actions judiciaires contre l'Administration pour la défense de droits fondamentaux, (b) la création d'une instruction du procès "ouverte", c) la flexibilisation du principe de la typicité des moyens exécutoires et d) l'établissement de nouvelles sanctions pour le non accomplissement d'ordres judiciaires émis contre l'Administration.

Sumário

Introdução

I. O problema do “mérito” da ação administrativa.....	17
II. Justificativa.....	19
III. Objeto e objetivos da investigação.....	20
IV. Teoria de base.....	21
V. Conceitos operacionais.....	22
VI. Metodologia.....	23
VII. Plano de exposição.....	23

Parte I: A administração pública e o poder judiciário

Capítulo 1: Instituições sociais, políticas e jurídicas brasileiras.....	26
Capítulo 2: A divisão de poderes e suas implicações no controle judicial da Administração.....	36
Capítulo 3: Nascimento e desenvolvimento da administração pública.....	62
Capítulo 4: A nova administração pública brasileira.....	74
Capítulo 5: O perfil do poder judiciário nas sociedades contemporâneas e no Brasil.....	86
Capítulo 6: A teoria do garantismo e o controle judicial da administração pública.....	100

Parte II: O controle do mérito da atividade administrativa

Capítulo 7: A evolução do controle da atividade administrativa pelo poder judiciário no Brasil.....	115
Capítulo 8: A processualização da atividade administrativa e o controle judicial.....	131
Capítulo 9: Vinculação da atividade administrativa por termos legais indeterminados, por princípios e por diretrizes....	147
Capítulo 10: Redefinição do objeto do controle judicial da atividade administrativa.....	167
Capítulo 11: O poder de substituição judicial e o controle do mérito.....	183
Capítulo 12: Novas técnicas de controle judicial da atividade administrativa.....	188

Conclusão.....	203
-----------------------	------------

Referências bibliográficas.....	206
--	------------

Introdução

I. O problema do “mérito” da ação administrativa

O direito administrativo, como técnica pela qual o poder executivo se submete às leis do poder legislativo e às sentenças dos juízes, enfim ao Direito, é “fruto de um milagre”, nas palavras de Prosper WEIL (1977, p. 10). Sim, porque sendo o Executivo (leia-se administração pública) o poder que tem a espada, não há, segundo este autor, força que *de fato* o obrigue a submeter-se ao Direito, ao passo que o Estado, de que o Executivo é o poder ativo, teria meios de pôr fim a esta auto-limitação (WEIL, id). Tem-se aqui uma típica visão *ex parte principis*, pela qual o direito administrativo é concessão do Estado, que não pode ser limitado, mas se autolimita. Ora, um poder autoconter-se seria mesmo um “milagre”, porque todo poder tende naturalmente a exceder-se, como já assentara MONTESQUIEU (1979, p.148).

Contudo, desde que nos posicionemos *ex parte populi* a visão é completamente diversa; já não se vê no direito administrativo extraordinário milagre, que beatifique o poder executivo. É que se o poder executivo se autolimitou, não se autolimitou integralmente, deixando justamente de fora um vasto espaço imune à penetração do Direito, e que tradicionalmente se denomina “mérito” da atividade administrativa. Mesmo esta tímida autolimitação não foi espontânea, mas antes uma tentativa, que se revelou exitosa, de esvaziar a luta dos

que se submetem ao poder (os administrados) por um controle cada vez maior.

Como quer que seja, o Estado conseguiu operar um “milagre”, mas bem diferente daquele que deslumbrou Prosper Weil. Embora fortemente vinculado no plano normativo da Constituição rígida, conseguiu o Estado fazer os súditos, ou administrados, acreditar que os vínculos jurídicos são muito poucos; que sem uma ampla margem de liberdade não é possível administrar; que à falta de uma norma expressa dizendo ao administrador “faça isso” — situação que atende pelo nome “discricionariedade administrativa”⁸ —, ele pode fazer qualquer coisa; que os juizes não podem tocar neste âmbito livre da atividade administrativa, chamado o seu “mérito”; que, enfim, o que está escrito na Constituição-pedaço-de-papel não se aplica ao cotidiano da administração pública.

Já começa, porém, a esboçar-se uma certa resistência a este “canto da sereia” do direito administrativo, que é o “mérito” da atividade da Administração. Aqui e ali, alguns autores passam a duvidar do mito de que a Administração tem um território onde o Direito e os juizes não ingressam. Mas é sempre uma dúvida respeitosa, porque nem investe diretamente contra esta categoria do “mérito” da atividade administrativa, nem toca nos seus fundamentos.

Se dúvidas começam a surgir no plano doutrinário, permanece na prática a crença de que há, na Administração, uma ampla área imune ao Direito e ao controle judicial, onde o personalismo prevalece, e está aí a explicação para a avidez com que são disputados cargos públicos executivos ou de administração. Se os administradores públicos soubessem que o Direito vincula toda a sua

⁸ - O conceito operacional, ou definição estipulativa, da categoria “discricionariedade administrativa” é indicado no item V desta Introdução.

atividade, certamente não haveria qualquer candidato para estes cargos, e os cidadãos teriam de eleger, contra a vontade dos eleitos, os que julgassem mais aptos a carregar o pesado fardo de administrar sob o jugo do Direito e sob a virtual censura dos juizes.

II. Justificativa

A preocupação que impulsiona esta investigação é o controle da administração pública brasileira. Uma Administração peculiar, com toda uma tradição de clientelismo, personalismo, abusos e improbidades. Uma Administração que os disputantes de cargos executivos vêem antes de tudo como um troféu ou espólio a conquistar.

Por outro lado, tem-se presente que a administração pública deve cumprir, num país em desenvolvimento, como o Brasil, funções não apenas de conservação da ordem existente, mas cabe-lhe antes de mais nada impulsionar o desenvolvimento econômico e social (AMARAL, 1986, p. 189-190). Neste contexto, sua tarefa primordial já não será aplicar o direito produzido pelo poder legislativo, mas sim realizar políticas públicas (COMPARATO, 1989, p.119). Em conseqüência, o controle judicial da administração pública deve ser reconfigurado para manter a Administração ativa e na rota que lhe for traçada pelas diretrizes legislativas e constitucionais, o que esvazia a aventada discricionariedade da Administração de agir ou não agir (critérios de oportunidade e conveniência). Resultam, portanto, antiquadas e estranhas à nossa realidade as teses jurídicas que sustentam como “mérito” indevassável da ação administrativa os critérios de oportunidade e conveniência.

Diante desta realidade, sempre souo estranho ouvir autores estrangeiros falar em que se deve dar “voto de confiança” aos

administradores públicos, e que a discricionariedade administrativa deve ser respeitada. Ora, se isto é adequado a países como a Alemanha, a Suíça ou a França, no Brasil a idéia se afigura, por ora e por muito tempo, totalmente inaceitável. A nossa Administração primeiro precisa ser conformada ao Direito, os súditos desta Administração precisam antes tornar-se cidadãos, e só depois qualquer voto de confiança pode ser dado aos administradores públicos. Até que estejam nossos administradores afeitos a enxergar a Administração não como um galardão, mas como um verdadeiro ônus, deve defendida no plano das idéias e exigida no plano da prática a inteira conformidade da administração pública ao Direito.

III. Objeto e objetivos da investigação

O problema da discricionariedade administrativa e a correlata necessidade de seu controle judicial não podem ser tratados isoladamente, nem sob apenas um aspecto. Assim, serão abordados temas conexos, que funcionam como verdadeiras premissas. O nascimento e o desenvolvimento da administração pública, a nova Administração brasileira, a realidade sociológica que conforma esta última, os dogmas e mitos que têm evitado a mudança do paradigma tradicional de controle da Administração, em especial o mito da divisão de poderes, constituem alguns desses temas que comporão o quadro a ser traçado.

Do mesmo modo, vários aspectos do problema serão abordados, mas privilegiados serão os jurídicos, particularmente os que se incluem no âmbito do direito administrativo. Dependendo da matéria a ser tratada, outras disciplinas comparecerão no desenvolvimento da Tese. Assim, ao cuidar-se da divisão de poderes, serão feitas reflexões à luz da teoria do Estado e do direito constitucional. Ao abordar-se a evolução do controle judicial da Administração no Brasil, assim como

novas técnicas processuais que viabilizem o controle proposto, o direito processual civil será a disciplina adequada.

O objetivo geral da Tese é discutir, com críticas e propostas, as técnicas pelas quais o poder judiciário pode conformar a administração pública brasileira aos limites do Estado Social de Direito.

Especificamente, visa a Tese a propor a construção de uma nova forma de controle judicial da Administração, tanto no sentido vertical ou de profundidade, como no horizontal ou de extensão. Do ponto de vista vertical, será um controle da própria discricionariedade da Administração, cujo desdobramento é o “mérito” da atividade administrativa. Do ponto de vista horizontal, abrangerá não apenas “atos” administrativos em sentido estrito, mas a “atividade” administrativa mesma, entendida como atos em sentido estrito (decisórios e executivos), atos normativos, políticas públicas, procedimentos administrativos e a recente “contratualização” administrativa.

IV. Teoria de base

Na teoria do garantismo, tal como exposta por Luigi Ferrajoli no seu “Direito e Razão”, publicado originalmente em 1989, a Tese buscará subsídios teóricos para fundamentar suas críticas e propostas. De fato, a pretensão de propor um controle judicial do mérito mesmo da atividade administrativa não será teoricamente possível se não se aceitar o postulado fundamental do Garantismo, que é o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito.

O Garantismo traz importantes contribuições teóricas para resolver as disfunções da administração pública brasileira, que

antes de tudo são disfunções de controle. O núcleo prático dessa teoria constitui-se de *garantias*, que são “técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e portanto para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em coerência com sua estatuição constitucional” (FERRAJOLI, 1997b, p.100). Certamente está aí, e não alhures, a “luz no fim do túnel”, o instrumento com o qual se adequarão as instituições reais brasileiras às instituições legais.

V. Conceitos operacionais

No desenvolvimento da Tese, à medida em que necessário para esclarecimento do leitor, serão apresentados os vários conceitos operacionais utilizados na argumentação. Será útil, porém, antecipar alguns destes conceitos operacionais. Assim, por “controle judicial” deve-se entender o efeito prático da atividade desenvolvida pelo poder judiciário para resolver um litígio em que envolvida a administração pública, impondo a esta, quando não tenha razão, um determinado padrão de conduta. Por “discricionariedade administrativa” deve-se entender um âmbito de poder no qual a administração pública pode agir livremente, sem prestar contas a quem quer que seja, porque não há regra jurídica que expressamente a obrigue a determinada conduta⁹. Por “mérito” da atividade administrativa entenda-se uma área imune ao controle judicial, já que resulta do exercício de discricionariedade¹⁰. Por “atividade administrativa” sejam entendidas todas as formas pelas quais se manifesta a Administração — atos em sentido estrito (executivos e

⁹ - O conceito operacional de “discricionariedade administrativa” aqui adotado, ou seja, poder administrativo imune de controle judicial encontra-se, entre outros autores, em LEAL (1999, p.280).

¹⁰ - Enquanto a “discricionariedade” é um *poder*, o “mérito” é o *resultado* do exercício deste poder. A definição estipulativa de “mérito” ora apresentada é corrente entre os administrativistas, que sublinham, como nota característica, a sua imunidade à revisão judicial. Neste sentido, FAGUNDES (1995, p. 189), MELLO (1995, p. 482) e OLIVEIRA (1997, P. 116), entre outros.

decisórios), atos normativos, contratos administrativos, políticas públicas e contratos de gestão. Por “Direito” deve entender-se o ordenamento jurídico positivo, incluindo as leis (direito legislado), os costumes (direito consuetudinário) e as normas criadas pela jurisprudência (direito jurisprudencial).

VI. Metodologia

A Tese parte da premissa de que o Brasil tem uma realidade e uma Administração muito particulares, de modo que a proposta de um controle judicial do mérito da atividade administrativa deve necessariamente levar em conta estas particularidades. Não cabe, assim, simplesmente importar institutos e técnicas alienígenas, mesmo que façam sucesso em seu país de origem. Antes de propor qualquer inovação jurídica, necessário averiguar se corresponde a determinadas necessidades sociais. Para tanto, é preciso utilizar sucessivamente os métodos dedutivo e indutivo. Do confronto entre as instituições brasileiras reais e as legais deduzir-se-ão as necessidades respectivas. A partir destas necessidades, chega-se por indução à teoria do garantismo. Desta teoria deduzir-se-ão instrumentos teórico-críticos e técnicas garantistas apropriadas à realidade administrativa brasileira. Nesta última etapa reside o núcleo propriamente dito da Tese.

VII. Plano de exposição

A Tese constará de duas partes. A primeira (Parte I) tratará de temas conexos e introdutórios, e denominar-se-á “A administração pública e o poder judiciário”. Já a segunda (Parte II) cuidará mais especificamente do controle judicial da atividade administrativa, sendo intitulada “O controle do mérito da atividade administrativa”. Tanto uma quanto outra partes se comporão de seis capítulos.

A Parte I da Tese abordará os aspectos sociológicos, históricos e teórico-políticos do problema. Tratar-se-á inicialmente (Capítulo 1) de esboçar um quadro sociológico das instituições sociais, políticas e jurídicas brasileiras, que conformam concretamente nossa administração pública. Já o Capítulo 2 será dedicado à divisão de poderes e suas implicações no controle judicial da Administração. No Capítulo 3 tratar-se-á do nascimento e do desenvolvimento da administração pública em geral, ao passo que no Capítulo 4 será investigada a nova Administração brasileira, com as inovações introduzidas pela Reforma Administrativa iniciada em 1995. No Capítulo 5 buscar-se-á traçar um perfil do poder judiciário, tanto nas sociedades contemporâneas em geral, como no Brasil em particular. Por fim, no Capítulo 6 serão brevemente expostos os pontos principais da teoria do garantismo de Ferrajoli e indicada a sua conexão com os objetivos da Tese.

Já a Parte II da Tese abordará os aspectos propriamente jurídicos do problema. Será iniciada com estudo dedicado à evolução dogmática e jurisprudencial do controle da atividade administrativa pelo poder judiciário no Brasil, desde os começos da República até hoje (Capítulo 7). Depois, será investigada uma nova forma da atividade administrativa, a “processualização”, que apresenta virtualidades para o controle judicial proposto (Capítulo 8). No Capítulo 9 examinar-se-á a vinculação da atividade administrativa por termos legais indeterminados, por princípios e por diretrizes. No Capítulo 10 se proporá a redefinição do objeto atual do controle da atividade administrativa, para que nele se incluam, além dos “atos” em sentido estrito, outras formas de manifestação. O Capítulo 11 trata do poder de substituição judicial. Por fim, no Capítulo 12 serão propostas novas técnicas processuais que viabilizem o controle judicial do mérito da atividade administrativa.

**Parte I: Administração pública e poder
judiciário**

Capítulo 1: Instituições sociais, políticas e jurídicas brasileiras

1.1. Considerações iniciais

Um dos traços mais característicos da sociedade brasileira, sublinhado por vários observadores, é o de que, para evitar o trabalho de conhecer a nossa realidade, preferimos incorporar idéias e costumes alheios a desenvolver idéias e costumes próprios. A nossa dependência do exterior não é, portanto, somente econômica, senão também, e especialmente, cultural. Qualquer tentativa de quebrar esta dependência há de passar, portanto, pelo conhecimento da nossa realidade, sem o que não será possível verificar se idéias alheias são adequadas às nossas instituições.

No âmbito do Direito — entendido como instituições jurídicas (direito positivo) e como doutrina (ciência jurídica) — é ainda mais evidente o desajuste entre as idéias alheias e a realidade nossa. Basta, para demonstrá-lo, a referência à importação, pela República, de “modelos” de instituições americanas (federalismo, presidencialismo, congresso bicameral etc.) que até hoje, mais de cem anos passados, ainda não aderiram à nossa realidade¹¹.

¹¹ - A atitude imitativa tem motivações várias. Para os que instituíram a República, Ernest Hamblock dá convincente explicação: “Os elaboradores da Constituição brasileira de 1891 prenderam o vagão político brasileiro aos Estados Unidos, não pelas suas convicções, mas porque julgaram conveniente assim proceder. Tinham de inventar alguma coisa para justificar a inesperada derrubada da Monarquia. Além disso, outras repúblicas latino-americanas tinham mais ou menos copiado dos Estados Unidos seu direito constitucional básico, e para a nova República Brasileira adaptar os métodos parlamentares franceses ou ingleses ao seu novo regime teria sido simplesmente confirmar a evolução das liberdades gozadas durante a

O círculo vicioso se perpetua com a excessiva especialização daqueles que se dedicam ao estudo do Direito, de tal modo que se colocam em campos separados os que se devotam às disciplinas práticas (dogmática jurídica) e os que se entregam às disciplinas teóricas (sociologia do direito, filosofia jurídica etc.). O resultado disso é que, enquanto os últimos ficam na crítica¹² e não conseguem, mediante exercício de imaginação jurídica, formular propostas de mudança, os primeiros, sem conhecimento da realidade, só conseguem propor a importação pura e simples de idéias alheias.

A dicotomia foi superada por alguns poucos juristas brasileiros, dos quais um bom exemplo é Pontes de Miranda, sociólogo e filósofo do Direito e jurista. Já em 1922, com base em suas pesquisas sociológicas, propunha um “imposto progressivo, a alcançar os grandes proprietários e deixar inatingidos os médios e pequenos”, assim como o fim da “sucessão hereditária” (MIRANDA, 1972, t. IV, p. 277). O exemplo, contudo, não vingou, pois apenas as suas obras práticas, de dogmática jurídica, é que foram largamente divulgadas e estudadas, sendo as demais simplesmente relegadas ao silêncio. Tanto isto é verdade que nenhum dos sociólogos do direito das novas gerações faz a menor referência ao “sociólogo” Pontes de Miranda. Certamente porque o que vale são os autores estrangeiros, principalmente os que “estão na moda.”¹³

Faz-se necessário, portanto, o conhecimento dos fatos, da realidade nossa, como condição prévia ao desenvolvimento das

monarquia brasileira. Este teria sido um começo demasiadamente monótono!” (HAMBLOCH, 1981, p. 57).

¹² - Veja-se, a propósito, a Conclusão, sem qualquer proposta ou prescrição, do livro *Justiça e Conflito*, de José Eduardo Faria (FARIA, 1991), que é reconhecidamente um dos maiores sociólogos do Direito no Brasil. É bem verdade que se diz que os sociólogos, filósofos e demais críticos podem dar-se ao luxo de nada concluir ou propor em termos práticos (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 47). Mas, como dizia Marx, não basta interpretar o mundo, urge transformá-lo (MARX, 1978, p. 53).

¹³ - Deste ponto de vista, um grande jurista brasileiro da atualidade é Fábio Konder COMPARATO, na medida em que transcende a crítica da realidade e dos modelos normativos,

proposições que adiante serão formuladas. Para tanto, examinar-se-ão alguns traços fundamentais das nossas instituições.

1.2. O Brasil como sociedade relacional

Segundo a antropologia social, há dois modelos básicos de sociedade, a “ocidental moderna” e a “tradicional”. O centro do sistema, na primeira, é o “indivíduo”, como sujeito de direitos, em especial a liberdade e a igualdade. O indivíduo antecede o Estado, e, como parte, é mais importante que o todo. Estados Unidos, Inglaterra e França seriam exemplos deste tipo de sociedade. Já na sociedade “tradicional”, como a Índia, o princípio fundamental é a hierarquia. Aí o todo prevalece sobre as partes, e as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado são mediadas pelas ligações dos indivíduos com estamentos ou grupos.

Estudando os costumes e práticas específicos da sociedade brasileira, Roberto da Matta concluiu que ela não se encaixa no modelo de sociedade tradicional, nem ainda no modelo de sociedade ocidental moderna, mas combina e relaciona elementos de ambas. Seria por isso uma sociedade “relacional”, na medida em que privilegia não o indivíduo ou o cidadão, mas as relações pessoais. No seu âmbito, quem não possuir ligações com pessoas ou instituições de prestígio na sociedade é como que um ser inferior, um pária, sujeito ao tratamento universalizante e impessoal das leis e regulamentos (MATTÁ, 1985, p. 65-7).

No âmbito de uma sociedade relacional, também chamada semi-tradicional, as relações pessoais permitem a coexistência da ética da hierarquia, própria das sociedades tradicionais, com a ética

propondo outros modelos, adequados à nossa realidade (vejam-se as referências bibliográficas respectivas).

da igualdade, que rege as modernas sociedades capitalistas (MATTA, 1981, p.191). Estes diferentes códigos de comportamento, longe de se excluïrem mutuamente, são um complementar ao outro, sendo certo que aquilo que um nega o outro pode facultar (Matta, 1985, p.75). Assim é que uma norma legal que proïbe determinada conduta aos indivíduos em geral muitas vezes é contornada no caso concreto pela prática autoritária do “Você sabe com quem está falando?” (MATTA, 1981, p.131) ou pela prática conciliadora e persuasiva do “jeitinho” (BARBOSA, 1988, p. 53). Em ambas situações, não se questiona a vigência em tese da regra, mas a sua aplicação ao caso concreto (MATTA, 1985, p. 71). A idéia subjacente é de que “as leis só se aplicam aos indivíduos e nunca às pessoas” (MATTA, 1981, p. 184).

A despeito de a sociedade brasileira privilegiar os relacionamentos pessoais — a “pessoa” (relacionada) em detrimento do “indivíduo” ou “cidadão” (isolado), nos discursos oficiais o que prevalece é o código igualitário do “cidadão” (MATTA, 1985, p. 73). Deste modo, se as duas éticas de comportamento convivem no plano dos fatos — o que levou um autor a chamar a sociedade brasileira de “sincrética” (NUNES, 1997, p. 29) —, no plano do Direito a ética do igualitarismo e da impessoalidade é que deve preponderar. Visando a modificar a realidade, a Constituição de 1988 (art. 37, *caput*) expressamente inscreveu a “impessoalidade” como um dos princípios que devem nortear não só o relacionamento entre a administração pública e os “cidadãos”, mas a própria atividade administrativa.

Tem-se, portanto, uma forte contradição entre as práticas sociais (plano do ser) e os regulamentos (plano do dever ser). No primeiro plano, as “pessoas” valem mais do que os “cidadãos”; no segundo, as “pessoas” são desconsideradas, só valendo os “cidadãos”. As práticas relacionais prevalecerão tanto mais sobre os regulamentos legais quanto maiores forem os espaços livres ou discricionários deixados à Administração. A solução será, então, manter-se

inteiramente vinculada a conduta dos administradores públicos e dos burocratas às regras jurídicas e aos princípios do Direito, exigindo-lhes, ademais, que fundamentem objetivamente suas decisões.

1.3. O clientelismo

Uma das vertentes da sociedade relacional é o “clientelismo”, que desde tempos imemoriais permeia, no Brasil, as relações entre o Estado-administração e a Sociedade.

A categoria do clientelismo origina-se dos estudos de antropologia das sociedades rurais, e significa uma relação social de troca assimétrica entre “patrons” e camponeses. Os segundos, que são os “clientes”, encontram-se em posição de subordinação em relação aos primeiros, por não possuírem terra e viverem em situação de quase penúria econômica. Esta desigualdade gera uma série de laços pessoais entre eles, desde o mero compadrio à proteção e lealdade políticas. Neste contexto, dão-se trocas generalizadas e pessoais, de ações e objetos, sempre com referência à condição geral. A relação de compadrio, por exemplo, confere ao cliente direito à proteção futura por parte de seu “patron” (NUNES, 1997, p. 26).

Ao sistema de troca generalizada, que caracteriza o clientelismo, opõe-se o sistema de troca específica do capitalismo moderno. Enquanto o primeiro se dá num contexto de relações pessoais anteriores e envolve relações pessoais futuras, o segundo se dá no contexto impessoal do mercado, sem envolver as características pessoais dos indivíduos contratantes (NUNES, 1997, p. 28).

Embora aparentemente opostas estas éticas de relacionamento, acabam coexistindo e combinando-se nas sociedades capitalistas. À medida que se moderniza a sociedade, as relações

clientelistas são desalojadas dos espaços dominados pelo mercado, como o meio empresarial, mas medram nos partidos políticos, no serviço público, nos estabelecimentos de ensino, nas universidades, em associações, nos clubes, nos grêmios etc.

A administração pública brasileira sempre se revelou extremamente permeável às práticas clientelistas. Na fase anterior à Revolução de 1930, quando ainda não havia uma burocracia profissionalizada, o clientelismo dominava sem rival o recrutamento no serviço público. Tudo dependia de relações pessoais com algum “pistolão” ou “patron”, geralmente os políticos. A Revolução de 1930 propôs-se, entre outros objetivos, acabar com isso, instituindo uma burocracia profissionalizada, recrutada pelo sistema do mérito. Todavia, como observa NUNES (1997, p. 67 e 118), até meados da década de sessenta apenas 12,93% dos servidores públicos tinham sido admitidos por concurso.

Tão forte era o clientelismo, com os nefastos efeitos de amadorismo e ineficiência no serviço público, impedindo a própria modernização e industrialização do país, que em reação a ele surgiram dois novos códigos de relacionamento entre o Estado-administração e a Sociedade, denominados por NUNES (1997) de “universalismo de procedimentos” e de “insulamento burocrático”. O universalismo de procedimentos implicava em normas impessoais e direitos iguais perante a lei, ao passo que o insulamento burocrático consistia na estratégia de contornar o clientelismo mediante a criação de “ilhas” de racionalidade e de especialização técnica, ou seja, o núcleo técnico da Administração era isolado em agências (autarquias, empresas públicas etc.), protegidas contra os assédios clientelistas dos políticos. Assim é que, embora somente com a Constituição de 1988 tenha sido universalizada a exigência de concurso público para ingresso no serviço público (com a exceção dos cargos de provimento em comissão), as agências insuladas, entre as quais a Petrobrás, o BNDE, a Comissão

Nacional de Energia Nuclear, a Superintendência de Moeda e Crédito, desde a sua criação já recrutavam seus servidores pelo critério do mérito.

Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, o clientelismo não é um resquício do nosso passado rural em vias de extinção, nem está associado necessariamente a determinado regime político. Como observa Nunes, ao estudar o Estado brasileiro no período de 1930 até 1980, “o clientelismo se manteve forte no decorrer de períodos democráticos, não definhou durante o período de autoritarismo, não foi extinto pela industrialização e não mostrou sinais de fraqueza no decorrer da abertura política.” (NUNES, 1997, p. 33)

Mesmo depois da Constituição de 1988, que pretendeu “cercar” o clientelismo, este nunca esteve tão vivo. Eis alguns exemplos. No início da década de noventa irrompeu o chamado “escândalo do orçamento”, pelo qual congressistas, por meio de emendas, manipulavam o orçamento da União, transferindo verbas para “clientes” (patrocinadores das campanhas eleitorais e apadrinhados políticos) e inclusive para si próprios, por meio de “laranjas” (interpostas pessoas ou testas-de-ferro). De outro lado, na tentativa de obter apoio parlamentar para seus projetos, nossos governantes fazem largo uso de práticas clientelistas, destinando recursos para obras situadas na esfera de influência dos parlamentares que votarem favoravelmente a estes projetos. De resto, municípios do interior chegaram a converter todos os seu cargos públicos em cargos de provimento em comissão para fugir à exigência do concurso público, permitindo a continuidade das práticas clientelistas de recrutamento.

O grande desafio que se põe, contemporaneamente, ao controle da administração pública não está nas grandes ou visíveis práticas clientelistas, que de quando em quando vêm à tona sob a forma de escândalos, e tendem a reduzir-se, pela maior facilidade de

serem detectadas. O problema está nas minúsculas e quase invisíveis manifestações do personalismo, com o clientelismo à frente, as quais constituem o cotidiano da administração pública. A perpetuação destas práticas, protegidas pela chamada “discricionariedade administrativa”, vai, a pouco e pouco, minando a força normativa dos princípios sobre os quais se sustenta a Administração. Com o passar do tempo, as práticas passam a preponderar sobre os princípios, os fatos sobre a norma. Para inverter este quadro, a solução é reconhecer a integral vinculação do administrador público às regras, princípios e diretrizes, a necessária processualização da maior parte da atividade administrativa, a exigência de fundamentação das decisões, e, enfim, a superação das categorias da “discricionariedade” administrativa e do “mérito” dos atos administrativos, como se demonstrará na Parte II da Tese.

1.4. O autoritarismo

O autoritarismo é um dos mais característicos componentes da nossa cultura. Todas as nossas instituições sociais, políticas e jurídicas são por ele permeadas.

A ideologia autoritária descansa na idéia de que alguns (a minoria) são mais capazes que outros (a maioria). Por isso, o autoritarismo é o oposto da democracia¹⁴.

Um dos primeiros formadores da cultura autoritária brasileira foi o escravismo, inicialmente o dos índios, depois o dos negros. Afirmava-se que os homens brancos, por serem superiores, nasceram para mandar, e os índios e negros, como inferiores, para serem mandados. Significativamente, o Brasil foi o último país de tradição cristã e ocidental que libertou seus escravos (CARVALHO,

¹⁴ - “O conceito de poder autoritário significa que a soberania está fora do alcance e da vigilância da maioria democrática, em atenção à divisa: ‘Autoridade, não maioria’” (ZIPPELIUS, 1984, p. 135).

1995, p. 36)¹⁵. Mas os libertou formalmente apenas, porque nada fez de concreto para garantir-lhes a cidadania, de tal modo que, passados mais de cem anos, os negros ainda engrossam as cifras dos excluídos dos direitos.

Também na esfera política o autoritarismo sempre foi a nota dominante. Prova disso é que, desde a Independência (1822), curtos foram os períodos em que os regimes foram não-autoritários ou democráticos (1946-64 e 1988-). Ainda este primeiro período (1946-64) não pode ser considerado verdadeiramente não-autoritário ou democrático, porque a Constituição de 1946 negava à maioria da população, analfabeta que era, o direito de votar.

Dentro desse contexto, a administração pública brasileira não podia ter vocação outra que a autoritária. Nas relações internas da burocracia, o autoritarismo perpassa toda a cadeia hierárquica. Ocupantes de cargo de direção ou chefia, assim como se revelam passivos e humildes com seus superiores, são arrogantes e despóticos com os subalternos. Os subalternos, a seu turno, transferem as pressões que vêm de cima para os que estão abaixo deles.¹⁶

Já os administrados nunca foram tratados, nas suas relações com a Administração, como cidadãos, mas como súditos. Dois são os princípios que regem estas relações — “a autoridade sempre tem razão, até que se prove o contrário” e “o ‘cidadão’ (súdito) está sempre mentindo, até que prove o contrário”. Em decorrência disso, até 1983 simples situações, como bons antecedentes, pobreza, residência, dependência econômica, vida etc. não eram reconhecidas pelo Poder Público quando declaradas pelos “cidadãos”, ainda que por escrito e assinadas: deveriam necessariamente ser *atestadas* pela autoridade

¹⁵ - O autoritarismo de origem escravista era tão forte e arraigado que os escravos alforriados que possuísem alguns recursos tratavam de ter seus próprios escravos, e ainda havia o fenômeno extraordinário de escravos que eram donos de escravos (CARVALHO, 1995, p. 37).

local¹⁷. Somente com a Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983, quase um século depois de proclamada a República, é que a palavra dos “cidadãos” passou a valer formalmente perante a administração pública.

Certo é que o processo de democratização da administração pública avança. Em decorrência, os discursos oficiais se apressam a mostrá-la como “democrática”, “social” ou “popular”. Sem embargo, o autoritarismo é crescente e visível. Um dos melhores indicadores disso está na nova regulamentação de trânsito, introduzida com a Lei nº 9.503, de 1997. Em função do draconiano sistema punitivo por ela estabelecido, com severas penas pecuniárias e restritivas de direitos, a Administração correu a mostrar eficiência, colocando nas ruas e rodovias um batalhão de fiscais, humanos e eletrônicos (lombadas eletrônicas, radares e “pardais”¹⁸). Em todo o país, milhares de notificações de multa são expedidas diariamente por incansáveis digitadores. Esqueceu-se, entretanto, de que era preciso garantir também o direito de defesa dos administrados, mediante a criação de “tribunais administrativos de trânsito”, devidamente aparelhados para julgar, com atendimento ao devido processo legal, as defesas dos infratores. Basta ao administrado requerer a ouvida de testemunhas ou a produção de prova pericial para verificar que não há órgão aparelhado para instrução adequada e julgamento motivado dos processos. Eis aí um notório e atual exemplo de que a Administração por si mesma não se contém, não se controla, não se limita: a contenção deve partir de fora.

¹⁶ - O literato brasileiro Artur de Azevedo (1855-1908) retrata bem estas duas facetas do autoritarismo no seu famoso conto “De cima para baixo”.

¹⁷ - Pela redação original do §1º do art. 4º da Lei nº 1.060, de 1950, quando alguém, por ser necessitado economicamente, pretendesse obter isenção das despesas processuais no acesso à Justiça, deveria requerer o benefício ao juiz, instruindo a petição com *atestado* comprobatório da referida condição, expedido pela *autoridade policial* ou pelo *prefeito municipal*.

Capítulo 2: A divisão de poderes e suas implicações no controle judicial da Administração

2.1. Múltiplos significados do termo divisão de poderes

O termo “divisão de poderes” é um dos mais equívocos da teoria do Estado e do direito constitucional. Isto se explica pelo fato de que não serve apenas para designar realidades existentes, mas também para efeito de convencimento.

O número de significados aumenta mediante a confusão, consciente ou não, entre os planos prescritivo (aquilo que deve ser) e descritivo (aquilo que é). Assim, Montesquieu não está descrevendo, ao tratar da constituição da Inglaterra, no “Espírito das Leis” (Livro XI, Capítulo VI), a estrutura e o funcionamento dos poderes do Estado inglês. Está na verdade indicando um esquema ideal de divisão das funções típicas do Estado entre três órgãos distintos. Nunca houve na Inglaterra uma Constituição tal como aquela que lhe atribui Montesquieu. Outras vezes a confusão se dá de forma diversa:

¹⁸ - “Pardal” é gíria usada para designar controladores eletrônicos de velocidade, instalados em postes à margem das rodovias, à semelhança do passarinho do mesmo nome.

apresenta-se aquilo que está escrito na Constituição como o que existe na realidade, a normatividade pela efetividade.¹⁹

Além dos significados descritivo e prescritivo, a “divisão de poderes” ainda pode designar a atividade (sentido material) ou o órgão que a exerce (sentido orgânico). Conforme o primeiro significado, diz-se que o Estado possui (ou deve possuir) distintas atividades, como a de legislar, a de executar as leis e a de julgar. Do ponto de vista orgânico, diz-se que o aparelho estatal pode cindir-se em órgãos estatais distintos, conforme a atividade que lhe seja cometida, de sorte que haveria um órgão legislativo, um órgão executivo e um órgão judiciário.

Há, ainda, os significados funcional e estrutural da divisão de poderes, segundo se privilegie a função dos poderes ou a sua estrutura. A concepção funcional, defendida por Montesquieu, consiste em que, para evitar o abuso do poder, é necessário um arranjo ou disposição constitucional em que o poder seja contido pelo poder mesmo (MONTESQUIEU, 1979, p. 148). Trata-se de um sistema de freios e contrapesos, que admite interferências recíprocas entre os poderes. É a idéia de divisão de poderes que foi implantada nos Estados Unidos da América. Já a concepção estrutural sustenta a impossibilidade de um poder interferir no outro. É esta última que está na base do modelo francês de separação de poderes, desde a Revolução de 1789.

2.2. A distribuição das funções da *polis* em Aristóteles

Aristóteles, na “Política”, distinguiu três funções típicas do Poder Público: **a)** a função deliberativa, à qual toca decidir sobre a guerra, a paz, a aliança, a ruptura dos tratados; promulgar leis;

¹⁹ - Tem-se neste caso a chamada “falácia normativista”, que consiste em apresentar valores como fatos. A ela se contrapõe a “falácia naturalista”, pela qual os fatos são apresentados como valores (FERRAJOLI, 1997a, p. 855).

pronunciar sentença de morte, de exílio, de confisco; e examinar as contas públicas; **b)** a função administrativa, que envolve o exercício das várias magistraturas, entendidas como cargos administrativos providos de autoridade; e **c)** a função de administrar a justiça (ARISTÓTELES, 1977, p. 1492).

Na estrutura aristotélica das funções governamentais, proeminente é a deliberativa, que é de fato o poder soberano (ARISTÓTELES, 1977, p. 1494). A titularidade da função deliberativa determina a própria forma de governo. Se o conjunto dos cidadãos forma o corpo deliberativo, e decide sobre todas as questões a ele afetas, tem-se um governo popular ou democrático. Se o corpo deliberativo é formado de apenas algumas pessoas, o governo é oligárquico. Enfim, se alguns assuntos inerentes à função deliberativa cabem a todos os cidadãos, e os demais, inclusive a função de promulgar leis, ficam a cargo de magistrados eleitos pelo voto (entenda-se voto censitário), o governo é aristocrático (ARISTÓTELES, 1977, p. 1493).

A distribuição de funções em Aristóteles reflete, do ponto de vista teórico, a preocupação pela desconcentração do poder, diante do perigo da reunião num só órgão de todos os poderes públicos; e, do ponto de vista prático, a preocupação com a eficiência, que deriva da divisão do trabalho. Ainda não aparece a idéia, que só ocorrerá historicamente muito mais tarde, de que os poderes não só devem ser desconcentrados, mas *ainda* servir uns de contrapeso aos outros.

Em Aristóteles já se observa que as funções típicas do Poder Público não se reduzem a três. São, na verdade, reduzidas para efeito classificatório a três feixes de funções, em cada um deles sobressaindo uma função. Apesar de rotular como “deliberativo” o corpo soberano de seu esquema, atribuindo-lhe várias funções aparentemente em pé de igualdade, Aristóteles acaba, numa passagem posterior, revelando que o núcleo do corpo deliberativo é a função de

promulgar leis, pois é o exercício desta função pelo povo que caracteriza a democracia (ARISTÓTELES, 1977, p. 1464).

2.3. A distribuição das funções estatais em Locke

No seu “Segundo Tratado sobre o Governo”, publicado em 1690, Locke discrimina quatro funções típicas do Estado, exercidas por dois órgãos distintos. A função legislativa pertence ao Parlamento, e as funções executiva, federativa e a prerrogativa cabem ao rei. Como em Aristóteles, um deles, o Legislativo, é o poder supremo, que determina a própria forma do governo, sendo os demais poderes a ele subordinados (LOCKE, 1978, p. 85). O poder legislativo se encarrega de elaborar as leis gerais, cabendo-lhe ainda nomear juizes para a administração da justiça (LOCKE, 1978, p. 87). Ao poder executivo cabe fazer executar as leis, mediante o uso da força. É necessária a separação entre Legislativo e Executivo, para que as pessoas que fazem as leis fiquem sujeitas às próprias leis que fizeram (LOCKE, 1978, p. 91). Ao poder federativo incumbe fazer guerra, celebrar a paz, formar ligas e alianças, e cuidar de todas as relações externas do Estado. Como tanto o poder executivo quanto o federativo dependem do uso da força, dificilmente podem ficar separados (LOCKE, 1978, p. 92). Enfim, a prerrogativa consiste em um poder discricionário confiado ao órgão que exerce o poder executivo, para que proveja ao interesse público naqueles casos em que não há lei aplicável (LOCKE, 1978, p. 98).

Para evitar que os legisladores se subtraíam às leis que fizeram, preconiza Locke que a execução das leis deve caber a corpo separado, o Executivo. Além disso, como as leis seriam elaboradas em curto prazo para longa duração, o poder legislativo não ficaria em permanente exercício, mas sim o poder executivo, para garantir que elas sejam cumpridas. Esta situação também recomendaria a separação destes dois poderes.

Entretanto, a divisão das funções do Estado em Locke não se reveste da força de um dogma. É que, para ele, a limitação do poder do Estado não está na sua estrutura institucional, mas exclusivamente na existência de um direito natural, que perdura como uma lei eterna, e que vale para todos os homens, inclusive os legisladores (LOCKE, 1978, p. 87). O direito natural consiste, basicamente, na preservação da vida e da propriedade dos homens. Se o direito natural é violado, os súditos não estão mais sujeitos a obedecer aos governantes, podendo levantar-se contra eles e constituir novo governo (LOCKE, 1978, p. 121).

Também em Locke se confirma o que antes se disse quanto a Aristóteles. Não há só três funções típicas do Estado. As funções são classificadas em feixes, recebendo cada um deles o nome correspondente àquela função que para o autor da classificação seria a principal. Locke por isso denomina “poder legislativo” o poder de legislar e de administrar a justiça.

2.4. A separação de poderes em Montesquieu

Segundo Edgar Bodenheimer, “Locke elaborou uma teoria admiravelmente clara e consistente de Direito natural, mas descuidou do estudo de um sistema político mediante o qual se garantisse efetivamente a observância do Direito Natural” (BODENHEIMER, 1994, p. 172).

É com Montesquieu que surge a idéia de que o poder, dependendo da forma como seja disposto, pode conter-se a si mesmo, e de que isto é absolutamente necessário, e não apenas recomendável, para que não degenerem em abuso, nem se converta em poder arbitrário (MONTESQUIEU, 1979, p. 148).

No “Espírito das Leis”, publicado em 1748, Montesquieu distingue, nos Estados, três distintas espécies de funções ou poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil (MONTESQUIEU, 1979, p. 148).

Trata-se, como observou Eduardo García de Enterría, estruturalmente de um novo arranjo do esquema de Locke (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994, p. 31). O poder legislativo Montesquieu é o mesmo de Locke, sem o apêndice do poder de julgar, que passa a constituir um poder autônomo — o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Já o poder executivo de Montesquieu é a reunião dos poderes executivo e federativo de Locke, identificados ambos no uso da força.

A originalidade de Montesquieu, com relação a seus antecessores, está em haver afirmado de maneira categórica, como lei política, que não pode existir liberdade se houver o acúmulo de duas das funções estatais típicas num mesmo órgão. Assim, diz ele, “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (MONTESQUIEU, 1979, p. 149). Do mesmo modo, não haveria liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo, pois um juiz legislador é sempre arbitrário, assim como se torna opressor um juiz dotado de força (MONTESQUIEU, 1979, p. 149).

O poder legislativo em Montesquieu ainda é o poder supremo, como em Locke. Os demais poderes são-lhe logicamente subordinados, porquanto cabe ao Executivo fazer cumprir as leis, e aos tribunais julgar conforme as leis. O poder legislativo tem a *faculdade* (superior, porque positiva) *de estatuir*, ou seja, de ordenar por si mesmo

ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. O poder executivo tem apenas a *faculdade* (inferior, porque negativa) *de impedir*, isto é, o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro. Já o poder de julgar seria, nas palavras de Montesquieu, “de algum modo nulo”, por não ter nem a faculdade de estatuir nem a de impedir. O Executivo participa negativamente da legislação mediante o direito do veto (faculdade de impedir). Ao Legislativo não seria necessária a faculdade de paralisar o poder executivo, porque a execução é por sua natureza limitada, e se exerce sempre sobre coisas momentâneas. A supremacia do corpo legislativo não degenera em absolutismo porque, sendo composto de duas partes (povo e nobres), uma paralisa os excessos da outra, visto que ambas têm a faculdade de impedir.

Observa-se, assim, que a idéia geral de Montesquieu é de que o poder freie o poder, e que isto na prática se obtém mediante *faculdades impiedentes*, que paralisam eventuais abusos de poder. Um poder jamais intervêm *positivamente* na esfera de atuação do outro, pois (poder de julgar à parte, por ser “de algum modo nulo”) o Legislativo e o Executivo só dispõem da faculdade de se *deterem* reciprocamente.

De qualquer modo, não é correto concluir da leitura do Capítulo VI do Livro XI do “Espírito das Leis” que haja uma rígida separação das funções de legislar, fazer cumprir as leis e julgar conforme as leis, cada uma delas cabendo a um órgão constitucional distinto. Montesquieu deixa implícito que as três funções que discrimina devem ser exercidas por órgãos distintos (a função legislativa pelo parlamento, a executiva pelo monarca e a de julgar pelos tribunais), sem prejuízo de que, excepcionalmente, um órgão exerça função típica de outro. Refere-se ele explicitamente a três situações em que ao Legislativo caberá o poder de julgar. Por outro lado, o Executivo participa da função de legislar mediante o poder de veto. O Legislativo,

ademais, fiscaliza a execução das leis. Este ponto é deixado bem claro por Kelsen, mediante explicação histórica, nestes termos:

Os “poderes” legislativo, executivo e judiciário, que os que formularam o princípio de separação tinham em mente, não são três funções do Estado distintas logicamente, mas as competências que o parlamento, o monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história da chamada monarquia constitucional (KELSEN, 1990, p. 274).

2.5. A separação de poderes na Constituição dos Estados Unidos da América

Aprovada a Constituição dos EUA, em 1787, ainda lhe faltava, para entrar em vigor, ser ratificada por pelo menos nove estados da Federação. Três partidários da Constituição, Hamilton, Madison e Jay, empreenderam a sua divulgação mediante artigos publicados em periódicos de Nova Iorque — depois publicados sob o título “O Federalista” —, nos quais defenderam as idéias acolhidas pela Constituição, e replicaram a seus críticos.

Madison, no artigo em que fez a defesa da divisão de poderes adotada pela Constituição, afirma que nela foram distinguidos os três poderes fundamentais do Estado, segundo a lição de Montesquieu. Repeliu, porém, a idéia de que os três poderes devessem estar completamente distintos e separados, como queriam os críticos da Constituição (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p. 205).

A argumentação de Madison é de que a Constituição da Inglaterra, que serviu de modelo para o esquema da divisão de poderes de Montesquieu, não separou inteiramente os poderes legislativo, executivo e judicial. Ali, afirma ele, agentes do poder executivo tomam parte no Legislativo, o Legislativo nomeia os juizes, e estes se acham

tão estreitamente unidos ao corpo legislativo que muitas vezes assistem e tomam parte nas suas deliberações, embora não tenham voto deliberativo.

Assim, conclui Madison que Montesquieu

...não quis proscrever toda *ação parcial*, ou toda *influência*, dos diferentes poderes uns sobre os outros: o que quis dizer, segundo se colige das suas expressões, e ainda melhor dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda sua *plenitude*, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p.206).

A divisão dos três poderes do Estado, estabelecida na Constituição dos Estados Unidos não seria garantida, segundo Madison²⁰ (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p. 219) por nenhum remédio exterior, mas pela própria construção institucional do governo, de tal modo que as suas diferentes partes, ou poderes, pudessem reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos. Eis aqui a idéia nuclear da chamada doutrina americana dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

A Constituição dos EUA não se limitou a absorver, com sensíveis ajustes, o esquema da distribuição de poderes de Montesquieu. Procurou, de certo modo, manter a base social sobre que ele devia funcionar. Ora, Montesquieu tinha em mente, ao tratar da divisão das funções do Estado, uma sociedade aristocrática e um regime monárquico, o que justificava os três órgãos políticos básicos de que falava — um monarca, uma câmara de nobres e outra do povo (VALLET DE GOYTISOLO, 1986, p. 400). Estas três figuras foram convertidas, na Constituição americana, respectivamente em Presidente (da República), senadores (dos estados federados) e deputados (do povo).

²⁰ - O escrito que traz essa assertiva é de autoria de Madison ou Hamilton.

Contudo, à diferença de Montesquieu, que buscou impedir que o Legislativo se tornasse absoluto apenas pelo freio interno da ação recíproca de suas duas câmaras e pelo freio externo do veto do Executivo, os autores do “Federalista” entenderam que isto seria insuficiente para frear a tendência dominante do Legislativo, sendo ainda necessário que fosse ele enfraquecido pela sua divisão em muitas frações, desligadas umas das outras (daí a distribuição federativa do poder), e que o Executivo, sendo por natureza fraco, fosse fortalecido (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p.221).

Afastando-se ainda mais de Montesquieu, para quem o poder judicial seria como que nulo, por não dispor das faculdades de estatuir nem de impedir, a Constituição dos Estados Unidos conferiu ao Judiciário poderes impeditivos, isto é, de declarar nulas leis inconstitucionais do Legislativo, assim como atos ilegais do Executivo (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p. 331).

Vê-se, assim, que o esquema da distribuição de poderes de Montesquieu foi significativamente alterado no arranjo adotado pela Constituição dos Estados Unidos da América. O Legislativo foi enfraquecido, o Executivo fortalecido, e o Judiciário deixou de ser nulo.

2.6. A divisão de poderes e a Revolução Francesa

As idéias de Montesquieu vinculavam-se ao antigo regime, que a Revolução de 1789 aboliu. A sua defesa de um poder judicial independente foi interpretada pelos revolucionários como sustentação teórica dos “parlamentos” judiciais do antigo regime, os quais constituíam reduto de conservação da nobreza contra o poder central.

O esquema de distribuição de poderes de Montesquieu foi então substancialmente transformado pelos revolucionários em rígida *separação* de poderes, com o objetivo principal de estabelecer a

liberdade do poder executivo frente aos demais poderes, em especial frente ao poder judiciário (imunidade judiciária). Por isso, lei da Assembléia Constituinte, de 1790, estabeleceu a separação entre as funções administrativas e judiciais, proibindo os juizes, sob pena de prisão, de processar os agentes administrativos pelo exercício de suas funções. Assim, a separação entre Executivo e Judiciário implicou a criação de uma justiça administrativa, para que a atividade administrativa não ficasse submetida ao poder judiciário. Por outro lado, a separação entre o Executivo e o Legislativo lançou as bases do poder regulamentar do primeiro.

O fortalecimento e a liberdade do poder executivo configuravam uma exigência do cumprimento das tarefas da Revolução de 1789. O modelo de Executivo de Montesquieu transformou-se num poder administrativo, de que não se conheciam precedentes. A divisão de poderes de Montesquieu, assim adaptada às necessidades da Revolução, produziu efeito contrário, implicando uma inédita concentração de poderes na administração pública.

2.7. Separação de poderes e democracia

A democracia não tem relação direta com a separação de poderes, embora ambas compareçam lado a lado nas constituições contemporâneas. A democracia é uma das respostas à pergunta *quem governa?*, ao passo que a separação de poderes é uma resposta possível à pergunta *como se distribuem as funções do Estado?* “O princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático” (KELSEN, 1990, p. 275).

Como a separação de poderes tem por fim limitar o poder do Estado, mediante a sua desconcentração, acaba estabelecendo

limites à própria democracia. Isto se torna patente naqueles sistemas de divisão de poderes em que o órgão judicial, não eleito pelo povo, pode controlar os órgãos, eleitos pelo povo, que exercem as funções legislativa e executiva.

A plena compatibilização da separação de poderes com a democracia exige, segundo Kelsen (1990, p. 275), que o órgão legislativo, eleito pelo povo, controle os órgãos executivo e judiciário, ainda que estes também sejam eleitos pelo povo, porque o Legislativo tem o maior interesse numa execução rigorosa das normas por ele emitidas.

A evolução histórica tem demonstrado, entretanto, que a democracia e a separação de poderes são técnicas, que podem ser combinadas com outras, como por exemplo a instituição de Constituição rígida, para que o Estado cumpra sua função social num regime de liberdade. Como técnicas, têm finalidades distintas. A democracia cobrará ao Estado o desempenho de sua função social; a separação de poderes, um regime de liberdade.

2.8. A função conservadora da divisão de poderes

O esquema da distribuição de poderes, embora defendido por um nobre, como Montesquieu, pôde ser aproveitado pela burguesia revolucionária americana e européia, porque, aliado à garantia dos direitos naturais, em especial o de propriedade, permitia a sua conservação no poder.

Já Montesquieu deixara claro que a divisão de poderes por ele proposta visava à garantia da liberdade. Mas a liberdade interessa especialmente aos proprietários. Aos não-proprietários interessa, antes de tudo, a igualdade.

Deste modo, a separação de poderes constitui uma característica fundamental do Estado liberal. Um Estado que tende ao repouso, à paralisia, e mantém o *statu quo*. Trata-se, na verdade, de um fosso de segurança cavado pela “minoría próspera” contra a “multidão inquieta”, nos dizeres de CHOMSKI (1996, p.123). Por outra, constitui uma barreira contra avanços da democracia, com a qual é de certo modo incompatível.

Escrevendo sobre a Constituição dos EUA, Crossmann sustenta que os convencionais de Filadélfia, representantes das classes possuidoras, se depararam com o problema de buscar um mecanismo para assegurar a propriedade, que na Inglaterra estava garantida pelo acatamento da oligarquia governante por um povo acostumado à sujeição à autoridade. A solução, diz ele, foi criar “um sistema de equilíbrios e freios, tão intrincados, que dificilmente poderia filtrar-se através de suas malhas uma gota do sentimento popular” (CROSSMANN, 1992, p.100).²¹

2.9. A divisão de poderes e o Estado contemporâneo

A evolução da sociedade exigiu um Estado ativo, intervencionista, atuante. A divisão de poderes, que paralisava o Estado, tornou-se aos poucos obsoleta. Fora ela idealizada para uma sociedade estática, regida por leis que se consideravam o reflexo da razão, e portanto imutáveis. O regime parlamentarista, que funde praticamente o Legislativo e o Executivo, veio a constituir uma das formas de atualização da divisão de poderes.

²¹ - A tese de Crossmann é sustentada por escrito de Madison, tido como o “pai da Constituição”, em que este revela que os convencionais tinham por intuito justamente defender os interesses da minoria possuidora contra os avanços, por meio do sufrágio, da maioria despossuída (CROSSMANN, *ibidem*).

Em qualquer caso, a evolução do esquema de distribuição de poderes se deu no sentido da ampliação das funções do poder executivo. Isto tinha obrigatoriamente de ocorrer, pela incapacidade natural dos demais poderes de implementar as transformações que a sociedade demandava. O Legislativo, lastreado no princípio democrático, pode trazer mudanças, mas apenas as põe em leis, não as implementa. O Judiciário limita-se à solução de controvérsias, não atuando por impulso próprio.

Embora as constituições dos Estados contemporâneos ainda conservem, por tradição, um órgão com o nome “Poder Executivo”, ele passou a exercer duas funções diferenciadas — o governo (ou política) e a administração (HELLER, 1968, p. 248; AMARAL, 1986, p. 45; KELSEN, 1990, p. 250).

A função administrativa é exercida pela administração pública, uma versão ampliada daquela poderosa maquinaria criada pela Revolução Francesa, com tentáculos que se estendem sobre toda a sociedade, absolutamente inconfundível com o poder executivo descrito por Montesquieu. Já a função de governo guarda muita semelhança com o poder de “prerrogativa”, de que falava Locke. Segundo este, a prerrogativa era o poder que deveria ser exercido pelo órgão que tivesse em mãos o Executivo, para atender ao interesse público naqueles casos não regulados pela legislação (LOCKE, 1978, p. 98).

Com o Estado contemporâneo não se deu, porém, somente uma *ampliação* das funções do poder executivo, entendida como um desdobramento daquilo que nele já estava implícito. Mais que isto, operou-se uma verdadeira *retificação das fronteiras entre os poderes*, no dizer de ADAMS (1964, p.47), de tal jeito que o poder executivo de um lado assumiu parte da função normativa, que antes era exclusiva do poder legislativo, e de outro chamou a si resolução de

determinadas controvérsias, em que envolvida a administração pública.²²

2.10. A divisão de poderes como dogma

Ainda no século XVIII, como assinala LOEWENSTEIN (1976, p.55), o princípio da divisão de poderes foi quebrado pelo parlamentarismo. Hoje, mesmo nos regimes não-parlamentaristas, já se torna impossível sustentá-lo, tão desfigurado foi pela transformação das instituições políticas, operada a partir da Revolução Industrial.

Por que, então, a tradicional tricotomia de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) continua a fazer parte das constituições escritas do mundo contemporâneo? Segundo Dallari, isto se deve a que, “apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à idéia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente” (DALLARI, 1983, p. 194).

O caráter dogmático da separação de poderes ficou assentado, idealisticamente, desde que foi inscrito no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (*Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem em absoluto Constituição*). O significado desta declaração, entendida no contexto da filosofia iluminista, em que ela se insere, consiste em que o princípio da

²² - O que se afirma aqui deve ser entendido com alguns temperamentos. Como regra geral, deve-se entender que tanto a função normativa do Executivo, quanto a sua função de julgar controvérsias, são de algum modo limitadas, pois a primeira poderá ser controlada pelo Legislativo, e ambas pelo Judiciário. A reflexão não vale, porém, para os sistemas de rígida separação de poderes, como a França, em que as controvérsias com a Administração são resolvidas, em definitivo, por um órgão jurisdicional inserido na Administração, e ao Poder Executivo foi deferida capacidade normativa, em determinadas matérias, sem possibilidade de controle pelo Legislativo (Constituição Francesa de 1958).

separação de poderes é uma imposição da razão, tendo por isso caráter eterno e universal, e só não fora descoberto antes porque os homens eram impedidos de pensar por si mesmos, encontrando-se como que nas trevas (KANT, 1992, p. 25).

Foi, todavia, depois das malogradas experiências de regimes antiliberais implantados no século XX, sob inspiração nazista, fascista, comunista ou militarista, que o dogma da separação de poderes se consolidou, levando a contemporânea imaginação política a renunciar às tentativas de reforma das estruturas políticas herdadas do Estado liberal (COMPARATO, 1989, p. 96).

Transformada em dogma, sobre cuja validade não se deve discutir, a idéia da divisão de poderes cumpre, no âmbito das relações entre governantes e governados, importante função de convencimento ou persuasão. Os governados, confundindo a norma com a realidade, cuidam que vivem num regime de liberdade, porque assegurada a separação de poderes. Já os titulares dos diversos poderes atribuem-se uns aos outros a responsabilidade por erro, má atuação ou imobilismo, com o que preservam sua imagem política e postergam as reformas sociais desejadas pela Sociedade.

Como não há *uma* divisão de poderes, mas tantas quantas são as ordens jurídicas nacionais, torna-se necessário, quando invocada como argumento de defesa de alguma tese, verificar se há correspondência entre a divisão de poderes tomada como base da argumentação e aquela inscrita na Constituição. No Brasil, onde adotado o modelo americano de divisão funcional do poder, e não o francês, prova pouco dizer que os atos discricionários da administração pública não podem ser controlados pelo poder judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da “separação” de poderes. O óbice não está aí, mas sim na possível dificuldade de efetuar-se este controle, como se demonstrará adiante.

2.11. Posturas críticas à separação de poderes - I: Kelsen

Hans Kelsen é um dos críticos da doutrina da separação de poderes. Sustenta que ela se baseia no falso pressuposto de que os três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, sendo possível definir as fronteiras entre uma e outras funções. Isto, a seu ver, não é de modo algum sustentado pelos fatos. O Estado, pondera ele, só tem duas funções típicas, a criação e a aplicação do Direito, as quais não podem ser rigorosamente demarcadas (KELSEN, 1990, p. 263). Como, na sua teoria, Direito e Estado se identificam, conclui que “as funções do Estado provam ser idênticas às funções essenciais do Direito” (KELSEN, 1990, p. 251).

Ainda segundo Kelsen, o poder legislativo tem, de certo modo, função executiva, pois, ao criar normas gerais, está executando a Constituição, que lhe outorgou competência para tanto. Executivo e Judiciário, a seu turno, não se distinguem pela sua função, dado que a ambos cabe a execução de normas gerais e a criação de normas individuais (KELSEN, 1990, p. 250-2). Isto faz lembrar Montesquieu, quando denomina o Executivo de “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, e o Judiciário de “o executivo das que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 1979, p. 148).

2.12. Posturas críticas à separação de poderes - II: Loewenstein

Karl Loewenstein propõe uma nova divisão das funções estatais: **a)** função de decisão política fundamental ou conformadora — *policy determination*; **b)** função de execução da decisão — *policy execution*; e **c)** controle político — *policy control* (LOEWENSTEIN, 1976, p. 72).

Esta classificação, segundo ele, estaria de acordo com a sociedade pluralista de massas do século XX. Mais ainda, seria o

resultado da experiência política do século XVIII, que mostrou que funções do Estado não são instrumentos da vontade popular, como até então se pensava. Na verdade, é a *liderança política*, entendida como o exercício consciente do poder político, que dirige e guia a vontade popular. Destarte, a elaboração e a execução das leis não são funções separadas ou inseparáveis, com fins próprios, mas simplesmente técnicas utilizadas pela liderança política para atingir seus fins (LOEWENSTEIN, 1976, p. 61-62).

Segundo Loewenstein, a função que se encarrega das decisões políticas fundamentais é exercida quando se faz necessária uma solução ante o choque de diferentes interesses e ideologias, sem que esta solução esteja condicionada por decisões anteriores, exceto a Constituição. Já a função de execução destas decisões se dá simultaneamente por meio da legislação, da administração e da justiça. Por fim, a função de controle político é exercida mediante a responsabilidade política, pela qual um detentor do poder tem de prestar contas a outro detentor do poder acerca do cumprimento da função que lhe foi assinada (LOEWENSTEIN, 1976, p. 62-72).

A redefinição das funções estatais proposta por Loewenstein tem o mérito de indicar as etapas lógicas que hodiernamente compõem o processo de atuação do poder político — decisão, execução e controle. Ao mesmo tempo, destaca, pela autonomização da função de decisória, o papel transformador que deve ter atualmente o Estado, em contraposição à atividade meramente conservadora, que cumpria na época do constitucionalismo liberal. Enfim, deixa patente que as decisões políticas fundamentais devem ser executadas, e sua execução controlada. Entretanto, é insuficiente redefinir as funções do Estado sem projetar novos órgãos para as cumprir.

2.13. Posturas críticas à separação de poderes - III: Comparato

Fábio Konder Comparato parte de premissas sociológicas para, em exercício de imaginação política, propor uma reformulação das funções do Estado (COMPARATO, 1989, p. 83-123). Na sua visão, o mundo atual é substancialmente diferente daquele em que se desenvolveu o constitucionalismo clássico. A época era então do Estado liberal, que devia limitar-se a garantir a segurança contra o inimigo externo, a paz civil e os direitos individuais. A industrialização trouxe consigo uma série de transformações sociais. A urbanização e o aumento da população, entre outros fatores, obrigaram o Estado contemporâneo a assumir novas tarefas. Já não se trata mais, agora, de somente garantir a segurança e a liberdade dos indivíduos, mas de outorgar-lhes prestações sociais, como saúde, educação, trabalho, moradia etc.

Assim, instituições herdadas do Estado liberal, como a tripartição de poderes, mostram-se inadequadas para enfrentar a realidade do mundo contemporâneo. O mecanismo da separação de poderes foi idealizado para frear, e não para impulsionar a ação estatal. A função precípua do Estado, especialmente nos países subdesenvolvidos, não é a de manter as coisas como estão, simplesmente administrando questões conjunturais ou de curto prazo, mas sim a de programar políticas de médio e longo prazo e implementá-las. Em conclusão, “a função primordial do Estado já não é a produção do Direito, mas a realização de políticas” (COMPARATO, 1989, p. 119).

Embora estas novas tarefas tenham sido até agora absorvidas pelo poder executivo, que pela sua própria natureza assume novas funções, é indesejável, sustenta Comparato, que este poder acumule suas tradicionais funções com as novas, pois implicaria em subordinar o planejamento de políticas de médio e longo prazo às

exigências de curto prazo, especialmente as de natureza eleitoral. Como já assentara Montesquieu, *o poder executivo se exerce sempre sobre coisas momentâneas* (MONTESQUIEU, 1979, p. 152), sendo incompatível com a sua natureza o enfrentamento de questões de longa duração.

O novo arranjo institucional, pondera Comparato, deveria implicar no reconhecimento da função estatal autônoma do planejamento ou programação de políticas públicas, sem subordinação ao chefe do poder executivo. A sua autonomização em relação ao Executivo se justificaria não só pelo fato de que a junção num mesmo órgão da programação e da execução de políticas públicas dificultaria a fiscalização da última, mas também porque só isto daria impulso ao aparelho de Estado. É certo que Montesquieu supunha que os três poderes, embora estruturalmente inclinados ao repouso, seriam obrigados “pelo movimento necessário das coisas” a caminhar (MONTESQUIEU, 1979, p. 153). Ora, o “movimento necessário das coisas” obriga o Executivo a tomar iniciativas, mas estas se dirigem naturalmente para interesses parciais e momentâneos (COMPARATO, 1989, p. 106).

A programação de políticas públicas, acompanhada da fiscalização de sua execução, seria, no seu entendimento, uma função técnica, a exigir o concurso de pessoas escolhidas pela sua competência, e não pela sua filiação político-partidária, devendo estar acoplada a uma câmara representativa de interesses grupais, que lhe conferisse legitimidade democrática (COMPARATO, 1989, p. 109).

Comparato defende nitidamente uma postura garantista das funções do Estado. Isto fica patente pelo enunciado do problema por ele proposto — “como impor juridicamente aos Poderes Públicos o cumprimento dessas prestações sociais, de natureza complexa e de longa duração, quando o aparelho estatal é constituído para se

neutralizar internamente, num permanente equilíbrio de poderes?” (COMPARATO, 1989, p. 98). A solução, segundo se viu, seria conciliar a idéia liberal de distribuição orgânica do poder, no que serve de obstáculo ao arbítrio, com a reorganização das instituições políticas do Estado para que ele cumpra sua função social, o que leva ao reconhecimento da função estatal, autônoma, de programação de políticas públicas, ao lado das funções tradicionais (legislativa, executiva e judiciária).

2.14. A redefinição das funções estatais na reforma em curso da administração pública brasileira

Desde 1995, vem sendo implementada no Brasil, por meio de emendas à Constituição, leis e decretos, a reforma da Administração. Não toca na clássica tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas busca discriminar, no âmbito do Executivo, as funções de decisão, execução e controle, que até então se encontravam embaralhadas.

Assim é que a Presidência da República e a cúpula dos ministérios têm a incumbência de definir as políticas públicas e controlar a sua execução, esta a cargo de instituições descentralizadas, chamadas de “agências executivas” quando se tratar de atividades exclusivas do Estado, e de “organizações sociais” quando se tratar de atividades sociais e científicas não-exclusivas do Estado. Aos órgãos definidores das políticas públicas cabe apontar os objetivos das instituições executoras e os respectivos indicadores de desempenho, o que lhes permitirá o controle posterior (PEREIRA, 1999, p. 40-42).

Como se observa, a separação entre a instância programadora de políticas e a instância que as executa é que viabiliza a função de controle, que se exerce, neste caso, duplamente. Primeiro, o controle que deriva da própria desconcentração de poder entre órgãos

distintos. É o que Loewenstein chama de “controle pela distribuição do poder” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 68). Depois, o controle exercido por um órgão sobre o outro, obrigando-o a prestar contas, o que Loewenstein chama de “controle autônomo de poder” (LOEWENSTEIN, *idem*).

Tocqueville, ao confrontar o antigo regime com aquele implantado pela Revolução Francesa, aponta como um dos grandes defeitos do primeiro não haver distinguido órgãos diferentes para exercer o poder de executar, de um lado, e o de prescrever e controlar, de outro. “Nunca se lembraram” — diz ele, referindo-se aos responsáveis pelo antigo regime — “de reunir os dois sistemas e distinguir sem disjuntá-los o poder que deve executar e o poder que deve prescrever e controlar. Esta idéia aparentemente tão simples não surgiu: só foi encontrada no século atual” (TOCQUEVILLE, 1989, p. 180).

Na base da reforma administrativa que vem sendo implantada desde 1995 está, pois, a idéia fundamental e “aparentemente tão simples” a que se referia Tocqueville: para ser possível controlar é necessário distinguir o órgão que vai prescrever do que vai executar, cabendo ao primeiro o controle da atividade do segundo.

2.15. A divisão de poderes e o princípio da inafastabilidade do controle judicial

Nos sistemas de jurisdição única, como o que existe no Brasil, todos os conflitos de interesses, seja entre particulares, seja entre eles e a pessoa jurídica em que se constitui a administração pública, podem ser levados ao exame do poder judiciário (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV).

Deste modo, quando resolve um conflito de interesses no qual é parte a Administração, mediante provocação dos interessados, instauração de um processo regular com direito de defesa, e proferimento decisão motivada com base no ordenamento jurídico, o órgão judiciário não exorbita dos limites funcionais que lhe são marcados pela Constituição. Se não vai além dos limites que lhe são marcados, logicamente não pode invadir esfera própria da administração pública, porque invadir é o mesmo que ir além dos próprios limites. Portanto, não corresponde aos fatos a idéia corrente de que a Administração tenha naturalmente espaços reservados, imunes ao controle judicial, que lhe são conferidos explícita ou implicitamente pelas leis (a chamada discricionariedade ou “mérito” da ação administrativa), e que estes espaços configurariam limites materiais ao controle judicial, sob pena de ofensa ao princípio da divisão de poderes. Não há, para a atuação do Judiciário, limites outros além da exigência de satisfação, pelos interessados, dos pressupostos de instauração de um processo judicial válido e das condições de exercício do direito de pedir a tutela judicial (pressupostos processuais e condições da ação), que são limites funcionais, e não materiais.

O poder judiciário, no controle da atividade administrativa, só poderia transgredir o princípio da divisão de poderes quando (a) atuasse de ofício, (b) dispensasse o pressuposto da existência de um litígio, real ou potencial, (c) atuasse sem processo regular, com garantia do direito de defesa, (d) proferisse decisão sem fundamento no Direito, ou ainda (e) praticasse ato próprio da Administração²³.

²³ - “Ato próprio da administração”, no sentido aqui empregado, não se confunde com “ato discricionário”. Ato próprio da Administração é aquele que só ela pode praticar. Por isto, não cabe em princípio ao juiz, numa ação em que determinado candidato aprovado em concurso postula a nomeação, praticar este ato, em substituição à Administração. O juiz deve simplesmente determinar que a Administração o faça, juntamente com as providências administrativas acessórias que acompanham este ato.

No passado, reconhecia-se que espaços reservados da Administração (a discricionariedade ou o “mérito” da atividade administrativa) implicavam limites materiais à intervenção judicial, mas que estes limites não poderiam impedir o Judiciário de restaurar direitos subjetivos lesados (CAVALCANTI, 1995, p.448). Por outra, a chamada discricionariedade administrativa só iria até onde não prejudicasse direitos individuais ou subjetivos.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil admite o controle judicial, inclusive da Administração, sempre que alegada “lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV). Compreende-se, pois, que não apenas os direitos individuais subjetivos, mas também os direitos coletivos e difusos envolvidos em litígio justificam o controle judicial da atividade administrativa, sem que se possa falar em interferência indevida do Judiciário no âmbito de atribuições próprio da Administração.

Assim, mostram-se inteiramente compatíveis um com o outro os princípios da divisão funcional de poderes e da inafastabilidade do controle judicial, respeitados os limites funcionais do Poder Judiciário. Por serem princípios de contornos nítidos, não há necessidade de serem contrabalançados no caso concreto, mediante ponderação de seu peso ou importância, como propõem Dworkin e Alexy para os princípios constitucionais em geral, de significação vaga ou fluida (DWORKIN, 1984, p. 77; ALEXY, 1999, p. 75).

2.16. Conclusões do capítulo

De tudo quando se expôs, conclui-se que não há no Brasil um regime de “separação de poderes”, mas de divisão funcional de poderes mediante “freios e contrapesos”, à feição do modelo norte-americano.

Com efeito, a divisão de poderes entre nós adotada não é jurídica, mas política. Isto quer dizer que os três poderes não são, do ponto de vista jurídico, inteiramente distintos, independentes e isolados, como se fossem pessoas jurídicas distintas, conforme defende a chamada interpretação “juridicista” ou “separatista”. A divisão é antes política, no sentido de que (a) não é possível que mais de uma das três funções estatais seja absorvida por um só órgão, e (b) só as funções legislativa e executiva são tipicamente políticas²⁴. Assim, admitem-se plenamente as interferências recíprocas previstas na Constituição escrita, com a peculiaridade de que as intervenções que partem do Legislativo e do Executivo são, em sentido estrito, *políticas*, e as que provêm do Judiciário são *jurídicas*.

Deste quadro decorre que o princípio da divisão de poderes entre nós adotado não justifica, teoricamente, nenhuma “autocontenção” do Judiciário frente aos outros poderes estatais, nem constitui limite *material* ao controle de certos atos administrativos pelo poder judiciário (os atos discricionários, ou mais especificamente o “mérito” destes atos). Da divisão de poderes só se podem extrair limites *funcionais* à intervenção do Judiciário: satisfeitos os *pressupostos do exercício da função judicial*, a atividade toda da administração pública submete-se ao exame e controle do poder judiciário.

Como conclusão derradeira, resulta que é puramente retórico o apelo à divisão de poderes, tão freqüente nos escritos de juristas e operadores do Direito, já agora redesignada como “separação de poderes”, para efeito de se criarem limites *materiais* à intervenção judicial na atividade administrativa. O objetivo disto não pode ser outro senão manter intacta a discricionariedade ou “mérito” da atividade administrativa, apesar de se mudarem as teorias e os discursos vigentes no direito administrativo. E, apesar de se afirmar que com

²⁴ - VALLET DE GOYTISOLO (1986, p. 390-392) expõe, com detalhes, as duas interpretações divergentes da divisão de poderes, a “juridicista” e a “política”.

estas novas teorias o “mérito” da ação administrativa fica reduzido, na prática ele se continua dilatando pelo poder natural de expansão da administração pública, como se verá detidamente no capítulo seguinte.

Capítulo 3: Nascimento e desenvolvimento da administração pública moderna

3.1. Preliminares

Hermann Heller demonstrou que seria tarefa vã tentar compreender o que seja o Estado atual mediante o acompanhamento de seus “predecessores” até tempos remotos, visto que o “Estado”, como nome e realidade, é uma individualidade peculiar do ponto de vista histórico, que não pode ser transportada aos tempos passados (HELLER, 1968, p. 48 e 157).²⁵

De modo semelhante, a administração pública, tal como a conhecemos hoje, é um produto histórico do século XVIII, mais exatamente da Revolução Francesa, umbilicalmente ligado à gênese mesma do direito administrativo, e nesta condição não guarda nenhuma semelhança importante com as atividades públicas de caráter administrativo realizadas desde quando o homem vive em sociedade.

Afigura-se, por isto mesmo, prescindível o estudo da evolução histórica da administração pública, como faz Diogo Freitas do

²⁵ - Esta opinião está de acordo com WEBER, para quem “o Estado moderno é um agrupamento que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão” (WEBER, 1983, p. 62). A origem do nome da realidade “Estado” é discutida profundamente por BOBBIO (1992, p. 65-76).

Amaral (AMARAL, 1986, p. 50), uma vez que ela não surgiu mediante evolução. O nascimento da Administração, como se verá, está ligado a uma ruptura com os padrões estabelecidos — ou mudança de paradigma no sentido de Thomas Kuhn (KUHN, 1996, p. 13) —, vale dizer, a uma transformação revolucionária.

3.2. Primórdios do modelo burocrático de administração pública

Na época dos Estados absolutos, a administração era do tipo patrimonialista, caracterizada pela identificação entre o patrimônio público e privado. Os cargos públicos eram concedidos como favor do Soberano, ou mesmo vendidos, e depois podiam ser transmitidos como a propriedade em geral, por venda ou por herança.

Foi ainda ao tempo do Estado absoluto que nasceu o modelo burocrático de administração pública. A Prússia, no século XVII, como anota Diogo Freitas do Amaral (AMARAL, 1986, p. 66), “reconheceu a necessidade de colocar a serviço do Estado um corpo de funcionários competentes e profissionalizados, altamente disciplinados e hierarquizados, e por isso recrutados apenas com base no mérito.”

A idéia basilar do sistema prussiano era a de que o serviço civil deveria ser organizado à semelhança do exército. Frederico Guilherme I (1713-40) aperfeiçoou o sistema, ao criar as primeiras cadeiras de Ciência da Administração nas universidades alemãs, exigindo o correspondente diploma como condição de acesso às funções públicas superiores. Deve-se ainda a ele a introdução de exames de ingresso no serviço público, a proibição de acumular função pública com ocupação de natureza privada, e a proscrição da transmissibilidade patrimonial dos cargos públicos. O modelo chegou ao refinamento com Frederico, o Grande (1740-86), conforme refere AMARAL (1986, p. 66-67).

As principais características do modelo prussiano — recrutamento pelo mérito e submissão a estrita obediência hierárquica — refletiram-se na administração pública organizada pelo primeiro Napoleão em França, e, por meio das conquistas napoleônicas, foram implantadas nos países europeus dominados.

3.3. Administração pública e Revolução Francesa

Há consenso estável, entre os que se dedicam ao estudo da administração pública, de que seu surgimento está ligado à Revolução Francesa. Dois fatores explicam o novo paradigma. Um deles é a introdução da completa separação entre a administração e a justiça, que no antigo regime muitas vezes eram atribuição de um mesmo órgão (AMARAL, 1986, p. 71). O outro é o nascimento do direito administrativo, como direito novo, de caráter estatutário²⁶, a que fica sujeita a administração pública, permitindo que os administrados possam recorrer à Justiça contra violações a seus direitos por parte daquela.

Tocqueville, ao confrontar o regime anterior à Revolução com aquele por ela implantado, deixa patente que o antigo regime já levantara os alicerces sobre que veio a ser implantada a nova Administração, ou seja, a centralização administrativa, a tutela administrativa, a justiça administrativa e a estabilidade dos funcionários (TOCQUEVILLE, 1989, p. 77-100)²⁷.

A obra peculiar da Revolução Francesa, segundo Tocqueville, não foi criar do nada uma administração centralizada, coisa

²⁶ - Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, direito estatutário é aquele que somente regula as relações de certas classes de sujeitos, subtraindo-os ao direito comum, como é o caso do direito administrativo e do direito canônico (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p.47).

²⁷ - Nas palavras de Tocqueville, “os homens de 89 tinham derrubado o edifício, mas suas fundações permaneceram na própria alma de seus destruidores e foi sobre estas fundações que puderam erguê-lo novamente e torná-lo mais sólido do que jamais o fora” (TOCQUEVILLE, 1989, p. 100).

que já havia no antigo regime, nem ainda “alterar em sua essência nenhuma das leis fundamentais sobre as quais repousam as sociedades humanas no nosso Ocidente” (TOCQUEVILLE, 1989, p. 67). Inovou, de um lado, ao “aumentar o poder e os direitos da autoridade pública” (TOCQUEVILLE, *idem*), permitindo o surgimento de uma administração ainda mais forte e centralizada que a anterior, de tal modo que já sob Napoleão, esta Administração se tornou uma verdadeira “ditadura de manutenção das conquistas da Revolução” (AMARAL, 1976, p. 71). De outro lado, a Revolução Francesa inovou ao destruir tudo aquilo que, no antigo regime, derivava das instituições aristocráticas e feudais, em especial os privilégios e distinções (TOCQUEVILLE, 1989, p. 67).

Essas ponderações de Tocqueville substancialmente não contradizem a filiação da atual administração pública à Revolução Francesa. Certo é que esta aproveitou os alicerces da antiga administração monárquica para construir uma nova, mas partindo de um ponto de vista completamente diverso. Agora, a Administração não devia servir para manter a realeza, deixando incólumes os privilégios dos nobres e aristocratas. O seu objetivo será o de implementar a igualdade que serviu de lema à Revolução. As suas relações serão travadas com cidadãos formalmente livres e iguais, e não mais com súditos.

3.4. O modelo de administração pública da era napoleônica

Foi sob o primeiro Napoleão que se consumou definitivamente a centralização administrativa dos revolucionários (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994, p.64). Cria ele cinco ministérios (guerra, justiça, finanças, negócios estrangeiros e interior), responsáveis pela administração central. É instituído um *Conseil d'État*, com funções administrativas de consulta, que depois se transforma em instância suprema de controle judicial da Administração. O território da França é dividido em cerca de oitenta circunscrições, denominadas *départements*,

cada uma dirigida por um representante direto do Imperador, o *Préfet*. As *communes* (municípios) deixam de ser administradas por órgãos eleitos, e passam a sê-lo por *maires* nomeados pelo poder central, com a finalidade de se manterem a unidade e a eficácia da ação administrativa. O funcionalismo é recrutado com base em critério de mérito, e submetido a estrita obediência hierárquica (AMARAL, 1986, p. 70).

O modelo francês de administração pública, tal como implementado por Napoleão, logo se propagou por toda a Europa, em geral imposto aos países conquistados nas guerras napoleônicas. Houve uma espécie de “colonização administrativa”, segundo refere GARCÍA DE ENTERRÍA (1994, p. 73), visto que, mal conquistado um país, imediatamente era reorganizada toda a sua Administração, segundo o padrão dos conquistadores. Cessada a ocupação, permanecia aquele modelo de administração, o que demonstra que era perfeitamente adequado aos novos tempos. Não se tratava de veleidade do imperador, mas sim de uma imposição das necessidades sociais.

A administração pública que veio a ser implantada por Napoleão guarda já pouquíssima semelhança com o poder executivo retratado por Montesquieu. Não se deu somente alteração de quantidade, senão também de qualidade. O foco da atividade administrativa já não seria impedir, pela execução das leis, que fossem perturbadas as relações entre os indivíduos, mas satisfazer as exigências sociais e conduzir a sociedade aos fins propostos pelo poder político. Deslocava-se a ênfase no poder de polícia do poder executivo, tal como preconizava a tripartição de poderes, para a prestação de serviços públicos e para a atividade de fomento.²⁸

3.5. O modelo de administração pública burocrática, segundo Max Weber

Para Max Weber, há três tipos ideais de dominação, entendida esta como a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas ou para qualquer ordem dentro de determinado grupo de pessoas. Assim, a dominação pode ser (a) legal ou racional, (b) tradicional, ou (c) carismática. A dominação legal ou racional é aquela baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude destas ordens, foram nomeados para exercer a dominação.

Partindo da realidade da administração pública do início do século XX, Weber assinala que o tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um *quadro administrativo burocrático*. Os *funcionários individuais*, que compõem este quadro: **a)** são pessoalmente livres, obedecendo apenas às obrigações *objetivas* de seu cargo; **b)** são *nomeados* (e não eleitos) numa *hierarquia* rigorosa de cargos; **c)** em virtude de um contrato, à base de livre seleção; **d)** têm *competências* funcionais fixas; **e)** têm qualificação profissional; **f)** são remunerados com salários fixos *em dinheiro*, basicamente segundo a posição na hierarquia; **g)** exercem o cargo como *profissão* única ou principal; **h)** têm perspectiva de uma carreira, mediante progressão; **i)** trabalham em separação absoluta dos meios administrativos e sem apropriação do cargo; **j)** estão submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de *disciplina* e controle do serviço (WEBER, 1994, p. 141-144).

Ao lado e até por força destas características, a burocracia racional tem, segundo Weber, um “espírito” formalista, que consiste, da parte dos funcionários com relação aos administrados, na

²⁸ - Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (1990, p. 57), a atividade de fomento contitui, junto com a de polícia e o serviço público, o tripé clássico das formas de atuação da Administração.

tendência dos primeiros a privilegiar o cumprimento dos *regulamentos*, aplicados quase sempre de modo formalista (WEBER, 1994, p. 147).

O modelo burocrático de Administração, tal como descrito por Weber, é típico do capitalismo. Opõe-se ao modelo patrimonialista, que predominava na época pré-capitalista do Estado absoluto. O capitalismo exigiu que o Direito e o Estado fossem coisas racionais e previsíveis, com as quais pudesse contar tal como uma máquina (WEBER, 1997, p. 288).

3.6. O modelo gerencial de administração pública

Na década de setenta, irrompeu uma crise econômica mundial que pôs fim ao período de crescimento iniciado após a segunda guerra mundial. O tipo de Estado construído nesta época de prosperidade se caracterizava pela acentuada intervenção direta na economia (Estado-empresário), pela concessão de prestações sociais, como saúde, educação, previdência social (Estado de serviços ou Estado-providência), e ainda pela rigidez burocrática de seu funcionamento interno, nos moldes descritos por Weber (Estado burocrático). Todo este perfil do aparelho do Estado passou então a ser objeto de críticas e redefinições, em um processo que começou em alguns países desenvolvidos, como Inglaterra e Estados Unidos, depois se alastrou pelos países da Europa continental, e por fim, já na década de noventa, chegou aos países do terceiro mundo (ABRUCIO, 1997, p. 7-8). Em consequência, e de um modo geral, o Estado começou a retirar-se do setor econômico, mediante a privatização das empresas estatais; os gastos com a área social foram reduzidos; e se iniciou a transição da administração pública do tipo burocrático para um tipo gerencial, construído a partir da experiência organizacional desenvolvida pelas empresas privadas²⁹.

²⁹ - Esta é a descrição sumária de uma crise, em nível mundial, na estrutura econômica, que se refletiu na superestrutura do aparelho de Estado. A explicação mais profunda para a reação

A idéia nuclear do modelo gerencial é a de que o esquema burocrático, nos moldes descritos por Weber, já não atende às demandas da sociedade contemporânea. A administração pública tornou-se ineficiente, além de excessivamente onerosa para a Sociedade. Com isto, o aparelho burocrático adquiriu uma racionalidade própria, alheia e até contrária à racionalidade do sistema capitalista. As atividades empresariais já não se desenvolvem devido às elevadas transferências de recursos para o setor público e ao embaraço causado pelos procedimentos burocráticos, cada vez mais formalistas. Segundo este raciocínio, a solução passaria por adotar-se um modelo de Administração que privilegiasse os resultados e fosse marcado pela eficiência, em substituição ao modelo burocrático, que privilegia o cumprimento estrito dos procedimentos, mas se revela inoperante.

O rótulo genérico “administração gerencial” tem, contudo, uma série de variações. Sob ele, abrigam-se vários submodelos. O submodelo gerencial puro busca o corte de custos com produtividade. Seu público-alvo são os “contribuintes”. Foi o inicialmente implantado na Inglaterra, no governo Thatcher, e nos Estados Unidos, no governo Reagan. Já um outro submodelo elegeu como seu público-alvo o “consumidor”. A partir desta mudança de perspectiva, o que interessa é atingir os resultados esperados com qualidade, satisfazendo os interesses dos consumidores do serviço público. Um terceiro submodelo redefiniu seu público-alvo como os “cidadãos”. Privilegia uma distribuição eqüitativa dos serviços, permitindo uma controle social do

do poder político dos diversos países está no fato de que a crise fez cair drasticamente o nível de lucro dos empreendimentos capitalistas, o que só poderia ser compensado com medidas que, mesmo indiretamente, reduzissem a massa de salários e contivessem a tributação. Daí a redução dos benefícios sociais, a venda das empresas do Estado e o corte de custos do Estado, acompanhado da busca de sua eficiência. Esta é a visão de Chomsky: “Com a pressão sobre os lucros empresariais, que começou no princípio dos anos 1970, foi lançado um ataque importante ao contrato social desenvolvido em um século de lutas, e que havia sido codificado no fim da Segunda Guerra, com o *New Deal* nos Estados Unidos e o surgimento do *welfare state* na Europa. Um ataque dirigido pelos Estados Unidos e a Inglaterra, e que já atingiu a Europa continental” (CHOMSKY, 1997, p. 79).

desempenho da administração pública. Segundo o discurso oficial, este último seria o modelo que está sendo implantado no Brasil, com a reforma administrativa iniciada em 1995.

3.7. Modelo gerencial de Administração: novo paradigma ou variação do modelo burocrático?

O discurso corrente é o de que está ocorrendo, em termos mundiais, mudança de paradigma na administração pública, do modelo burocrático descrito por Weber para o modelo imprecisamente chamado “gerencial”. A conclusão parece precipitada, se se tiver em conta que Weber descreveu um *tipo ideal* de burocracia, que denominou “administração burocrática-monocrática”, dotado de grau máximo de racionalidade. A sua racionalidade reside, segundo WEBER (1994, p.147), especificamente em ser uma dominação pelo *conhecimento profissional*. As demais características do tipo ideal, antes descritas, não seriam essenciais ao modelo, mas complementares.

Por outro lado, Weber assentou, em termos categóricos, que a administração burocrática “é, segundo toda a experiência, a forma *mais racional* de exercício de dominação, porque nela se alcança *tecnicamente* o máximo de rendimento...”, para mais adiante concluir que

... uma vez que a administração burocrática é *por toda parte* — *ceteris paribus* — a mais racional do ponto de vista técnico-formal, ela é pura e simplesmente inevitável para as necessidades da administração de *massas* (de pessoas ou objetos). Só existe escolha entre “burocracia” e “diletantização” da administração, e o grande instrumento de superioridade da administração burocrática é o *conhecimento profissional...*” (WEBER, 1994, p. 146).

Como o modelo gerencial de administração pública não questiona de modo algum a específica racionalidade do modelo

burocrático, que é o *conhecimento profissional* dos burocratas, aliás o toma como premissa para incluir um novo elemento — a eficiência —, conclui-se que não resultou mudado o paradigma burocrático. A inovação do modelo gerencial está apenas na tentativa de anular aquilo que Weber chamara o “*espírito normal da burocracia racional*”, ou seja, a tendência ao formalismo, que se põe como obstáculo à eficiência.

3.8. A administração pública “eficiente” e seu significado

As reformas administrativas que se processam na atualidade têm como ponto comum a busca da eficiência. A explicação geral para isto é que a função da Administração contemporânea não é apenas de conservar a ordem social e as estruturas tradicionais, mas orientar e impulsionar o progresso econômico e social (AMARAL, 1986, p.189-190). Nos países ditos subdesenvolvidos e naqueles em desenvolvimento, a eficiência da Administração Pública é ainda mais necessária, pois ao Estado cabe posição de vanguarda no processo de desenvolvimento. Mesmo nos países chamados desenvolvidos há necessidade de uma administração pública atuante e interventora, para resolver os problemas criados pelas desigualdades sociais e pelo desemprego. Assim, a eficiência torna-se fundamental para atingir esses objetivos.

No Brasil, em decorrência da reforma administrativa iniciada em 1995, a eficiência foi inscrita na Constituição como um dos princípios que regem a administração pública (art. 37, *caput*, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Ainda não se suscitou nos tribunais o problema da interpretação deste novo princípio, ponto relevante da presente Tese. Dúvida não há de que o conceito de “eficiência” implica uma relação entre um objetivo a alcançar e os custos respectivos, como já assentou Karl Deutsch (DEUTSCH, 1983, p.239-240). A dúvida está nos custos que devem ser considerados. Ora, os idealizadores e executores da reforma

administrativa se apressam a dizer que se trata de eficiência “econômica” — fazer mais com menos, ou maximizar a relação custo/benefício (FERREIRA, Caio M. M., 1999, p. 65; RUA, 1999, p. 290) —, visando a reduzir as despesas da Administração³⁰.

Já os destinatários e aplicadores da Constituição não podem aceitar passivamente uma interpretação como esta, visivelmente influenciada pelo poder econômico, que pretende reduzir ao mínimo o tamanho do Estado e a tributação. O novo princípio só pode ser interpretado sistematicamente, dentro do contexto constitucional. Com efeito, quando um novo princípio, valor ou diretriz é introduzido na Constituição, sofre de imediato a compressão do sistema, que o altera e lhe dá conformação. E, como a Constituição não tutela só os poderosos e os contribuintes, deve-se entender que Administração “eficiente” é aquela que realiza suas funções com atendimento dos valores fundamentais tutelados pela Constituição — a pessoa humana (prioritariamente os esfomeados, os indigentes, os miseráveis, os pobres, os sem-trabalho, os sem-moradia, os sem-terra), o meio ambiente, a cultura — preocupando-se menos com os custos econômicos do que com os efeitos colaterais (os chamados custos sociais, ambientais etc.) de suas ações.

Não foi este, certamente, o objetivo dos reformadores da Constituição, quando, mediante a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, fizeram inscrever no texto constitucional o princípio da eficiência administrativa. Pretendiam, por certo, legitimar *a priori* a política de diminuição do tamanho do Estado, com a conseqüente redução dos ônus que pesam sobre o capital. A Constituição, porém, não é um

³⁰ - A redução dos custos da Administração não visa, como se ouve dizer, a evitar que o Estado “quebre”. Quem quebra são os contribuintes, que sustentam o Estado. Portanto, “cortar custos da Administração” é objetivo dos que querem reduzir ao mínimo o tamanho da Administração e o volume de tributação para anular a sua função distributiva do Estado.

discurso fechado³¹, e por isso pode ser interpretada *ex parte populi*. Os administrados não se vinculam às interpretações “autênticas” da Constituição, ditadas pelos governantes. Assim, podem lutar para que prevaleça a interpretação que lhes for mais favorável, inclusive contra as intenções dos próprios reformadores da Constituição.

³¹ - Neste sentido, a ação direta de constitucionalidade (ADC) introduzida pela Emenda Constitucional n° 3, de 1993, é um mecanismo de enclausuramento do discurso constitucional, pois obriga o Supremo Tribunal Federal, sob a pressão do momento em que editada uma lei controvertida, a fixar-lhe interpretação que depois, modificado embora o cenário, terá dificuldades para rever. Se a ADC já existisse à época do “Plano Collor” (março, 1990), o bloqueio dos cruzados novos determinado pela Medida Provisória n° 168, de 1990, seria certamente julgado constitucional, pois não iria o Supremo Tribunal Federal assumir o risco político de ser responsabilizado pelo descontrole da economia.

Capítulo 4: A nova administração pública brasileira

4.1. Preliminares

A nova administração pública brasileira é um projeto governamental em grau adiantado de implementação, detalhadamente descrito em documento oficial denominado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado” (BRASIL, 1995).

Trata-se de uma resposta política a uma série de crises conjugadas, tais como a crise econômica, que pôs em cheque o papel do Estado como coordenador do sistema econômico; a crise fiscal, que pôs em questão a capacidade financeira do Estado de atender a seus compromissos; e a crise de “governança”, entendida como a incapacidade de definir e implementar políticas públicas.

Embora tenha algumas peculiaridades, segue as tendências gerais da administração pública dos países centrais e semi-periféricos, consistentes em: **a)** multiplicação dos corpos administrativos, de tal modo que o direito administrativo avança sobre o espaço público não-estatal; **b)** privatização de atividades estatais no campo econômico; **c)** processualização da atividade administrativa, permitindo a participação dos administrados interessados; **d)** valorização dos resultados da ação administrativa (MOREIRA NETO, 2000, p. 179-182).

No caso brasileiro, a nova Administração resulta da redefinição do papel do Estado em relação à Sociedade, e envolve basicamente (1) o redirecionamento dos objetivos da administração pública, (2) o remapeamento dos seus vários setores de atuação em função dos objetivos, e a atribuição de (3) uma forma de propriedade e de (4) administração ajustada a cada um destes setores.

4.2. A redefinição dos objetivos da administração pública

O objetivo geral da nova administração pública é reduzir drasticamente o seu papel de *prestador direto* de serviços ou *produtor* de bens, de ordem econômica e social, privilegiando a função de *regulador* e/ou *promotor* destas atividades³². Com isto, sobriariam energias, em termos de recursos materiais e humanos, para definir e implementar políticas públicas.

Uma das idéias básicas que sustenta este objetivo é a de que o Estado-administração não deve prestar *diretamente* os serviços públicos que possam ser oferecidos pelos particulares em regime de concorrência, devendo limitar-se a regular e fiscalizar estas atividades. Daí a “privatização” generalizada das empresas estatais. A idéia, em si mesma, é sustentável³³. De fato, se é a própria Administração que executa um serviço público, não há quem lhe aplique sanção quando executa mal o serviço, pois ninguém pode ser fiscal de si mesmo. A garantia da impunidade em caso de falhas, aliada à permeabilidade às

³² - Segundo Peter Drucker, tomando como base a experiência americana, “as políticas sociais de maior sucesso nos últimos dez ou quinze anos têm sido aquelas nas quais os governos — principalmente municipais — ‘contratam serviços externos’, de uma empresa ou de uma instituição sem fins lucrativos . (...) O governo fixa as regras, estabelece os padrões, o governo provê. Mas o governo *não executa* (DRUCKER, 1999, p. 99).

³³ - A estratégia não é, porém, isenta de risco. Deve haver um forte controle social sobre as agências reguladoras para garantir que elas sejam efetivamente autônomas e não sucumbam ao poder econômico. Além disso, devem ter uma base econômica própria (autonomia financeira). Caso contrário, concretizar-se-á a predição de Heller: “Ou o poder do Estado há de conseguir a possibilidade de emancipar-se politicamente das influências econômicas privadas mediante uma sólida base de poder econômico próprio, ou a luta dos dirigentes da economia há de obter, pelo menos, o êxito prévio de que seja eliminada em seu benefício a legislação democrática” (HELLER, 1968, p. 172).

práticas clientelistas acabam gerando ineficiência. No novo regime, aos particulares é concedida a execução de serviços públicos variados, como de fornecimento de energia elétrica, telefonia, combustíveis etc., cabendo à Administração, por meio de agências reguladoras autônomas, regular estes serviços e exigir o cumprimento dos respectivos contratos de concessão. Concentrado nesta função, que é inerente ao seu poder de império, o Estado-administração sem dúvida pode agir com eficiência.

Outra idéia fundamental que está na base do objetivo geral é a de que certas atividades que não podem, pela sua própria natureza, ser simplesmente entregues ao regime de competição de mercado, como os *atuais* serviços de educação, saúde, assistência social, cultura e pesquisa científica, fornecidos diretamente pelo Estado ou suas autarquias, passem a ser desenvolvidas num novo espaço, que não é nem estatal nem privado. Assim, tais serviços não continuariam estatais, nem seriam privatizados, mas “publicizados”. Seriam prestados por entidades inscrustadas na Sociedade, e não no Estado, em parceria com a Administração, que subsidiaria estes serviços e, em contrapartida, controlaria sua execução. Com isto, a própria Sociedade participaria diretamente da execução destes serviços, evitando que os órgãos executores se desviassem de seus objetivos. Estas entidades seriam “públicas não-estatais”, pois, embora revestindo forma privada, receberiam recursos públicos, e estariam sujeitas ao controle do Poder Público.

4.3. O remapeamento dos setores de atuação da Administração

García de Enterría e Fernández afirmam que as formas da ação da Administração resumem-se basicamente a três — polícia, serviço público e fomento (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 57). A estas deve ajuntar-se uma nova função, a de definir e

implementar políticas públicas, conforme o alvitre de Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 1989, p. 107).

Levando em conta estas quatro espécies de atividades administrativas, e a regra geral do novo regime de que a Administração não deve prestar *diretamente* serviços nem produzir bens, definem-se quatro setores de atuação administrativa: **a) primeiro setor** — *núcleo estratégico*, ao qual cabe a formulação de políticas públicas³⁴, assim como o controle de sua implementação. Abrange a cúpula dos ministérios; **b) segundo setor** — *atividades exclusivas do Estado*, que envolvem poder de império (regulamentação, fiscalização) ou o fomento. Abrange os serviços de cobrança e fiscalização de impostos, atividade policial, a previdência social, as agências reguladoras e de fomento; **c) terceiro setor** — *atividades não-exclusivas do Estado*, que não envolvem o poder de Estado, mas que este está constitucionalmente obrigado a disponibilizar aos indivíduos, por serem direitos fundamentais, como a saúde, a educação, a assistência social, ou a fomentar, como a cultura. Abrange as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa, museus; **d) quarto setor** — *produção de bens e serviços para o mercado*, correspondendo à atuação das empresas privadas. Neste setor o Estado só deve permanecer subsidiariamente, para desenvolver atividade estratégica, que a iniciativa privada não possa assumir, ou que seja objeto de monopólio estatal.

4.4. Atribuição de forma de propriedade adequada a cada setor de atuação administrativa

³⁴ - Do ponto de vista material, a atividade de formulação de políticas públicas deveria ser imputada ao Governo, e não à Administração, observada a distinção entre "Administração" e "Policy": "A Administração se preocupa com a execução de decisões já tomadas", ao passo que "A *policy*, muito mais que a administração, envolve risco e conjuntura porque representa uma escolha entre atos futuros" (LAFER, 1978, p. 44-45). Não se segue aqui, porém, o critério material, mas o critério formal do regime jurídico, como adiante se verá mais aprofundadamente: são administrativas as atividades submetidas ao regime jurídico-administrativo, e como tal sujeitas ao controle de juridicidade pelo poder judiciário.

Há vários critérios de classificação da propriedade. Um deles é o que a classifica segundo o *dominus* ou proprietário. Assim, se a propriedade é privada se pertence a particulares, e pública se pertence às entidades estatais (União, Estados, municípios). Outro critério é o que privilegia os objetivos da propriedade e o seu regime jurídico respectivo. Assim, pode ser considerada pública uma empresa, mesmo constituída sob forma de direito privado, que preste serviço público, não tenha como objetivo o lucro e esteja submetida a um regime de direito público.

A nova administração pública baralha estes dois critérios, dando ênfase ao segundo, e distingue três formas de propriedade: **a)** a propriedade privada, voltada para a realização de lucro (empresas) ou para o consumo privado (famílias), titularizada por pessoas privadas (ou, subsidiariamente, pelo próprio Estado), e submetida a regime de direito privado; **b)** a propriedade pública estatal, voltada para interesses públicos, titularizada pelo Estado, e submetida a regime de direito público; e **c)** a propriedade pública não-estatal, voltada para o interesse público, titularizada por particulares, mas sujeita a especial regime de direito público.

Esta classificação mais complexa das formas de propriedade corresponde à classificação, também complexa, dos vários setores da atividade estatal, de tal modo que cada um destes setores terá uma forma de propriedade que lhe seja mais adequada. Assim, os setores do núcleo estratégico e das atividades exclusivas do Estado valer-se-ão da propriedade pública estatal; já o setor dos serviços não exclusivos fará uso da propriedade pública não-estatal; e o setor de produção de bens e serviços para o mercado se valerá da propriedade privada.

A propriedade pública estatal, a seu turno, incluirá a pessoa jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

municípios, e suas autarquias. Já a propriedade privada compreenderá as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Por fim, a propriedade pública não-estatal abrangerá novas entidades, como por exemplo as “organizações sociais” reguladas pela Lei nº 9.637, de 1998, e as “organizações da sociedade civil de interesse público” reguladas pela Lei nº 9.790, de 1990.

O reconhecimento de que há uma propriedade “pública não-estatal” configura sem dúvida importante avanço teórico no campo do direito administrativo e da organização administrativa. Isso porque até hoje juristas e tribunais brasileiros não chegaram a um acordo quanto ao regime jurídico a que devem submeter-se certas entidades que não são estatais, tampouco podem ser aceitas como privadas³⁵. Para marcar-lhes a natureza *sui generis*, chamam-lhes, a estas entidades, de “entes de cooperação”, “paraestatais” ou “paradministração”, como é o caso dos serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI, SENAC, SEBRAE etc.) e dos conselhos profissionais (Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho de Medicina, Conselho de Farmácia, Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia etc.), entre outros. Uma vez que se reconheça que são entidades públicas não-estatais, devem ficar desvinculadas do Estado, mas sujeitar-se a regime jurídico-administrativo adequado à sua *específica natureza jurídica*. Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil — caso típico de entidade pública não-estatal — não pode ser equiparada a qualquer dos conselhos de fiscalização profissional existentes no Brasil, porque a Constituição, chancelando o seu papel histórico em prol das instituições democráticas e constitucionais, a alçou em partícipe e

³⁵ - Esta falta de acordo ficou nítida quando, recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve de apreciar pedido de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.717-DF contra dispositivo da Lei nº 9.649, de 1998, que tornava “privados” os conselhos de fiscalização profissional (à exceção da OAB). Entendeu o tribunal, por maioria e provisoriamente, que, como os referidos conselhos exercem por delegação atividade típica do Estado (poder de polícia), não poderiam ser entidades privadas, mas também não afirmou que deveriam ser estatais (Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 172, p. 803-27, jun. 2000).

defensora da ordem constitucional-democrática³⁶, ao par de órgão de fiscalização do exercício da profissão de advogado. Seu regime jurídico não pode, portanto, ser idêntico ao dos demais conselhos de fiscalização profissional, à vista da apontada particularidade.

4.5. Atribuição de forma de administração mais adequada a cada setor de atuação administrativa

A cada um dos setores da atividade administrativa corresponde uma forma específica de administração. No setor do núcleo estratégico, a administração deve ser ao mesmo tempo burocrática e gerencial, o que garantirá respectivamente a correção e a eficiência das decisões relativas às políticas públicas. Já os demais setores, como órgãos executores das políticas públicas definidas pelo núcleo estratégico, serão administrados de forma gerencial, privilegiada a eficiência.

Quando se fala em “administração gerencial” quer-se dizer que um determinado órgão ou entidade da administração pública recebe autonomia gerencial, orçamentária e financeira, desde que seus administradores firmem com o Ministério a que se vinculam um “contrato de gestão”, pelo qual sejam estipuladas metas de desempenho, cuja execução será controlada pelo último.

O mecanismo do contrato de gestão foi criado inicialmente pelo Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991, para o setor de produção de bens e serviços para o mercado (empresas estatais). Pelos decretos nºs 2.487 e 2.488, ambos de 2 de fevereiro de 1998, foi estendido ao setor das atividades exclusivas do Estado (agências executivas). Com a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, alcançou o

³⁶ - Bem por isso, a OAB tem legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, VII), indica filiados seus para ocuparem vagas nos tribunais (CF, art. 94), e participa das comissões de concurso de ingresso na magistratura (CF, art. 93, inciso I), no

setor das atividades não-exclusivas (organizações sociais). Finalmente, foi constitucionalizado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que acrescentou §8º ao artigo 37 da Constituição da República.

4.6. A nova administração pública e o “neoliberalismo”

Vários analistas têm vinculado a nova administração pública ao “neoliberalismo”³⁷. Neoliberalismo é a designação dada atualmente ao liberalismo³⁸ da segunda metade do século XX pelos opositores desta filosofia política. Segundo um dos seus maiores divulgadores, o liberalismo tem como núcleo fundamental a idéia de que a ordem espontânea do mercado é menos ruim que qualquer ordem artificial que venha a ser implantada pelo Estado. Em decorrência disso, o Estado deve limitar-se a estabelecer regras uniformes de conduta justa entre os indivíduos (justiça negativa, comutativa ou individual), não lhe cabendo intervir na ordem privada para corrigir distorções (justiça positiva, distributiva ou social). No liberalismo, assim entendido, praticamente não existe direito administrativo e direito social, mas direito privado e criminal. Os tributos arrecadados pelo Estado devem servir apenas para custear a aplicação das normas de conduta e certos serviços que não possam ser prestados pelo mercado (obras públicas, assistência aos indigentes), mas não para promover justiça social ou redistribuir a renda (HAYEK, 1998, p. 47). A bandeira do neoliberalismo, ou liberalismo hayekiano, é portanto o Estado limitado assim nos seus poderes (Estado de Direito) como nas suas funções (Estado mínimo), nos dizeres de BOBBIO (1989, p17).

Ministério Público (CF, art. 129, §3º) e nas Procuradorias dos Estados e do DF (CF, art. 132, *caput*).

³⁷ - Entre outros, Gladston MAMEDE (1995, p.151).

³⁸ - Este “liberalismo”, tal como defendido por HAYEK, não é o liberalismo político, mas o liberalismo econômico, chamado na linguagem política italiana de “liberismo”. Trata-se de uma doutrina econômica para que o fundamental é a liberdade econômica, sendo a liberdade política mera consequência (BOBBIO, 1989, p. 979-8).

A nova administração pública brasileira não segue a bandeira do neoliberalismo, uma vez que, se encolheu a participação direta do Estado na economia, em decorrência da privatização de empresas estatais, aumentou significativamente a sua intervenção regulatória e fiscalizadora, mediante a criação de inúmeras agências reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANP, ANVS, ANS, ANA, ANTT, ANTAQ entre outras). A tributação, em lugar de diminuir, não pára de crescer. O Estado de modo algum abre mão de intervir nas regras do mercado, quando setores profissionais ou econômicos se mobilizam e reclamam a sua intervenção, como ocorreu, em tempos recentes, com a criação do Vale-Pedágio em favor dos caminhoneiros, benefício obtido em decorrência de paralisação nacional da categoria respectiva³⁹.

O neoliberalismo não passa, por enquanto, de uma doutrina utópica, tão ou mais utópica do que o comunismo, porque, como afirmou Heller, “o verdadeiro lema da sociedade civil [sociedade capitalista de classes, entenda-se] não é, de modo algum, a ausência de intervenção, mas a mobilização privada do poder estatal para uma poderosa intervenção no campo econômico” (HELLER, 1968, p. 143). O capitalismo e o mercado não prescindem de um “árbitro-ordenador” para sobreviverem, e é neste sentido que Eros Roberto Grau enfatiza que “o *direito moderno* é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas...” (GRAU, 1998, p. 94).

4.7. O controle jurídico-administrativo das atividades públicas não-estatais, das empresas estatais e dos serviços públicos privatizados

Já se vislumbrou, como conseqüência da privatização de empresas estatais prestadoras de serviço público, que estas atividades públicas deixariam de submeter-se ao controle das normas de direito administrativo. Pensa-se que, se alguma atividade é desestatizada ou

³⁹ - Lei n° 10.209, de 23-03-2001.

privatizada, passaria a reger-se pelas normas de direito privado. Seria o fenômeno da “desadministrativização” (MAMEDE, 1995, p. 156).

Se se considerar, contudo, que o que interessa para que determinada atividade esteja submetida ao direito administrativo não é a natureza do órgão ou pessoa que a execute, mas o regime jurídico respectivo, a crítica cai no vazio.

Em se tratando de serviços públicos privatizados ou que sempre foram exercidos por pessoas privadas, a regulação e fiscalização das atividades respectivas aumentou consideravelmente na nova administração pública brasileira, e tende a aumentar mais, em decorrência da criação de inúmeras agências reguladoras, providas de amplo poder normativo e dotadas de autonomia administrativa e financeira.

Deste modo, as empresas privadas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas não apenas ao poder normativo das agências reguladoras, mas também às obrigações fixadas no contrato de concessão celebrado com o Poder Público. Por outro lado, se antes o controle da execução dos serviços públicos era ineficiente, porque tanto o órgão controlador como o executante integravam o Poder Público, numa simbiose indesejável, agora estes órgãos foram separados, com o que o órgão normativo e controlador pode tornar-se efetivamente autônomo.

Já as empresas estatais que não foram privatizadas (o chamado “quarto setor”), seja porque desenvolvem atividade objeto de monopólio estatal (*v.g.*, Petrobrás⁴⁰, Correios e Telégrafos⁴¹), seja porque o mercado não as pode assumir, deverão ser administradas gerencialmente, em decorrência da assinatura de contrato de gestão, em

⁴⁰ - Lei nº 9.478, de 06-08-1997 (dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo etc.).

⁴¹ - Lei nº 6.538, de 22-06-1978 (dispõe sobre os serviços postais).

que estabelecidas metas de desempenho. Com isso, abre-se espaço para o controle jurídico do “mérito” da atividade administrativa, como se verá na Parte II da Tese.

Enfim, no âmbito do espaço público não-estatal (o chamado “terceiro setor”), haverá as “organizações sociais”, reguladas pela Lei nº 9.637, de 1998, e as “organizações da sociedade civil de interesse público”, reguladas pela Lei nº 9.790, de 1999. Estas entidades, sob a forma de fundações de direito privado ou associações civis, sem fins lucrativos, estarão vinculadas ao Poder Público, respectivamente por um “contrato de gestão” ou por um “termo de parceria”, em decorrência do qual ganham o direito de fazer parte do orçamento público. No caso das organizações sociais, o Estado, além de lhes destinar recursos, poderá ceder-lhes bens e servidores.

Assim como os serviços públicos privatizados e as empresas estatais do “quarto setor”, as atividades exercidas no espaço público não-estatal (“terceiro setor”) estão sujeitas ao direito administrativo, mas o regime jurídico será diferente em cada caso. No caso dos serviços públicos privatizados, o regime jurídico-administrativo é regulado pela lei que criou o órgão regulador respectivo, pelas normas regulamentares que forem baixadas pelo órgão regulador e ainda pelas cláusulas do contrato de concessão respectivo. No caso das empresas estatais que atuam no mercado, monopolisticamente ou não, o regime jurídico-administrativo resultará da legislação e possivelmente de contrato de gestão que seja celebrado com o Ministério a que se vinculem. Em se tratando de organizações sociais, o regime jurídico-administrativo decorre basicamente da legislação e do contrato de gestão. E, enfim, no caso das organizações da sociedade civil de interesse público, o regime jurídico resultará da legislação e do termo de parceria que for firmado com o Poder Público.

Vislumbra-se, portanto, que a tendência não é de “desadministratização”, mas sim de dilatação do controle jurídico-administrativo em dois planos, um horizontal (abrangência) e outro vertical (profundidade). No plano horizontal, o direito administrativo abrangerá os serviços públicos privatizados, as empresas estatais e ainda o espaço público não-estatal, sem prejuízo dos setores do núcleo estratégico (políticas públicas) e o das atividades exclusivas do Estado. Já no plano vertical, em função do princípio da eficiência que em maior ou menor grau permeará todas estas atividades, o controle jurídico-administrativo será também um controle do *mérito* da atividade administrativa, porque incluirá o *desempenho* do administrador e a *juridicidade* de sua atuação (vinculação aos princípios jurídicos, às diretrizes e aos termos legais indeterminados), conforme se verá na Parte II da Tese.

Capítulo 5: O perfil do poder judiciário nas sociedades contemporâneas e em especial no Brasil

5.1. O fenômeno contemporâneo do vanguardismo social e político da magistratura

Nas últimas décadas, as instituições judiciárias têm assumido uma posição destacada, seja perante a Sociedade, seja nas suas relações com os outros poderes do Estado, tudo em flagrante contradição com o perfil clássico da magistratura, como órgão distanciado da Sociedade e inferiorizado perante os demais órgãos estatais. Este fenômeno recente tem sido rotulado pelos sociólogos do Direito como “protagonismo social e político dos tribunais”, e pode ser observado com mais nitidez nos países mais desenvolvidos do sistema mundial (SANTOS et al., 1996, p.19), embora também nos países menos desenvolvidos já comece a esboçar-se.

De um modo esquemático, pode-se afirmar que na fase do Estado liberal o poder legislativo era hegemônico. Depois, na fase do Estado social intervencionista, a supremacia política e social se deslocou para o poder executivo. Agora, em que nos países mais desenvolvidos o Estado social intervencionista está em crise, e nos países menos desenvolvidos ele ainda não conseguiu implantar-se, o Judiciário foi colocado na condição de destinatário das demandas e expectativas sociais, seja no sentido da manutenção dos direitos já

conquistados, seja no sentido da implementação de direitos apenas programados.

Uma das causas do fenômeno do vanguardismo judicial está na falência do sistema representativo baseado no sufrágio universal. As pessoas têm amplo direito de votar, inclusive analfabetos, adolescentes de dezesseis anos e outras parcelas da população antes excluídas (caso do Brasil), mas os rumos da política são determinados por outras forças⁴². Assim, enquanto os setores sociais que têm influência política conseguem fazer com que seus interesses particulares, sob a capa do bem comum ou da vontade geral, sejam tutelados pelos órgãos eletivos (Legislativo e Executivo), permeáveis que são à manipulação e à barganha, aos setores sem representatividade só cabe voltar-se para o Judiciário, levando-lhe demandas que são tipicamente políticas, como aquelas que dizem respeito à implementação de políticas públicas e as que buscam providências de justiça distributiva. A magistratura acaba cumprindo, por este modo, um papel, que por tradição pertence ao Legislativo e ao Executivo, de árbitro dos segmentos sociais em conflito.

5.2. A “judicialização da política”

O fenômeno do vanguardismo social e político da magistratura é também apresentado como “judicialização da política”⁴³. Consistiria, em síntese, na tendência de atribuir-se ao *Judiciário* decisões que, nos termos da doutrina clássica da separação dos poderes, incumbiriam ao Executivo e ao Legislativo (FERREIRA FILHO, 1996, p. 189).

⁴² - Como diz CHOMSKY (1997, p. 35), “O povo pode ter suas opiniões; pode até mesmo votar, mas a orientação política continua a mesma, determinada por outras forças.” Da mesma opinião é COMPARATO (1985, p. 398): “os representantes do povo nada decidem e os que decidem não têm representatividade.”

⁴³ - A expressão “judicialização da política” deve-se, ao que se pôde apurar, a LOEWENSTEIN (1976, p. 321).

A “judicialização da política” foi percebida mais claramente nos Estados Unidos, a partir do meado da década de cinquenta, quando a Suprema Corte, dilatando as fronteiras da *judicial review*, até então limitada ao âmbito da mera declaração de inconstitucionalidade, passou a traçar condutas positivas para o legislador e para a administração pública. A mudança de paradigma teria ocorrido simbolicamente com o caso *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte impôs orientação política de dessegregação nas escolas. Aí, o Tribunal agiu como “legislador positivo”, e não apenas como “legislador negativo.”⁴⁴

A nova postura se verifica em outros sistemas jurídicos e sob roupagens diversas. Assim, a técnica da “interpretação conforme a Constituição”, construída pela Corte Constitucional alemã, vai além da alternativa soma-zero (constitucionalidade/inconstitucionalidade), valendo-se da fórmula mini-max⁴⁵ para obrigar os destinatários da Constituição, em especial o Legislativo e o Executivo, a uma determinada interpretação constitucional. Também a técnica da inconstitucionalidade por omissão alemã, acolhida em vários outros países, entre os quais Portugal e Brasil, ainda que não leve o Tribunal a substituir-se ao legislador, equivale a uma censura política, impensável segundo o esquema clássico da divisão de poderes, em que o poder judicial tinha função politicamente subalterna.

No Brasil, a tendência de judicialização da política já se esboçou, antes da Constituição de 1988, por meio de decisões proferidas em ações populares e em ações civis públicas. Estas duas

⁴⁴ - Segundo Kelsen, a anulação de uma lei é uma função legislativa, mais especificamente legislativa-negativa, de modo que um tribunal que é competente para abolir leis, de modo individual ou geral, funciona como um “legislador negativo” (KELSEN, 1990, p. 261).

⁴⁵ - SANTOS et al. (1996, p.48) fazem a distinção entre decisões mini-max e decisões soma-zero, nestes termos: “As primeiras procuram maximizar o compromisso entre as pretensões opostas de modo a que a distância entre quem ganha e quem perde seja mínima e, se possível, nula. As decisões soma-zero ou decisões de adjudicação são aquelas que maximizam a distinção e a distância entre a pretensão acolhida e a pretensão rejeitada e, portanto, entre quem ganha e quem perde.”

técnicas processuais permitiram uma interferência judicial nunca antes vista, em termos de extensão e profundidade.

É com a Constituição de 1988 que o Judiciário brasileiro passa verdadeiramente a roubar a cena aos outros poderes do Estado. Isto se deveu menos a mudanças estruturais do próprio Judiciário do que à atuação de novos atores, ou melhor, de novos papéis conferidos a velhos atores. O Ministério Público, instituição antes apagada, passou a atuar ativamente nos mais diversos setores, como defesa do meio ambiente, do consumidor, das minorias, dos direitos sociais e do patrimônio público, tanto mais que aliviado do tradicional ônus de, paralelamente com suas funções típicas, exercer a advocacia do Estado. Os partidos políticos passaram, do mesmo modo, a agir politicamente no âmbito judiciário, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade e mandados de segurança coletivos. Também os movimentos sociais organizados como associações de classe ingressaram fortemente no âmbito judiciário com ações diretas de inconstitucionalidade e demandas coletivas, dando vazão a impulsos de participação durante muito tempo reprimidos.

A tônica do paradigma da “judicialização da política” consiste em obrigar a administração pública a atuar. Cotidianamente, a imprensa noticia decisões judiciais que determinam ao Poder Público adotar medidas práticas de defesa do meio ambiente, de proteção dos direitos sociais, de tutela do patrimônio público. Ao fazê-lo, o Judiciário sai de sua tradicional postura de “administrador negativo”, pela qual se limitava a anular atos ilegais da Administração, para investir-se na condição de “administrador positivo”, obrigando-a a atuar, e, mais que isto, em determinado sentido, não raro se substituindo mesmo ao administrador público.

Muitas são as críticas à nova postura do Judiciário. Na sua maioria, utilizam o argumento do despreparo dos juizes para

fazerem as vezes de administrador público. Estas críticas, embora tenham um fundo de verdade, não demonstram que os efeitos práticos da nova atuação judicial tenham sido desastrosos. Pelo contrário, a “judicialização da política” tem cumprido o papel de válvula de segurança do sistema político, servindo para desbloqueá-lo. A possibilidade de recurso ao Judiciário em muitos casos evita que um conflito social se transforme em uma guerra civil. Por outro lado, se o processo judicial tradicionalmente é utilizado para produzir decisões de soma-zero (vencedor/perdedor), revela grande aptidão, em decorrência das técnicas do contraditório e da direção judicial voltada à busca da melhor solução, para converter-se em produtor de decisões do tipo mini-max, em que não haja perdedores nem vencedores.

5.3. O Judiciário como promotor de justiça comutativa

A função clássica do Judiciário, tal como definida por Montesquieu, é promover a justiça comutativa, que visa a repor a ordem nas relações jurídicas entre os indivíduos⁴⁶. Basicamente, o juiz deve julgar as controvérsias entre os particulares mediante a aplicação do direito civil ou do direito penal, conforme o caso. A função do juiz é de certo modo paralela à do policial: manter a ordem.

Por este esquema, dominante no período do Estado liberal, a justiça distributiva, que visa em termos gerais à repartição das riquezas sociais, fica basicamente por conta das leis do mercado,

⁴⁶ - Deve-se a Aristóteles a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa, nestes termos: “Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (b) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias — voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos estes são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são violentas, como a agressão, o seqüestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos” (ARISTÓTELES, 1979, p. 124).

com intervenções pontuais do poder legislativo ou mesmo do poder executivo. Assim, enquanto a repartição da justiça comutativa é questão de direito, de competência do Judiciário, a justiça distributiva é questão estritamente política, da alçada do Legislativo e do Executivo (LOPES, 1994, p. 25). O Judiciário arbitra corretivamente a solução dos conflitos individuais, depois de ocorridos, ao passo que as tensões e os conflitos latentes entre os setores contrapostos da Sociedade, com vistas à obtenção de maiores vantagens na partilha dos bens sociais, são arbitrados distributivamente pelo Legislativo.

Em todo o período do Estado liberal, que nos países avançados cobre o século XIX e vai até a primeira guerra mundial, a magistratura não extrapolou os lindes da justiça comutativa. Isto se deveu principalmente ao dogma da legalidade estrita, que neutraliza politicamente a função judiciária. Por ele, a orientação política que deve imperar na Sociedade é dada pelo poder legislativo, limitando-se os juízes a concretizar essa orientação. Enquanto o primeiro faz as leis, os segundos simplesmente as executam. Se a legislação não é justa ou não atende os interesses sociais, o problema não é de responsabilidade dos juízes, mas do Legislativo: aos prejudicados cabe postular ao legislador a revogação da lei injusta ou a criação de novas leis. Por outro lado, a atividade judicial é limitada por entraves de técnica processual, que só reconhecem o direito de provocar a atuação judicial aos próprios interessados, individualmente considerados⁴⁷. De resto, a legitimidade da magistratura não assenta no princípio democrático, mas apenas na legalidade de sua atuação. Por isso, decidir fora dos parâmetros legais, traçados pelo Legislativo, seria conduta ilegítima.

5.4. O Judiciário como promotor de justiça distributiva

⁴⁷ - Trata-se da chamada legitimação ordinária, figura de inspiração liberal-individualista, pela qual ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio; só o próprio interessado pode pleitear o que entende de seu direito (Código de Processo Civil brasileiro, artigo 6º).

Devido especificamente ao fato de que os tribunais não podem atuar senão quando provocados, o que é o penhor maior de sua imparcialidade, a tradicional postura de subalternidade política frente aos demais poderes do Estado e de distanciamento da Sociedade só começa a alterar-se a partir do momento em que a própria Sociedade, por seus setores mais atuantes, passa a provocar adequadamente a intervenção do Judiciário. Isto, porém, não ocorre *ex abrupto*. Primeiro, faz-se necessário que novos direitos sejam positivados, como ocorreu, por exemplo, com os direitos sociais (ou de segunda geração). Depois, que não sejam satisfatoriamente implementados pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelos setores empresariais. Só então os titulares destes direitos passam a adquirir consciência de que é insuficiente a luta para que os direitos sejam formalmente reconhecidos; ela deve prosseguir até sua efetiva implementação. Abre-se a alternativa de buscar no Judiciário o acolhimento de pretensões que deveriam ser tratadas num âmbito mais extenso como questão política. Embora busquem a justiça comutativa, as demandas judiciais, quando multiplicadas, acabam produzindo justiça distributiva. Para tanto, nem é necessário o ajuizamento de demandas coletivas⁴⁸. Basta o efeito multiplicador de milhares de demandas individuais, que leve o Judiciário a firmar jurisprudência sobre determinado assunto. Desde então, passam a ser beneficiados por efeitos “normativos colaterais” da orientação judicial mesmo aqueles que não ingressaram em juízo com qualquer demanda. Assim, muitas decisões de justiça comutativa acabam, pela lei da dialética da conversão da quantidade em qualidade⁴⁹, gerando justiça distributiva⁵⁰.

⁴⁸ - Demanda coletiva é aquela proposta por um substituto processual (sindicato, associação, Ministério Público etc.) em nome de coletividade indeterminada ou determinada.

⁴⁹ - Sobre a lei da conversão da quantidade em qualidade, ver ENGELS (1979, p.101-109).

⁵⁰ - É o caso, no Brasil, das súmulas dos tribunais, as quais resultam de uniformização de jurisprudência sobre determinado assunto, e, embora não sejam formalmente vinculantes para os juízes, acabam tendo efeitos práticos normativos.

Por outro lado, os conflitos trabalhistas, que na época do Estado liberal eram tratados como “casos de polícia”, foram progressivamente canalizados para o Judiciário. As greves passaram, deste modo, a ser julgadas pelos tribunais. Ao mesmo tempo, as categorias profissionais, representadas pelos seus sindicatos, transferiram para o Judiciário pretensões trabalhistas contra os sindicatos patronais correspondentes, cujo conteúdo ultrapassa nitidamente o âmbito estreito da justiça comutativa.

Com a emergência de movimentos populares de vários matizes, o Judiciário foi visto como ambiente propício para discussões políticas. Tanto o Legislativo como o Executivo mostram-se de certa forma refratários a iniciar discussões com os movimentos populares, seja porque esses poderes se afirmam porta-vozes da “vontade geral da nação”, seja porque estão comprometidos com interesses mais poderosos e menos visíveis. Já a atividade dos tribunais inclui obrigatoriamente a discussão como condição do julgamento. Por meio do processo judicial, transformado em instrumento de ação política, os movimentos sociais conseguem fazer-se ouvir não só pelos juizes, mas também pelo Legislativo e o Executivo, compelidos a participar do processo na condição de réus.

5.5. Fatores desencadeantes do novo perfil do Judiciário

O novo perfil do poder judiciário, marcado pelo intervencionismo social e político, não surgiu por acaso, como um raio caído de um céu azul. Conforme observou Cappelletti, a expansão do papel do Judiciário corresponde, num sistema de *checks and balances*, ao anterior agigantamento dos “ramos políticos” do Estado moderno, assim como a atual dilatação do direito jurisprudencial é explicada pela anterior expansão do direito legislado (CAPPELLETTI, 1993, p.19-20).

De fato, se a Constituição distribui funcionalmente o poder entre vários órgãos, justamente para impedir o absolutismo de qualquer deles, é da índole de semelhante sistema que qualquer tendência de supremacia por parte de um órgão encontra a resistência ou mesmo a reação, se não dos demais, ao menos de um deles. A assertiva é comprovada com os fatos. No Brasil recente, a *tendência* absolutista do poder executivo, mediante a prática de sucessivas reedições de medidas provisórias com força de lei só foi possível porque o Legislativo, a quem competia apreciar estas medidas em trinta dias, inclusive para rejeitá-las, simplesmente abdicou deste mister. Bastaria ao Legislativo o simples exercício de sua função constitucional de apreciar as medidas provisórias no prazo para que o Executivo não mais as pudesse reeditar⁵¹. Em decorrência, o poder judiciário viu-se obrigado, por provocação da sociedade civil, a oferecer o contrapeso necessário à consumação do absolutismo do Executivo. Certo é que não encontrou clima propício para a reação drástica da invalidação do mecanismo de reedição de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso; porém, com a resistência, mais contida, de pontualmente declarar algumas dessas medidas como inconstitucionais, outras como caducas, e enfim deixar aberta a porta ao exame dos seus pressupostos constitucionais (urgência e relevância)⁵², pôde evitar que a tendência absolutista do Executivo se convertesse em fato consumado.

⁵¹ - A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é de que a praxe de revogações e reedições sucessivas de medidas provisórias não configura ofensa ao princípio da independência de poderes, por parte do Presidente da República, uma vez que se trata de prática viabilizada exclusivamente pela inércia parlamentar (Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-DF – Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 146, p. 707-738, dez. 1993; Despacho inicial proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, Presidente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.313-1-DF, publicado no Diário da Justiça da União de 1º ago. 1995, Seção 1, p. 21624).

⁵² - O Supremo Tribunal Federal entende que os requisitos constitucionais de urgência e relevância das medidas provisórias estão sujeitos a controle judicial, desde que se evidenciem, claramente, improcedentes (cf. acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.397-1-DF, Medida Liminar, rel. Min. Carlos Velloso, publicado no Diário da Justiça da União de 27 jun. 1997, Seção 1; e acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.667-9-DF, Medida Cautelar, rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no Diário da Justiça da União de 21 nov. 1997, Seção 1).

O novo perfil do Judiciário não se explica, contudo, somente pelo mecanismo de reações e interferências recíprocas próprias de um sistema constitucional de distribuição de poder com freios e contrapesos. Talvez mais abrangente do que esta seja a explicação de que a Sociedade sempre dirige suas demandas contra o Estado, considerado genericamente como “Poder Público”. Se não encontra receptividade no órgão estatal que seria naturalmente competente para atendê-la, vai, pelo método das aproximações sucessivas, reendereçando suas demandas aos demais órgãos, até encontrar satisfação aceitável. Foi o que aconteceu no Brasil, no início da década de sessenta, com o reconhecimento, pelo Judiciário, do direito dos concubinos à partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, comprovada a existência de sociedade de fato⁵³. O Legislativo, aferrado a velhos preconceitos, estava despreparado para reconhecer o direito patrimonial dos concubinos, mas o Estado não podia deixar de atender à nova demanda social, de modo que o Judiciário teve de assumir o mister.

5.6. A legitimidade do novo perfil do poder judiciário

Ao abandonar a sua antiga condição de poder subalterno, limitado a repetir as sagradas palavras do legislador, para interferir na atuação do Executivo e do Legislativo, o poder judiciário se viu alvo de críticas baseadas na sua falta de legitimidade democrática, uma vez que, diferentemente dos “poderes políticos”, seus órgãos não são eleitos pelo povo, perante o qual não têm responsabilidade. E, como o Judiciário não é um “poder político”, deveria ficar limitado a resolver conflitos privados entre os indivíduos, sem qualquer repercussão na esfera pública.

⁵³ - Supremo Tribunal Federal, Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Antes de mais nada, devem ser definidos os termos da crítica, pois não raro as divergências são mais vocabulares do que semânticas.

Se por legitimidade democrática entender-se a escolha de determinado órgão pela vontade popular, certamente o Judiciário não é legitimado democraticamente, pois os cargos de magistrados não devem ser preenchidos pelos mais populares eleitoralmente, e sim pelos mais aptos juridicamente. Se por legitimidade democrática entender-se apenas o respeito à vontade das maiorias, certamente o Judiciário não tem este tipo de legitimidade, porque não raro deve pronunciar-se contra a vontade das maiorias eventuais, impedindo que elas aniquilem os direitos das minorias. De resto, a legitimidade democrática, como conceito ligado à só vontade da maioria, não é uma virtude que possa justificar-se por si mesma, visto que os regimes totalitários amiúde estão legitimados democraticamente. Ou a legitimidade democrática convive com o respeito aos direitos fundamentais do homem ou constituirá arma perigosa nas mãos dos governantes do momento.

A legitimidade do poder judiciário não se confunde com a legitimidade dos órgãos do poderes executivo e legislativo. Conforme demonstrou Cappelletti, a legitimidade da atuação judicial reside nas características mesmas do processo judicial, ou seja, que haja efetivamente uma controvérsia a resolver, que o juiz atue por provocação das partes, que não tenha ligação com as partes nem interesse no objeto do litígio, que permita às partes oferecerem suas razões, e que decida de acordo com o pedido e provado (CAPPELLETTI, 1993, p.74-75).

Paradoxalmente, os princípios fundamentais do processo judicial, aliados a certas exigências relativas ao acesso à magistratura e à Justiça, têm a potencialidade de conferir ao poder judiciário uma insuspeitada legitimidade democrática, que o fracassado regime de

partidos não tem conseguido garantir aos órgãos eletivos dos “poderes políticos”. Com efeito, conforme observa Cappelletti, o processo judicial permite que minorias marginalizadas, sem expressão política, possam provocar a atuação do Judiciário, quando suas pretensões sequer seriam apreciadas pelo Legislativo ou Executivo, mais preocupados com a força eleitoral dos grupos reivindicantes. Demais, o processo judicial propicia a participação dos interessados, garantindo-lhes plenamente o direito de serem ouvidos, oferecendo provas e razões. A tais características do processo judicial deve acrescentar-se a exigência de que o acesso à magistratura seja garantido a todos os segmentos sociais, estimulando-se a formação de uma magistratura pluralista, e de que seja o mais amplo possível o acesso das pessoas à justiça, mediante a máxima eliminação dos obstáculos políticos, sociais, econômicos e culturais que dificultam ou mesmo impedem a judicialização dos litígios (CAPPELLETTI, 1993, p.99-106).

5.7. Riscos do vanguardismo do poder judiciário

Constitui premissa filosófico-política da presente tese a idéia de que é necessário um poder judiciário ativo, forte e politizado, para que possam ser garantidos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente no âmbito do direito administrativo, contra os poderes públicos e privados.

Não configura disfunção que o Judiciário se converta, na prática, em um poder como que político, quando controle a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade/legalidade da atividade administrativa, ou quando arbitre conflitos sociais ou coletivo, implementando justiça distributiva. O vício estará na partidarização do poder judiciário.

Aliás, a “politização do Judiciário”, como chamam alguns ao atual fenômeno do vanguardismo do Judiciário, pode contribuir

para resgatar o sentido, hoje olvidado, de política como persecução da vontade geral, enquanto a política dos tradicionais “poderes políticos”, pervertida por sistemas partidários que estimulam o fisiologismo, busca a vontade das maiorias eventuais. De mais a mais, a “politização do Judiciário” é plenamente compatível com a função de revelar o direito, pois, como afirma Otto Bachof, com base em W. Wengler, “o caráter político de um ato não exclui um conhecimento jurídico do mesmo, nem o resultado político de dito conhecimento o despoja de seu caráter jurídico” (BACHOF, 1987, p. 61).

De que um poder judiciário assim fortalecido possa converter-se de guardião dos direitos em opressor, há sempre risco, pois inexiste poder neutro, poder que não tenda irresistivelmente ao abuso. Mas, como afirmava Hamilton, “o [poder] judicial, devido à natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição”, visto que “não possui FORÇA nem VONTADE, senão unicamente discernimento”, de modo que “é, sem comparação, o mais débil dos três poderes” e “nunca poderá atacar com êxito a nenhum dos outros dois” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p. 330-1).

“O verdadeiro perigo a prevenir — afirma Cappelletti — não está (...) em que os juizes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional” (CAPPELLETTI, 1993, p. 132). De fato, os princípios fundamentais do processo (impulso dos interessados, existência de controvérsia, estraneidade do juiz ao litígio, contraditório) configuram as garantias primordiais dos direitos contra abusos do Judiciário.

Contudo, mesmo os princípios fundamentais do processo podem ser fraudados, e o dano será tanto maior quanto mais se suba na pirâmide judiciária, na proporção em que escasseiam os recursos

processuais. Quando falhem as garantias do processo, ou justamente para que estas não falhem, devem os jurisdicionados promover a constante crítica das ações do poder judiciário, com a denúncia permanente e vigorosa dos seus desvios e mazelas, mas ao mesmo tempo assumindo a sua defesa quando indevidamente atacado. Com efeito, as garantias processuais não valem por si só, constituindo-se em meras formalidades descartáveis quando o Judiciário, como no Brasil, se julga acima das críticas, e a Sociedade ainda não encontrou meios de podar-lhe os excessos.

Capítulo 6: A teoria do garantismo e o controle judicial da administração pública

6.1. Preliminares

A Tese ora desenvolvida nasceu da verificação da insuficiência do controle judicial da administração pública no Brasil, especialmente em decorrência de posturas teóricas e jurisprudenciais que procuram legitimar a existência de espaços de atuação administrativa livres de limitações por parte do Direito — a chamada “discricionariedade” ou “mérito” da atividade administrativa. Conscientemente ou não, mas geralmente influenciados por teorias desenvolvidas em outros países, nossos juristas acabaram, por meio desta postura, reforçando os poderes da administração pública, em detrimento das liberdades e direitos dos cidadãos.

Encontrar um substrato teórico para esta tese é tarefa inçada de dificuldades. De um lado, encontram-se os sociólogos do Direito, que, adotando uma postura realista, têm confundido o ser com o dever-ser do Direito, ao reduzirem o último ao primeiro. Concluem que o Direito perdeu a sua capacidade regulatória, e não vão além. Criticam a realidade, mas não conseguem propor mudanças normativas. De outro lado, há os juristas que, adotando uma postura normativista, têm confundido o dever-ser com o ser do Direito, ao reduzirem o segundo ao primeiro. Criticam antinomias que se lhes deparam nos textos normativos, mas como descuram o exame da efetividade do Direito, suas propostas se circunscrevem ao aperfeiçoamento dos textos legais, sem tocar na relação substancial entre os poderes instituídos e os direitos dos cidadãos.

Descartadas essas opções todas, é apenas na teoria geral do garantismo, tal como proposta por Luigi Ferrajoli em seu livro “Direito e Razão” (1997), que a tese ora proposta vai encontrar suficiente fundamentação teórica. Com efeito, enquanto os autores normativistas defendem a legitimidade jurídica da discricionariedade administrativa e do “mérito” dos atos da Administração, Ferrajoli sustenta que há uma estrutural e irreduzível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de Direito (FERRAJOLI, 1997a, p.866). Enquanto nossos governantes e administradores pretendem mais poderes, em nome da “governabilidade”, Ferrajoli sustenta a necessidade de minimização dos poderes e de maximização dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 1997a, p. 866 e 931). Enquanto os titulares dos poderes públicos e privados defendem a desconstitucionalização dos direitos fundamentais dos cidadãos, com a reflexa ampliação dos poderes, públicos e privados, Ferrajoli propõe a crescente “incorporação limitativa” dos direitos fundamentais e, correlativamente, dos deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 1997a, p. 362, 862). Enquanto nossos governantes e representantes parlamentares sustentam que, por terem sido eleitos, seus atos estão *a priori* legitimados, Ferrajoli sustenta a irreduzível ilegitimidade política do poder no Estado de Direito (FERRAJOLI, 1997a, p. 886) e sua justificação, condicional e *a posteriori* (FERRAJOLI, 1997a, p. 892).

Examinar-se-ão, a seguir, os significados e implicações do Garantismo, especialmente sua aplicação ao direito administrativo e ao objeto da presente Tese.

6.2. Crise do Direito, crise da razão jurídica e Garantismo

O Garantismo é uma resposta, de certa forma otimista, à tão propalada crise do Direito e da razão jurídica. Os sociólogos do

Direito têm visto esta crise de forma pessimista, basicamente como uma crise da capacidade reguladora do Direito, que já não conseguiria cumprir suas funções de impor limites aos poderes públicos e privados, e pode estar fadado a perecer. Já o Garantismo não aceita esta percepção da realidade, entendendo que a crise do Direito é antes de tudo uma crise de legalidade, que se manifesta pela ausência ou pela ineficácia dos controles jurídicos. Na perspectiva do Garantismo, a crise é também da razão jurídica (ciência do Direito), que se tem vergado à realidade, limitando-se a descrevê-la, quando deveria criticá-la e lutar para transformá-la.

Por outro lado, o Garantismo não vê o Direito como um sistema fechado e justificado por si mesmo, mas sim com um sistema aberto, em interação com o sistema social, e justificável pelo desempenho da função de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Deste modo, até certo limite, a atual crise do Direito não é patológica, mas fisiológica, pois o Direito, aberto a demandas externas, nunca encontrará plena realização nem inteira justificação.

6.3. As várias significações do Garantismo

A palavra Garantismo comporta, segundo FERRAJOLI (1997a, p. 851-853), três acepções.

Num primeiro sentido, o Garantismo é um modelo ou sistema normativo que incorpora em seus níveis mais elevados os direitos fundamentais dos cidadãos, assim como os deveres públicos correspondentes, estipulando técnicas para a efetivação daqueles. Garantista seria, pois, o sistema que se ajusta a este modelo, e o satisfaz efetivamente.

Num segundo sentido, o Garantismo é uma teoria descritiva e prescritiva (crítica) do Direito, que tem como objeto privilegiado a distinção entre “validade” e “efetividade” das normas, ao

lado de sua “vigência” (ou “existência”). Assim, reconhece três planos de observação da norma jurídica: o da sua existência empírica (vigência), o da sua normatividade jurídica (validade) e o da sua eficácia prática (efetividade)⁵⁴. Aqui, o Garantismo tem como “seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas)” (CADEMARTORI, 1999, p. 77). Sem sair do âmbito do Direito, a teoria garantista observa o efetivo funcionamento do sistema jurídico em seus níveis mais baixos, confrontando-os com os níveis mais altos para explicitar eventuais incoerências daqueles com relação a estes, emitindo então juízo de invalidade das normas inferiores; e observa os níveis mais altos do ordenamento normativo a fim de revelar o seu grau de efetividade e especialmente de inefetividade nos níveis mais baixos. Contrapõe-se, portanto, às doutrinas normativistas, que tomam a normatividade pela efetividade das normas, assim como às doutrinas realistas, que tomam a sua efetividade pela sua normatividade. Trata-se, enfim, de uma teoria crítica do Direito situada dentro do próprio Direito (ponto de vista interno).

Numa terceira acepção, o Garantismo designa uma filosofia jurídica e uma filosofia política que só reconhecem legitimidade ético-política ao Direito e ao Estado desde que e na medida em que tutelem e garantam efetivamente os direitos fundamentais, que constituem a finalidade para a qual ambos foram criados pelos homens. Trata-se o Garantismo, aqui, de uma teoria crítica do Direito e do Estado situada fora deles (ponto de vista externo). Neste sentido, o

⁵⁴ - Para Ferrajoli, a “existência” ou “vigência” das normas decorre de sua conformidade com as *normas formais* sobre sua produção; a “validade” depende de sua coerência com as *normas substanciais* sobre sua formação (FERRAJOLI, 1997b, p. 96). Já a “efetividade” ou “eficácia” respeita ao cumprimento da lei pelos seus destinatários, no plano dos fatos (FERRAJOLI, 1997a, p. 360). As três categorias são independentes, com exceção da vigência, que deve estar vinculada a pelo menos uma das outras duas categorias, e da validade, que fica prejudicada pela não-vigência. Deste modo, uma norma pode ser: a) vigente, válida e efetiva; b) vigente, inválida e efetiva; c) vigente, válida e inefetiva; e d) não-vigente e efetiva. O juízo sobre a vigência (e também sobre a efetividade) é um juízo de realidade ou de fato, ao passo que o juízo sobre a validade é um juízo de valor (FERRAJOLI, 1997a, p. 362).

Garantismo pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento jurídico.⁵⁵

6.4. Elementos de uma teoria geral do garantismo

O Garantismo tem a sua origem no âmbito do direito penal, como teoria do direito penal mínimo. Nada obstante, os princípios induzidos deste particular Garantismo permitem que se deduzam elementos que delineiam uma teoria geral do garantismo. Segundo Ferrajoli, estes elementos seriam, fundamentalmente, os seguintes: **a)** o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; **b)** a divergência entre validade e vigência, ao lado da efetividade, produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; **c)** a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), e a correspondente divergência entre justiça e validade; **d)** a autonomia e a precedência do primeiro ponto de vista e um certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com relação a ele (FERRAJOLI, 1997a, p.854).

Com base nesses elementos, é possível elaborar, com relação ao direito administrativo, à semelhança do que já fez o Garantismo no âmbito do direito penal, modelos de justiça e modelos de legalidade garantistas, além da utilização das categorias correspondentes para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e lacunas.

⁵⁵ - Segundo FERRAJOLI, o ponto de vista interno toma por referência princípios ou normas jurídicas internos ao ordenamento jurídico, ao passo que o ponto de vista externo toma por referência princípios ou valores metajurídicos externos ao ordenamento de que se fala (1997a, p. 353). O ponto de vista interno é *ex parte principis*, pois busca a manutenção da ordem e a preservação dos poderes das autoridades públicas, ao passo que o ponto de vista externo é *ex parte populi*, visto que expressa os interesses e necessidades individuais ou coletivos cuja satisfação representa a justificação ou razão de existência das instituições jurídicas e políticas (FERRAJOLI, 1997a, p. 854).

6.5. Técnicas garantistas - I: a máxima posituação dos direitos

A primeira técnica fundamental do Garantismo consiste na máxima posituação de direitos nos níveis mais altos do ordenamento jurídico, isto é, “consiste em incluir valores sob a forma de limites ou deveres nos níveis mais altos do ordenamento a fim de excluí-los em forma de poderes nos níveis mais baixos” (FERRAJOLI, 1997a, p. 877). Por este aspecto, o Garantismo se revela uma doutrina assumidamente positivista, pois entende que a garantia dos direitos só começa a efetivar-se historicamente quando eles são positivados no contexto do Estado de Direito e do constitucionalismo (FERRAJOLI, 1997a, p. 868).

Se esta técnica se mostra eficaz com relação aos direitos liberais (“direitos de”)⁵⁶, na medida em que basta a inclusão, na Constituição rígida, de proibições ou limites aos poderes, públicos e privados, revela-se insuficiente com relação aos direitos sociais (“direitos a”), visto que estes exigem prestações positivas do Estado ou dos detentores do poder econômico. Neste caso, o princípio da legalidade deve ser levado às últimas conseqüências, em termos de detalhes e especificações, pois “para que as prestações que satisfaçam os direitos sociais sejam impostas como obrigações aos poderes públicos e não abandonadas ao arbítrio administrativo, é necessário que as leis prevejam univocamente seus pressupostos vinculantes e identifiquem com nitidez os órgãos e procedimentos” (FERRAJOLI, 1997a, p. 917). Assim, se há direitos sociais que podem ser facilmente garantidos, como por exemplo o “direito à” subsistência, porque é suficiente estipular determinada quantia ou provisão a quem estiver

⁵⁶ - Ferrajoli propõe distinguirem-se os direitos fundamentais em: **a)** “direitos de” (ou *faculdades* de comportamentos próprios), aos quais correspondem *proibições* (ou deveres públicos de não fazer). São os tradicionais direitos de liberdade; e **b)** “direitos a” (ou *expectativas* de comportamentos alheios), aos quais devem corresponder *obrigações* (ou deveres públicos de fazer). São os direitos sociais ou materiais, como o direito à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à informação etc. Segundo ele, esta distinção, mais que quaisquer outras, como as de Hayek e Hart, caracterizam a diferença entre o Estado liberal, que só garante os “direitos de”, e o Estado social, que garante também os “direitos a” (FERRAJOLI, 1997a, p. 861).

abaixo da linha da pobreza, como por exemplo, uma “cesta básica” ou um salário mínimo por mês, outros há, como os “direitos à” saúde, à educação, à defensoria pública gratuita, que demandam não só recursos, mas a criação e implantação de órgãos e instituições, a mobilização de recursos materiais (equipamentos, prédios), humanos (servidores contratados por concurso público) e tecnológicos. Enfim, há direitos sociais, como o direito ao trabalho⁵⁷, cuja satisfação é ainda mais difícil. Mas isto não exime o Estado da obrigação de fomentar a geração de empregos, de abrir postos de trabalho em obras sociais, de qualificar os interessados que queiram atuar como profissionais autônomos ou abrir pequenos negócios. O importante, aqui, é que estas ações não sejam deixadas à discricionariedade administrativa, devendo ser estipuladas diretrizes pela lei, assim como sanções aos administradores para o caso de se omitirem ou não justificarem o não-atingimento dos objetivos marcados (cf. Capítulo 9, nº 9.6).

6.6. Técnicas garantistas - II: a geral e irrestrita tutelabilidade judicial dos direitos

A segunda técnica fundamental do Garantismo consiste na possibilidade de que *quaisquer* direitos fundamentais, sejam eles liberais ou sociais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, possam ser tutelados judicialmente. “Tutela judicial” não se reduz, porém, à mera declaração do direito, sendo necessário que o direito seja efetivado em termos práticos, o mais completamente possível. Por isso, o grau de garantismo dos direitos, na acepção aludida, resultará menos da sua

⁵⁷ - Seria ainda o trabalho um direito “fundamental” no cenário contemporâneo, em que as novas tecnologias e o progresso das ciências da organização reduzem a disponibilidade do trabalho, segundo as teses de Domenico DE MASI (1999)? O direito fundamental não seria, neste contexto, *ao salário* (pagamento pelo tempo livre)? Tem-se aqui uma falsa questão, visto que, como reflete Viviane FORRESTER (1997, p. 39), a sociedade capitalista está organizada sobre o princípio de que todos devem ter uma função. Um indivíduo sem função é simplesmente supérfluo e pois descartável. Acontece que as funções desaparecem, mas este princípio de organização da sociedade perdura, ainda que apenas para destruir a dignidade de grande parte dos homens, os “desempregados” ou “excluídos”. Portanto, não há falar em um

positivação normativa (planos da vigência e validade) do que da sua efetivação prática (plano da efetividade). Assim é que a Constituição brasileira de 1988 ganharia, em nível normativo, boa pontuação garantista, por prever um instrumento processual denominado “mandado de injunção” para o exercício dos direitos fundamentais que não tenham sido regulamentados em lei (artigo 5º, inciso LXXI). Contudo, observada a conformação prática dada pelo Supremo Tribunal Federal a este instituto⁵⁸, a Constituição levaria, em nível de efetividade, nota baixíssima em termos garantistas.

Ferrajoli vislumbra, no caminho da universalização da tutelabilidade judicial dos “direitos a”, isto é, os dependentes de alguma ação positiva da administração pública, um sério obstáculo — a falta de um modelo de legalidade administrativa adequado (FERRAJOLI, 1997a, p. 917). Segundo ele, seria necessária uma reforma do tradicional modelo de legalidade administrativa, que transformasse em direitos completos aquilo que atualmente não passa de concessões,

direito ao salário ou a pagamento pelo tempo livre enquanto persistirem os princípios sobre que se baseia a sociedade capitalista. Até lá, haverá o direito fundamental *ao trabalho*.

⁵⁸ - Segundo decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em alguns casos paradigmáticos (*v.g.*, Mandado de Injunção nº 107-DF, rel. Min. Moreira Alves, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 133, p. 11-60; Mandado de Injunção nº 283-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 135, p. 882-904; Mandado de Injunção nº 361, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, publicado na Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 197, p. 197-208), o mandado de injunção não se presta à imediata satisfação do direito reclamado. Seus efeitos seriam, fundamentalmente, os seguintes: **a)** declaração de que ocorre omissão inconstitucional do Poder Público, seja ele o Legislativo ou outro órgão dotado de poder normativo ou de iniciativa legislativa, quanto à edição de norma regulamentadora de direito suscetível de tutela pela via do mandado de injunção; e **b)** a notificação ao órgão omissor de que está em mora. Excepcionalmente, dependendo do caso concreto, outros efeitos poderiam ser agregados, como por exemplo: **c)** nos casos em que o direito não-regulamentado for oponível contra o Estado, e a Constituição não tenha fixado prazo para o exercício da atividade normativa, a determinação de suspensão de processos administrativos e judiciais contra o interessado, enquanto persistir a mora, para evitar dano que não ocorreria se o direito não-regulamentado já pudesse ser exercido (hipótese do Mandado de Injunção nº 107-DF); ou **d)** nos casos em que o direito não-regulamentado for oponível contra o Estado, e a Constituição tenha fixado prazo para ser editada a norma regulamentadora, a assinatura de prazo judicial para a regulamentação normativa, com o reconhecimento de que, persistindo a mora depois de decorrido o novo prazo, o prejudicado ficará legitimado a obter, nas vias ordinárias, a condenação do Poder Público à reparação dos prejuízos decorrentes da omissão inconstitucional (hipótese do Mandado de Injunção nº 283-DF). Não é assinado qualquer prazo para a edição da norma regulamentadora nos casos em que, por não ser o Estado sujeito passivo do direito não-regulamentado, não seja

expectativas, interesses legítimos, relegados à discricionariedade administrativa. Isto só seria possível, pensa ele, se as leis administrativas não só (a) estabelecessem os pressupostos e conteúdo de cada “direito a”, senão que (b) identificassem os órgãos públicos aos quais atribuída a obrigação de satisfazer estes direitos. Além disso, seria necessário que (c) a lei estabelecesse que toda violação, por ação ou omissão, dessa obrigação funcional implicasse na possibilidade de o cidadão prejudicado exigí-la judicialmente, e que (d) a legitimação ativa fosse ampliada, em se tratando de “direitos a” de natureza coletiva, também a novos sujeitos coletivos, não necessariamente dotados de personalidade jurídica, que se fazem portadores deles (FERRAJOLI, 1997a, p. 918).

É nesta subordinação da técnica da ampla tutelabilidade judicial dos direitos à construção de novo modelo de legalidade que reside o calcanhar de aquiles do Garantismo. Se a efetivação judicial dos direitos do cidadão, frente à administração pública, depender exclusivamente da prévia existência de leis que especifiquem os direitos, as obrigações respectivas e as ações judiciais correspondentes, é certo que ela nunca vai ocorrer. Tanto nos regimes parlamentares quanto nos presidencialistas, o poder legislativo só faz as leis que forem da conveniência do poder executivo, e este não tem o menor interesse em sujeitar-se a mais e mais obrigações. Diante disso, a solução está menos no Legislativo do que na sociedade civil e no Judiciário, o que significa dizer que, estando os “direitos a” positivados na Constituição escrita, a sua positivação infraconstitucional deverá fazer-se menos pela via das leis do que pela via das práticas judiciais, para o que será necessária adequada, persistente e progressiva provocação da atuação dos tribunais pelos mais variados segmentos sociais⁵⁹. Se o Judiciário é

possível cominar conseqüências à persistência da mora (hipótese do Mandado de Injunção nº 361).

⁵⁹ - Prova histórica disso é efetivação do direito de igualdade dos negros nos Estados Unidos. Em 17 de maio de 1954, sem que houvesse nenhuma lei ou emenda constitucional, a Suprema Corte americana, contrariando jurisprudência dela própria que remontava a 1866,

um poder como que nulo, por não ter iniciativa própria, como afirmou Montesquieu, torna-se um verdadeiro poder quando a sociedade civil o convoca a cumprir o seu papel e, por meio da opinião pública, legitima sua atuação⁶⁰.

Deste modo, não é possível concordar com Ferrajoli, quando reduz praticamente a positivação dos direitos à sua legalização (FERRAJOLI, 1997a, p. 917). É certo que os direitos devem ser de preferência positivados em Constituição escrita, sob pena de não existirem⁶¹. Mas daí não se segue, necessariamente, que, em nível infraconstitucional, devam eles ser inscritos em textos legislativos para que possam ser tutelados judicialmente. É o melhor caminho, mas não o único, sendo certo que direito positivado não se confunde com direito legislado⁶². Mesmo nos sistemas jurídicos de direito estatutário, como o brasileiro, os tribunais não estão impedidos de “criar o direito”, mesmo *contra legem*⁶³, desde que o façam no âmbito de um processo judicial.

simplesmente afirmou que “escolas iguais, mas separadas” para negros era inconstitucional. A partir daí se iniciou longa luta contra a discriminação racial, e não só nas escolas públicas. Apenas em 1964 o Congresso americano, saindo do marasmo, resolveu agir, aprovando a Lei de Direitos Civis, que proibia a segregação nos hotéis, motéis e restaurantes públicos. Entretanto, para que houvesse a mudança de orientação da Suprema Corte em 1954, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), a Associação Nacional para a Proteção dos Americanos de Cor (NAACP) despendeu, na época, cerca de 200 mil dólares na sustentação da demanda em todas as instâncias (RODRIGUES, 1991, p. 21).

⁶⁰ - Bem por isso, refere Florestan Fernandes que “o que determina o grau de conformismo ou de independência do Judiciário (...) são as exigências que procedem da sociedade civil que o obrigam (ou não) a afirmar-se como fulcro do equilíbrio e da vitalidade de um autêntico Estado de Direito” (Folha de São Paulo, 16 de julho de 1990, A-2, Opinião).

⁶¹ - O caso único da Inglaterra, em que os direitos fundamentais (ao menos os direitos de liberdade) são reconhecidos, mesmo não havendo Constituição escrita, não serve como paradigma.

⁶² - Diz Kelsen: “O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas” (KELSEN, 1990, p. 118).

⁶³ - Há inúmeras súmulas de tribunais brasileiros que criam direito *contra legem*. Entre recentes exemplos, pode citar-se a Súmula nº 215 do Superior Tribunal de Justiça (“A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda”). Parece óbvio que esta “indenização” (*rectius*, incentivo pecuniário) configura um acréscimo patrimonial, um ingresso de dinheiro no patrimônio do contribuinte, sem correspondência com anterior desfalque patrimonial, como ocorre na indenização por desapropriação. É indubitosa, pois, a incidência do imposto de renda, nos termos do inciso II do art. 43 do Código Tributário Nacional (“O imposto...sobre a renda...tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: ... II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”). Entretanto, os tribunais acharam injusto que houvesse

Com maior razão, os tribunais podem e devem tutelar aqueles direitos que, positivados na Constituição escrita, por omissão do legislador não foram regulamentados em lei.

6.7. Técnicas garantistas - III: o reconhecimento de “direitos fundamentais”, em substituição à antiga categoria dos “direitos públicos subjetivos”

Na filosofia política do Iluminismo, reconhecia-se a existência de direitos naturais ou *fundamentais*, ou seja, direitos que legitimavam ou *fundamentavam* a formação do Estado como um mecanismo para protegê-los. Logo, tais direitos preexistiam à criação do Estado, e se opunham ao poder do Estado e das leis. Todavia, os direitos fundamentais não eram discriminados pela sua diferente estrutura. Entre eles, incluíam-se direitos de estrutura distinta, como a liberdade, que é uma imunidade ou faculdade, inalienável, reconhecida a todos independentemente de qualquer título, e a propriedade, que é mais propriamente um poder jurídico, negociável, adquirido mediante título específico.

A identificação entre estas distintas categorias jurídicas mostrava-se já incorreta no contexto mesmo do jusnaturalismo iluminista, pois, sendo a propriedade disponível e negociável, nada justificava, do ponto de vista lógico, que ela não pudesse ser limitada ou até suprimida pelo Estado, diferentemente da liberdade pessoal, que não depende de título algum, nem pode ser transferida ou negociada. Pretextava-se, para a identificação destas categorias diversas, que eram todos direitos “naturais”.

incidência do imposto de renda *neste caso específico*. Como não podem declarar inválidas as leis por reputá-las “injustas”, qualificaram juridicamente aquele específico acréscimo patrimonial como “indenização”, para assim afastar a incidência do inciso II do art. 43 do Código Tributário Nacional.

Se, ao serem identificados com o direito de propriedade pelo jusnaturalismo, os direitos propriamente fundamentais — inerentes à pessoa humana, indisponíveis, intransferíveis e independentes de qualquer título — resultavam já amesquinçados, este resultado foi ainda potencializado com o advento do positivismo jurídico. Num primeiro momento, só foi reconhecida a existência de direitos no campo do direito privado — os “direitos subjetivos”, oponíveis pelos particulares entre si. Não se reconheciam quaisquer direitos contra o Estado. Num segundo momento, a categoria dos “direitos subjetivos” foi trasladada para o campo do direito público, qualificando os direitos de liberdade, oponíveis contra o Estado, como “direitos públicos subjetivos”. Nada obstante, foram tidos apenas como uma autolimitação ou concessão do Estado, chegando, na Teoria Pura do Direito de Kelsen, a serem identificados com o Direito objetivo e reduzidos a proibições de lesar (KELSEN, 1979, p. 193, 264).

Para a teoria do garantismo, na concepção de Ferrajoli, é indispensável que se distingam, de um lado as *situações jurídicas* — públicas e privadas, de poder e de dever, e de outro lado os *direitos fundamentais*. Estes são direitos que cabem a todas as pessoas indistintamente, pelo só fato de existirem; são inegociáveis, indisponíveis e invioláveis, no sentido de que sua violação justifica a violência, seja como legítima defesa individual, seja como desobediência ou resistência coletiva; e visam a satisfazer o valor das pessoas e a instaurar a igualdade entre os cidadãos. Já as situações jurídicas não são inerentes às pessoas, pois dependem de algum título específico — proprietário, credor, devedor, locador, locatário, empregador, empregado, funcionário público; são situações disponíveis ou modificáveis pelos interessados; e, à diferença dos direitos fundamentais, acarretam desigualdades jurídicas entre os sujeitos das relações a que dão causa (FERRAJOLI, 1997a, p. 908-911).

Confrontando-se este modelo teórico-normativo proposto por Ferrajoli com os ordenamentos jurídicos reais, verificar-se-á que os direitos fundamentais foram, num primeiro momento, no plano da ciência do Direito, rebaixados ao serem nivelados com as situações jurídicas. Já no plano das normas e das relações jurídicas efetivas, os direitos fundamentais foram desvalorizados em comparação com as situações jurídicas, porque estas dispõem de muito mais garantias, e permitem, à diferença daqueles, o exercício de poder pelo sujeito mais forte da relação jurídica respectiva.

Com este modelo teórico normativo, a teoria garantista do Direito consegue deslegitimar politicamente a ordem jurídica existente, e ao mesmo tempo prescrever que, no Estado democrático de Direito, de preferência às situações jurídicas⁶⁴ devem ser garantidos os direitos fundamentais, o que implica dizer que a legitimidade ético-política do Estado não decorre de ele garantir as situações jurídicas (a propriedade, o direito de crédito, o direitos dos empregadores, o direito de herança etc.), mas sim de que garanta efetivamente os direitos fundamentais.⁶⁵ Por isso, observa Sérgio CADEMARTORI (1999, p. 75)

⁶⁴ - Neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assentou que, havendo colisão entre direito patrimonial e direito fundamental, este último deve prevalecer. Com este entendimento, suspendeu liminar de reintegração na posse concedida a pessoa jurídica arrendatária de imóvel rural contra 600 famílias de acampados "sem-terra", considerando ainda que não ficara demonstrado o cumprimento da função social da propriedade pela parte autora (*apud* ALFONSIN, J. T. A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático., Revista AJURIS, Porto Alegre, v. 75, p.667-689, set. 1999).

⁶⁵ - De regra, a jurisprudência brasileira ainda não consegue identificar os "direitos fundamentais." Exemplo ilustrativo disso é a tendência atual dos tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, em reconhecer às pessoas jurídicas o direito ao benefício da justiça gratuita, como se elas pudessem ser titulares dos *direitos fundamentais da pessoa humana* (cf., no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: acórdão no Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.090214-0/RS, rel. Juiz José Luiz B. Germano da Silva, DJU de 19 jan. 2000, Seção 2, p. 18; acórdão no Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.014992-0/PR, rel. Juíza Luíza Dias Cassales, DJU de 22 mar. 2000, Seção 2, p. 83). O efeito prático deste "avanço" jurisprudencial (genuína "regressão") é que tem estimulado várias empresas, sob o argumento de que não são lucrativas e passam por dificuldades financeiras, a postular gratuidade de Justiça para suas demandas. Os juizes, impressionados pelos "precedentes judiciais", acabam antropomorfizando estas pessoas jurídicas, ao considerá-las como se fossem verdadeiras pessoas humanas necessitadas, e deferem o benefício. Incide, neste episódio, uma das regras de ouro da sociedade capitalista: mais subsídios para as empresas, menos garantias dos direitos fundamentais da *pessoa humana*.

que o “garantismo de Ferrajoli é, por assim dizer, mutilado, dado que não se estende ao direito de propriedade e nem portanto às liberdades econômicas (de mercado, de iniciativa econômica) que a pressupõem.”

**Parte II - O controle do mérito da atividade
administrativa**

Capítulo 7: A evolução do controle da atividade administrativa pelo poder judiciário no Brasil

7.1. Período de inexistência de controle judicial da administração pública (1500-1889)

Antes da República, não se haviam formado as condições institucionais necessárias para o controle judicial da administração pública no Brasil.

Com efeito, no período colonial, regido fundamentalmente pelas Ordenações do Reino, a função judicial não se desembaraçara ainda organicamente da função administrativa. Os juizes, ao mesmo tempo que julgavam, também podiam fazer as vezes de procuradores da Fazenda, entre outras funções administrativas (SCHWARTZ, 1979, p. 125). Além disso, as Ordenações do Reino reconheciam ao rei o poder de intervir nos órgãos judiciários (FAGUNDES, 1979, p. 115, nota)⁶⁶. Não havendo magistratura independente, não há falar em controle da administração pública (FAGUNDES, 1979, p. 114).

Já no Império, a partir da Constituição de 1824, dá-se a separação orgânica entre as funções administrativa e judiciária (Const. de 1824, art. 151). O poder judicial se torna independente, mas a

⁶⁶ - Ordenações Filipinas, Livro I, Título XCIX, Livro III, títulos VIII e XXVIII.

atuação da magistratura é confinada aos litígios privados. Deste modo, o controle judicial da administração pública permanece inexistente. Os juizes não podem reconhecer a inconstitucionalidade das leis, nem anular os atos ilegais da Administração, nem tampouco dar ordens aos administradores públicos. À própria Administração é que cabe resolver os conflitos de interesses de que seja parte⁶⁷. O quadro só veio a alterar-se com a República, que buscou forjar-se institucionalmente à maneira dos Estados Unidos da América.

7.2. Início do controle judicial da administração pública (1889-1940)

As instituições políticas e jurídicas brasileiras moldaram-se sob influências diversas e até contraditórias. Enquanto nosso direito privado se inclui na família romano-germânica⁶⁸, nosso direito público absorveu fortes elementos da família da *common law*, em decorrência do fato de que nossas instituições políticas republicanas foram modeladas pelo paradigma norte-americano. Isto explica fundamentalmente o duplo padrão de atuação dos juizes brasileiros, conforme atuem no âmbito do direito privado ou do direito público. Quando no âmbito do direito privado, nossos juizes seguem o perfil do juiz da tradição jurídica⁶⁹ romano-germânica, ou seja, o juiz-funcionário, cuja atividade

⁶⁷ - Escrevendo sobre o poder judicial na ordem política imperial, diz Andrei Koerner: "Nos conflitos dos cidadãos com o governo, não haveria decisão propriamente judiciária, porque neste caso seriam confrontados o interesse coletivo e o direito, ou interesse, particular. Se o interesse coletivo afetasse um mero interesse individual, o único recurso ao indivíduo seria suscitar uma jurisdição graciosa, na qual a reconsideração do ato pelo agente do governo seria discricionária. Se o interesse coletivo afetasse um direito privado, a decisão seria de tipo contencioso, processado com as devidas garantias, mas decidida por um órgão administrativo" (KOERNER, 1998, p. 41-42).

⁶⁸ - René David distingue três principais famílias de direitos: a família de direito romano-germânica, que agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano; a família da *common law*, que abrange o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês; e a família dos direitos socialistas (DAVID, 1996, p.17-21).

⁶⁹ - "Uma tradição jurídica", diz John Merrymann, "é um conjunto de atitudes profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, acerca da natureza do direito, acerca do papel do direito na sociedade e na política, acerca da organização e da operação adequadas de um sistema jurídico, e acerca da forma pela qual se faz ou deveria fazer-se, aplicar-se, estudar-se,

é mecânica, e não criativa⁷⁰. Quando, porém, desenvolvem sua função no âmbito do direito público, tornam-se criativos e arrojados, lembrando aquela imagem que Tocqueville pintou do juiz americano⁷¹.

Entretanto, se a República importou dos Estados Unidos as instituições políticas e o direito público, não queria que, com eles, viesse o padrão de juiz americano, que tanto impressionara Tocqueville. O que pretendeu a República foi a continuidade do nosso modelo burocrático de magistratura, embora tenha conferido aos juizes poderes novos, ou seja, o controle difuso da inconstitucionalidade das leis e o controle da legalidade dos atos administrativos. Assim, a Lei nº 221, de 1894, que completou a organização da justiça federal, tratou de marcar os limites da competência judicial, estabelecendo que (a) os juizes não poderiam apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade, e (b) os atos administrativos praticados no exercício de poder discricionário só poderiam ser tidos por ilegais pelos juizes em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso de poder.⁷²

aperfeiçoar-se e ensinar-se o direito. A tradição jurídica relaciona o sistema jurídico à cultura, da qual é uma expressão parcial”(MERRYMAN, 1989, p. 17).

⁷⁰ - O perfil do juiz-funcionário foi traçado por Montesquieu nestes termos: “... os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1979, p.152).

⁷¹ - São estas as palavras de Alexis de Tocqueville: “Os americanos conservaram esses três caracteres distintivos do poder judiciário. O juiz americano só pode pronunciar-se quando há um litígio; jamais se ocupa senão de casos particulares; e, para agir, sempre precisa esperar pelo embargo. O juiz americano assemelha-se, pois, perfeitamente, aos magistrados das demais nações. É, entretanto, revestido de um imenso poder político. Donde vem esse poder? Move-se no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os demais juizes; por que possui um poder que estes não têm? A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juizes as suas decisões na *Constituição* antes que nas *leis*. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais.” (TOCQUEVILLE, 1977, p.83).

⁷² - “a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstenendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma facilidade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder” (Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, artigo 13, §9º, alíneas “a” e “b”).

A linha divisória entre a Justiça e a Administração, traçada pela Lei nº 221, de 1894, baseava-se na distinção entre competência vinculada e competência discricionária. Enquanto no primeiro caso todos os pressupostos e elementos do ato administrativo já vêm indicados na lei, sem qualquer margem de liberdade para a autoridade administrativa na sua execução, no segundo caso a lei deixa à autoridade administrativa a liberdade de praticar o ato que for conveniente, no momento que entender oportuno. A autoridade judiciária ficaria, então, impedida de controlar os aspectos de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, só podendo declará-los ilegais em caso de falta de autorização legal para a sua prática, seja por incompetência, seja por excesso de poder⁷³.

O panorama não foi alterado pelas constituições de 1934 e de 1937, que vedaram expressamente ao poder judiciário “conhecer de questões exclusivamente políticas”⁷⁴. É que não se tem aqui, como pode parecer à primeira vista, uma constitucionalização da incontrolabilidade judicial dos aspectos de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, conforme dispunha a Lei nº 221, de 1894. As “questões exclusivamente políticas” são aquelas suscitadas pelos órgãos constitucionais superiores do Estado, não sujeitas ao direito administrativo, mas só ao direito constitucional⁷⁵.

⁷³ - Segundo o Visconde de Uruguai, destacado publicista do século passado, incompetência e excesso de poder são duas espécies do mesmo gênero de vício: enquanto a primeira consiste em que o agente excede de suas atribuições, praticando ato de competência de agente do mesmo poder, o excesso de poder propriamente dito consiste em ir além de seus poderes, embora sem invadir os poderes de outrem. Haveria ainda a usurpação de poder, que ocorre quando o agente invade a competência de agente de poder político diverso (URUGUAI, 1997, P. 68).

⁷⁴ - Constituição de 1934, artigo 68; Constituição de 1937, artigo 94.

⁷⁵ - Segundo García de Enterría, os atos políticos do Estado são de apenas duas espécies: os praticados no âmbito das relações internacionais por órgãos estatais superiores, e imputados à pessoa internacional do Estado, e não à Administração; e os atos praticados no âmbito das relações constitucionais entre os órgãos superiores do Estado, no exercício de funções constitucionais, e não administrativas (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p.58-59). Como não se imputam os atos políticos à administração pública, escapam da esfera de incidência do direito administrativo. Casos típicos de atos políticos são o veto de projeto de lei pelo Presidente da República (CF, art. 66, §1º) e a rejeição do veto pelo Congresso (CF, art. 66, §4º).

No período em exame, não se percebem avanços dignos de nota no controle judicial da administração pública, o que é explicado por vários fatores, além do texto legal que veda o controle judicial dos atos administrativos nos seus aspectos discricionários. De um lado, há os regimes autoritários que se sucedem, inibindo, pelo clima de medo e reverência que impõem, os litígios contra a Administração e posturas mais avançadas dos juízes. De outro lado, há falta de instrumentos processuais adequados, de que se possam servir os interessados para litigar contra a Administração. A entrada do mandado de segurança em cena, por exemplo, dá-se apenas com a Constituição de 1934. Deste modo, é só com o progressiva liberalização do sistema político e a introdução de novos instrumentos processuais, a partir da década de quarenta, em especial com a Constituição liberal de 1946, que o controle da Administração tomará novos rumos.

7.3. Mudança dentro da continuidade: a década de quarenta

A década de quarenta dá novo impulso ao controle da administração pública. Pelo exame desta quadra, é possível comprovar que o Direito evolui menos com alterações legislativas do que com estudos inovadores e fundadas provocações da atuação judicial. Como não se resume à legislação (direito legislado), o Direito evolui, mesmo que a legislação não se renove. A evolução se dá tanto mais rapidamente quando a legislação cria instrumentos processuais, ou de qualquer modo abre caminhos para que os interessados possam ingressar em juízo. Pressionados a solucionar problemas inéditos, decorrentes de realidades sociais desconhecidas, os juízes acabam não apenas resolvendo controvérsias isoladas, mas, pela atuação repetida e uniforme, criando direito novo.

Em 1941, Seabra Fagundes publica pioneira monografia dedicada especificamente ao estudo do controle da administração pública pelo Judiciário — “O Controle dos Atos Administrativos pelo

Poder Judiciário.” Nela, sustenta que a competência discricionária da administração pública é de extensão variável, pois casos há em que respeita à utilidade e oportunidade (motivos do ato administrativo), em outros casos refere-se ao modo de agir (objeto ou conteúdo do ato administrativo), e pode ainda englobar ambos aspectos (FAGUNDES, 1979, p. 99). Mas, completa ele, seja qual for a extensão da competência discricionária, o ato administrativo pode ser controlado pelo poder judiciário nos aspectos que compõem a sua legalidade, ou seja, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma (FAGUNDES, 1979, p. 148).

A monografia de Seabra Fagundes dilata significativamente o âmbito de legalidade dos atos administrativos, e, por conseguinte, permite o avanço do controle da competência discricionária da administração pública pelo poder judiciário. Até então, prevalecia o entendimento de que este controle se limitava a aspectos extrínsecos, isto é, à competência do agente e às formalidades do ato. Agora, aspectos intrínsecos, tais como os motivos e a finalidade do ato administrativo, são submissíveis à apreciação da Justiça.

Na mesma década de quarenta, são proferidas decisões judiciais que põem em crise o paradigma da Lei nº 221, de 1894. Assim, em julgamento de agosto de 1943, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “os atos administrativos de qualquer natureza estão sujeitos ao exame dos tribunais”, e que “ao Judiciário cabe decidir se o imóvel inscrito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência a verificar apenas se foram observadas as formalidades legais no processo de tombamento” (BRASIL, 1945, p.124). Com isto, ficou assentada, de um lado, a distinção entre *exame* e *controle* dos atos administrativos. De fato, como não existem atos administrativos que sejam exclusivamente discricionários, pois sempre há aspectos vinculados, é necessário que o Judiciário proceda ao *exame* do ato administrativo em todos os seus

detalhes. Sem isto, não seria possível identificar os aspectos discricionários, que não são objeto de *controle* judicial. De outro lado, o julgado deixou claro que não há competência administrativa discricionária na escolha do motivo só porque este é indicado mediante termo vago ou fluido, como é o caso de “valor histórico ou artístico” para efeito de tombamento. Aplicou-se, neste julgamento, a doutrina alemã dos “conceitos jurídicos indeterminados”, exposta, entre outros, por Karl ENGISCH (1988, p.205).

Em outro julgamento, agora de dezembro de 1944, o Supremo Tribunal Federal, revendo firme jurisprudência, assentou que os motivos do ato administrativo são objeto de controle judicial, ainda que para tanto tenha o Judiciário de proceder ao reexame de prova. Tratava-se, no caso, de reexame de prova produzida em inquérito administrativo para demissão de funcionário público (BRASIL, 1946, p.69).

Outro julgamento que sinaliza a evolução foi realizado em julho de 1948, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no qual o já citado Seabra Fagundes foi autor do voto vencedor. Na ocasião, sustentou o entendimento, que já defendera na monografia de 1941, de que a finalidade dos atos da Administração, que pode vir expressa ou apenas subentendida na lei, compõe a legalidade do ato, e como tal pode ser objeto de exame judicial para efeito de verificar-se se, a pretexto de atender ao interesse público, não foi guiado o ato por interesse pessoal (BRASIL, 1948, p.52).

A evolução do paradigma da Lei nº 221, de 1894, levou o controle judicial para aspectos intrínsecos da competência discricionária⁷⁶. Para tanto, foi necessário reinterpretar essa lei,

⁷⁶ - No início da década de cinquenta já se consolidara a apontada evolução do paradigma da Lei nº 221, de 1894. Ilustra-o bem a ementa de acórdão de novembro de 1952, do Tribunal Federal de Recursos, nestes termos: “A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os

dizendo-se que tais aspectos não compõem o “merecimento” do ato (mérito), mas dizem respeito à “não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente” (legalidade)⁷⁷. Significativamente, Seabra Fagundes dirá que o exame da finalidade do ato administrativo, como aspecto da sua legalidade, “quase chega ao mérito”, sem o afetar. Para ele, o juiz pode, no âmbito da legalidade, dizer se o ato foi inspirado em finalidade legal, entendida como “interesse público”, ou se foi guiado por interesse particular. Porém, uma vez que o ato tenha buscado o interesse público, não seria lícito ao juiz dizer que o administrador não fez o melhor uso da competência discricionária: aí já estaria havendo controle do mérito (FAGUNDES, 1979, p. 156, nota 10).

Se esta evolução do paradigma ampliou a zona de legalidade do ato administrativo, já o seu mérito, imune ao controle judicial, ainda permaneceu dilatado. Compreenderia ele, conforme Seabra Fagundes, “os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo” (FAGUNDES, 1979, p.146). Como se verá adiante, vários destes aspectos, como a razoabilidade, a utilidade e a moralidade passarão, depois de algumas décadas, para o campo do controle judicial.

7.4. Período de crise do paradigma liberal

A evolução do controle da administração pública ocorrida na década de quarenta, como resultado da convergência da publicação de estudos inovadores e da atuação dos tribunais, de modo algum

seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo” (Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 42, p. 227-230).

⁷⁷ - A Lei nº 4.717, de 1965, que regula a ação popular, veio a consagrar, em seu artigo 5º, esta redefinição da legalidade, que de legalidade puramente extrínseca (competência do

alterou o paradigma liberal de controle que vinha desde o início da República. Este paradigma se constituía fundamentalmente da idéia de que o controle judicial da Administração só poderia ser feito para proteger direitos subjetivos dos particulares contra a ação arbitrária do Estado⁷⁸. Desde que direitos subjetivos, em especial patrimoniais, não fossem afetados, o mau uso da Administração pelos agentes públicos não permitia qualquer controle judicial. Uma visão assim liberal das coisas não só deixava desprotegido o patrimônio estatal, como também propiciava aos interesses privados, sob o manto protetor dos chamados “direitos adquiridos”, voltar-se contra o próprio interesse público, representado pelo Estado.

Como reflexo da crise, que era fundamentalmente uma crise do modelo de Estado liberal, a Constituição de 1946 reconheceu a qualquer cidadão o direito de provocar o controle judicial para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas ou controladas pelo Poder Público⁷⁹.

Confirma-se aqui novamente a tese de que a evolução do Direito resulta menos da introdução de inovações legislativas do que da “luta pelo Direito”, de que falava IHERING (1980)⁸⁰. Com efeito, a ação popular, criada pela Constituição de 1946, ficou por décadas sem uso, o que certamente não pode ser atribuído à falta de regulamentação legal, pois já em 1948 o Judiciário afirmava que o direito de propor ação

agente, formalidades do ato e legalidade do objeto) passou a ser também legalidade intrínseca (existência dos motivos, finalidade prevista explícita ou implicitamente pela lei).

⁷⁸ - Esta idéia está retratada nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti: “... o exame jurisdicional dos atos administrativos, quando praticados com uma larga margem de poder discricionário, só se pode exercer em relação àquela faixa em que a discricção não pode ser efetiva, por isso que coberta pela proteção legal. É o campo dos direitos subjetivos, inteiramente protegidos pelas medidas judiciais, quando violados pela administração” (CAVALCANTI, 1995, p. 448).

⁷⁹ - Art. 141, §38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

⁸⁰ - “A essência do direito consiste na sua realização prática”, diz Ihering. “Uma norma jurídica que nunca tenha alcançado essa realização, ou que a tenha perdido, já não faz jus a este nome” (IHERING, 1980, p. :65).

popular independia de regulamentação⁸¹, como já ocorrera com o mandado de segurança criado pela Constituição de 1934, que foi desde logo admitido pelos tribunais, embora só viesse a ser regulamentado pela Lei nº 191, de 1936.

Somente em 1965, pela Lei nº 4.717, é que a ação popular veio a ser regulamentada. Esta lei ampliou consideravelmente o objeto de proteção da ação popular, que além do patrimônio estatal, passou a tutelar também o patrimônio público⁸². De forma alguma, porém, isto implicaria mudança do paradigma de que o controle judicial é feito para proteção de direitos subjetivos (privados), ainda que este paradigma permanecesse em crise. Por um lado, o direito de ação popular, limitado aos cidadãos, ou seja, aos titulares de capacidade eleitoral ativa, portadores de título de eleitor, passou a ser desviado para a defesa de interesses privados, visto que ainda não fora superada a tradição, que sempre vigorou entre nós, de enxergar o patrimônio da administração pública⁸³, e mesmo o patrimônio público (histórico, turístico, ecológico, estético) como algo que é de ninguém (e por isto pode ser objeto de apropriação privada), e não como algo que é de todos (e por isto cabe a qualquer um defendê-lo contra a sua apropriação privada). Daí a ação popular utilizada como instrumento de coação política nas querelas políticas locais, ou ainda como forma de autopromoção pessoal. Por outro lado, o regime autoritário, sob o qual editada a Lei nº 4.717, não era propício ao ajuizamento de ações populares, porque isto significaria questionar a autoridade.

A regulamentação da ação popular não pôs, portanto, fim à crise de um modelo jurídico que voltava suas atenções para a tutela

⁸¹ - Neste sentido é a sentença do então juiz de direito José Frederico Marques, de dezembro de 1948, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo por acórdão de junho de 1949 (MARQUES, 1949, p. 836).

⁸² - A inovação está no §1º do seu art. 1º: "Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico."

do privado contra o público. Os “cidadãos”, aos quais a lei conferia legitimidade para propor ação popular, não se mostravam preparados para lutar, individualmente, contra a devastação do meio ambiente, a destruição do patrimônio histórico, a exploração dos consumidores, perpetradas coletivamente e em ritmo acelerado. Para suprir esta carência foi editada, em 1985, a Lei nº 7.347, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. A partir de então, o Ministério Público — instituição até aí limitada a instaurar a ação penal pública e a defender os interesses dos incapazes — entrou em cena, assumindo a condição de protagonista da defesa do interesse público⁸⁴ contra os interesses privados — estes últimos muitas vezes “representados” pelo próprio Estado-administração⁸⁵. Também ganharam legitimidade para a defesa do interesse público associações civis legalmente constituídas e, paradoxalmente, o próprio Estado⁸⁶. Apenas a partir daí (1985) se pode verdadeiramente falar em mudança do paradigma liberal.

7.5. A Constituição de 1988 e o novo paradigma de controle da administração pública

A Constituição de 1988 consolidou o novo paradigma — (a) controle judicial não só controle *contra* a Administração, para o efeito de paralisar-lhe a ação arbitrária, mas também (b) controle *em defesa da* Administração, para evitar que seja vítima de apropriações

⁸³ - Usa-se aqui o termo “Administração Pública” em lugar de “Estado” porque aquela é o próprio Estado personificado, segundo GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (1990, p.36).

⁸⁴ - O interesse público, defendido pela ação civil pública, apresentava duas novas configurações: a) interesse difuso, isto é, aquele que é de todos e não é especificamente de ninguém, como o direito ao meio ambiente sadio, ou à integridade do patrimônio histórico; b) interesse coletivo, ou seja, aquele que respeita a toda uma coletividade.

⁸⁵ - Usa-se aqui esta expressão composta para deixar claro que os termos “Estado” e “Administração” na verdade se confundem, pois a “Administração” é o próprio “Estado” dotado de personalidade jurídica (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p.36).

⁸⁶ - O reconhecimento, pela Lei nº 7.347, de 1985, da legitimidade do Estado para propor ação civil pública está a indicar, claramente, que até então o espaço público não-estatal (*v.g.*, o meio

privadas. Ao mesmo tempo, abriu caminho para uma instituição de um outro novo paradigma, o do (c) controle *de resultados* da Administração, a fim de obrigá-la a cumprir suas finalidades. Para tanto, e em primeiro lugar, tornou rígida, pela inserção no texto constitucional, a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, dilatando o seu objeto⁸⁷. Em segundo lugar, também ampliou o objeto da ação popular, que além do patrimônio estatal e público passou a abranger a “moralidade administrativa”, ou seja, os princípios éticos que regem a administração pública⁸⁸ ⁸⁹. Por último, estabeleceu que os atos de improbidade administrativa, praticados por agentes públicos, importam várias sanções, além do ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível⁹⁰. Para tanto, instituiu-se ação de improbidade administrativa, com o que ficou acrescentado o arsenal de instrumentos de controle judicial da Administração.

Ao mesmo tempo que consolidou este paradigma, a Constituição de 1988 pôs em crise aquele outro que limitava o controle da Administração ao chamado “mérito” da ação administrativa. Isto se deu basicamente de dois modos. De um lado, pela aplicação do

ambiente) era coisa de ninguém, *res nullius*. O próprio Estado não podia, ao menos em juízo, defender o patrimônio público não-estatal, mas apenas o patrimônio do próprio Estado.

⁸⁷ - Constituição de 1988, art.129: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Observe-se, no texto, que o termo “patrimônio público” foi usado como sinônimo de “patrimônio estatal”, e o adjetivo “social” como equivalente a “público”. Além disto, refere-se a “outros interesses difusos e coletivos”, vale dizer, não previstos especificamente na Lei nº 7.347, de 1985, e legislação extravagante.

⁸⁸ - Constituição de 1988, art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

⁸⁹ - O Supremo Tribunal Federal entende que cabe ação popular para invalidar ato administrativo que ofenda a moralidade administrativa, independentemente de causar prejuízo material aos cofres públicos (Acórdão no Recurso Extraordinário nº 170.768-2-SP, rel. Min. Ilmar Galvão. In: Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 15, p. 139-142, set./dez. 1999).

⁹⁰ - Constituição de 1988, art. 37, §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 previstas em lei, sem prejuízo da ação penal

princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, a partir de uma leitura ampliada do disposto no inciso LIV do art. 5º da Constituição⁹¹. De outro lado, pela busca de um sentido autônomo para o princípio da moralidade administrativa, discriminado que foi do princípio da legalidade nas duas passagens em que aparece no texto constitucional⁹².

O novo paradigma de controle da Administração não poderia de deixar de pôr em cheque o mérito da ação administrativa. Com efeito, a partir da Constituição de 1988, o Ministério Público, aproveitando-se da sua ampla legitimidade de propor ação civil pública, aliada à constitucionalização da independência funcional de seus órgãos⁹³, passou a questionar, em um sem-número de situações, o próprio juízo de conveniência e oportunidade do agir da Administração, tipicamente inserido no mérito da ação administrativa, para obrigá-la a ampliar suas atividades de serviços, de polícia e de fomento, decorrentes de uma Constituição que impõe tarefas à Administração.

7.6. Nova mudança de paradigma: a reforma administrativa iniciada em 1995

Em 1995, com a assunção de um novo governo federal, foi planejada e começou a ser posta em prática no Brasil uma reforma estrutural da administração pública, visando a substituir o modelo burocrático de administração, implantado na década de trinta e reforçado com a Constituição de 1988, por um modelo gerencial. Não se

cabível." A regulamentação veio com a Lei nº 8.429, de 1992, que instituiu a ação de improbidade administrativa.

⁹¹ - Constituição de 1988, art. 5º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." Quando se fala em leitura ampliada, quer-se dizer que o princípio da razoabilidade (das leis e dos atos da Administração) corresponde ao princípio do devido processo legal (*due process of law*) do direito norte-americano *no seu sentido substancial*, com base no qual é possível o controle do uso de competência discricionária quanto à sua racionalidade, razoabilidade ou proporcionalidade.

⁹² - Constituição de 1988, art. 5º, LXXIII e art. 37, *caput*.

trata de iniciativa isolada ou inédita, mas de “alinhamento” com amplas reformas administrativas ocorridas nos países desenvolvidos a partir da década de setenta, e que aqui se tornou imperiosa em decorrência de uma série de crises conjugadas — econômica, fiscal, de governabilidade e política.

A profundidade da reforma administrativa é indicada pelo fato de que seus objetivos mais importantes dependiam de reforma constitucional. Depois de várias tentativas governamentais, foram promulgadas a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, e a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que modifica o sistema de previdência social.

O espírito da Reforma Administrativa reside na idéia de que o modelo burocrático de administração em vigor é ineficiente, por preocupar-se exclusiva ou preponderantemente com as formalidades, e que é possível desenvolver estratégias administrativas baseadas na ampla delegação de autoridade e na cobrança posterior dos resultados (Pereira, 1999:24). Em consequência, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, promoveu a inclusão, no art. 37 da Constituição, do princípio da “eficiência”, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, já constantes do texto original da Constituição.

A inserção no texto constitucional do princípio da eficiência, ao lado da legalidade, implica necessariamente mudança do paradigma do controle judicial limitado aos aspectos legais ou vinculados da ação administrativa. Como os princípios são normas jurídicas, como quaisquer outras (BOBBIO, 1989, p. 158), a norma que

⁹³ - A Constituição de 1988 reconheceu aos órgãos do Ministério Público as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos (art. 128, §5º, inciso I), que não constavam do texto constitucional anterior.

impõe o dever de eficiência não vincula apenas o administrador, no exercício das competências que lhe são próprias, mas permite também que o Judiciário, com base nela, promova o controle da ação administrativa. A partir do momento em que foi constitucionalizado, o princípio da eficiência passou a ser norma jurídica, de tal modo que o controle judicial da ação administrativa, que se faça com base nesta norma, não deixa de ser um controle jurídico.

Por outro lado, a eficiência, como princípio constitucional, não se reduz, como pensam alguns intérpretes da reforma administrativa, à eficiência econômica⁹⁴, isto é, produzir mais produtos ou serviços (benefícios) com menos recursos (custos). Num país em que a maioria da população continua à margem dos progressos da civilização, e cujo Estado tem como um de seus objetivos fundamentais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”⁹⁵, os benefícios e os custos *também* devem ser sociais⁹⁶, e portanto a própria eficiência da ação administrativa deve ser medida por indicadores sociais ou de qualidade de vida.

Abre-se, assim, um novo campo para o controle judicial da ação administrativa. Passa-se do paradigma da legalidade para o da *eficiência em sentido amplo*. Até agora, ao administrador bastava

⁹⁴ - Caio Márcio Marini Ferreira entende que a eficiência buscada pela reforma administrativa consiste na racionalização e incremento de produtividade da máquina pública, ou seja, fazer mais com menos (FERREIRA, Caio M. M., 1999, p. 65). Para ele, o controle da eficiência está centrado na análise da relação insumo/produto, respondendo à questão “quão eficiente é a organização na alocação dos insumos para a obtenção dos produtos?” (FERREIRA, C. M. M., 1999, p. 91). Maria das Graças Rua entende que a eficiência pode ser traduzida na maximização da relação custo/benefício (RUA, 1999, p. 290).

⁹⁵ - Constituição de 1988, art. 3º, inciso III.

⁹⁶ - Karl Deutsch, ao distinguir a eficácia e a eficiência como as duas dimensões do desempenho dos sistemas políticos, deixa claro que a eficiência mede não apenas a probabilidade de alcançar determinado resultado, mas também seus custos, que não precisam ser necessariamente econômicos, podendo ser inclusive “custos sociais”, e dá o seguinte exemplo: “O governo americano dos anos 20 deu rédea solta à empresa comercial privada, limitando ao mínimo a intervenção governamental. A enormidade do custo tornou-se evidente nos anos 30, quando dez milhões de pessoas ficaram desempregadas durante anos, pela maior das depressões econômicas conhecidas” (DEUTSCH, 1983, p. 240).

atender aos requisitos vinculados de sua ação, podendo ela, no que fosse expressão de competência discricionária, revelar-se ineficiente. Agora, o administrador, além de atender aos tradicionais aspectos vinculados de toda atividade administrativa (legalidade), deve *atingir resultados*, sem desconsiderar os *custos* da sua ação — não apenas os custos econômicos, mas também os sociais, ambientais e os relativos a quaisquer outros bens ou valores tutelados pela Constituição (eficiência em sentido amplo)⁹⁷. Tanto uma quanto outra são dimensões *jurídicas* da atividade administrativa, e por isso passíveis de controle judicial.

⁹⁷ - Não é rara, na doutrina administrativa, a idéia de que há uma ligação visceral entre eficiência e poder discricionário. Para Afonso Rodrigues Queiró, o poder discricionário resulta “de uma deliberada abdicação do poder planificador ou ordenador que ao legislador compete em relação à atividade executiva ou administrativa, de um intencional eclipse da vontade da lei, destinado a dar lugar à vontade da Administração, no pressuposto de que esta está freqüentemente em melhores condições do que o legislador para, dentro de certos limites, escolher a medida mais eficiente, com vista à realização do interesse público que se destina justamente a prosseguir” (QUEIRÓ, 1969, p.3). Sérgio de Andréa Ferreira, a seu turno, afirmava, em 1985, que ao poder vinculado corresponderia a legalidade, e ao poder discricionário a eficiência. O uso incorreto do poder vinculado implicaria vício de ilegalidade, ao passo que o uso incorreto do poder discricionário implicaria vício de mérito (Ferreira, Sérgio de A., 1985, p.109). Como, todavia, não se encontrava positivado o princípio da eficiência, este autor não pôde extrair todas as conseqüências possíveis da distinção que estabeleceu. Para ele, os vícios de mérito, resultantes da ineficiência do administrador, não se caracterizariam como jurídicos, e, por isto, seriam indiferentes para o Direito Administrativo, interessando apenas à Ciência e à Política Administrativa (FERREIRA, Sérgio de A., 1985, p. 109-110).

Capítulo 8: A processualização da atividade administrativa e o controle judicial

8.1. A aproximação entre Administração e Sociedade

Até recentemente, vigorou a idéia de que Sociedade e Administração tinham interesses distintos. Enquanto a primeira se compunha de uma multiplicidade de interesses particulares, a segunda tinha o monopólio do interesse público. Havia nisso forte influência do pensamento político de Rousseau, para o qual não se confunde a vontade de todos com a vontade geral: esta se prende ao interesse comum, e aquela se vincula ao interesse privado, consistindo mesmo em uma soma de vontades particulares (ROUSSEAU, 1978, p. 46).

A contraposição entre administração pública e Sociedade persistiu com a democracia representativa, mediante a separação entre o Governo, eleito e periodicamente renovável, e a Administração, burocrática e permanente. Deste modo, se o controle popular do governo já é por natureza precário na democracia representativa, visto que a troca de governo depende de nova eleição, o controle popular da Administração, como aparelho burocrático, tornou-se inexistente. Sem controle, a Administração sobrepôs-se à própria Sociedade. Isto levou Weber a afirmar que “no Estado moderno, o verdadeiro domínio não

está nos discursos parlamentares, nem nas proclamações de monarcas, senão no manejo diário da administração, que se encontra necessariamente em mãos da burocracia, tanto militar como civil” (WEBER, 1984, p. 1060).

É apenas com a contemporânea redefinição do conceito de democracia, mediante as idéias de participação e pluralismo, que a Administração passa a aproximar-se da Sociedade. Com efeito, as constituições contemporâneas adotam técnicas pelas quais os cidadãos podem participar diretamente do governo e da própria Administração, assim como perfilham mecanismos pelos quais as várias categorias sociais, classes, grupos sociais, culturais e ideológicos podem organizar-se, fazer-se ouvir e defender seus interesses. Tem-se, então, uma democracia ampliada, não apenas representativa, senão também participativa e pluralista.⁹⁸

A aproximação entre a Administração e a Sociedade dá-se, atualmente, mediante as mais diversas formas, dentre as quais se destacam (a) a participação de pessoas do povo em órgãos colegiados da Administração, (b) a entrega das atividades que não são exclusivas do Estado a organizações da própria Sociedade, mediante a formação de “parcerias”, e (c) a “processualização” da atividade administrativa, a permitir que os vários interesses envolvidos, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, possam influir na formação da decisão administrativa.

Destas várias formas de contato entre a Administração e a Sociedade, interessa mais de perto ao objeto da Tese a técnica da “processualização”, não tanto porque permite racionalizar a atividade administrativa em grau elevado, tornando-a mais eficiente, mas principalmente porque viabiliza e amplia esta que sempre foi a bandeira

⁹⁸ - A Constituição brasileira de 1988 acolhe tanto o pluralismo como a participação (art. 1º, *caput*, inciso V, e parágrafo único).

maior do direito administrativo — a proteção dos direitos dos administrados, como se verá a seguir.

8.2. O significado atual da processualização da atividade administrativa

Quando se fala, na atualidade, em “processualização” da atividade administrativa, quer-se dizer que as técnicas adotadas pelo processo judicial podem ser, *mutatis mutandis*, apropriadas ao exercício da função administrativa, como o foram, antes e em parte, pela atividade legislativa.

Essa recepção das técnicas judiciais só se torna possível a partir de determinado momento histórico. Para o poder legislativo, as técnicas judiciais só se tornam aceitáveis quando ele se liberta do dogma da “vontade geral”, e passa a atender à multiplicidade de interesses do eleitorado. Para a administração pública, quando reconhece que a revelação do “interesse público” não pode ser monopolizada pela burocracia administrativa, mas deve fazer-se em conjunto com os administrados, que são os verdadeiros titulares dos interesses individuais, coletivos ou difusos afetados pela atuação administrativa.

Tem-se, no processo judicial, as técnicas que atendem perfeitamente a estas novas necessidades das funções estatais. Com efeito, permite ele que os vários interessados sejam ouvidos, que os diversos pontos de vista sejam debatidos, que sejam apresentadas provas para sustentar as diversas opiniões, que tudo isto influa na decisão que vier a ser tomada, e enfim que esta seja motivada e possa ser revista à luz de todo o procedimento seguido.

Um dos exemplos mais visíveis, na atualidade, de transposição de técnica originária do processo judicial para o processo

legislativo e para o processo administrativo, é o das “audiências públicas”. Adotou-o primeiramente o Legislativo, em caráter facultativo, para colher as mais diversas opiniões sobre temas polêmicos que devem ser disciplinados por lei. Mais recentemente, desde quando abrandada a rigidez burocrática da administração pública, também no âmbito administrativo se acolheu a mesma técnica⁹⁹.

8.3. Antecedentes históricos da processualização da atividade administrativa

Quem acredita piamente no progresso da razão seria tentado a ver na contemporânea processualização da atividade administrativa uma lógica e inexorável imposição da racionalidade, que tende a ocupar espaços antes reservados ao arbítrio do poder. A maior grau de racionalidade corresponderia menos poder, ou então maior controle do poder.

Uma explicação assim idealizada não tem, contudo, sustentação histórica. Michel Foucault demonstrou, com argumentos convincentes, que as práticas racionais do processo judiciário contemporâneo têm sua gênese no inquérito judiciário que aparece na metade da Idade Média (século XII), e constituem apenas uma nova forma de exercício do poder — um poder que antes se exercia pela força, e agora se exerce pelo saber, pela racionalidade (FOUCAULT, 1979, p. 23-61).

Com efeito, até a primeira metade da Idade Média os litígios eram resolvidos pelo “sistema da prova”, de que os ordálios (provas corporais de resistência) constituíam típico exemplo. Por este

⁹⁹ - O art. 32 da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe: “Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

sistema, não se buscava reconstituir a verdade, mas estabelecer quem era o mais forte e, ao mesmo tempo, quem tinha razão. Não havia, aqui, a intervenção de nenhuma autoridade pública para resolver a disputa, limitando-se a zelar pela regularidade do procedimento.

Esse “duelo judiciário” entre os particulares, na medida em que implicava o pagamento de uma indenização à parte vencedora, constituía, ao lado da guerra e do simples esbulho, uma das poucas formas de circulação de bens na Idade Média. Justamente por esta virtude específica é que foi apropriado pelo Soberano e depois pelo próprio Estado, que passou a se interpor entre os litigantes para dizer quem tinha razão. Ao culpado pelo delito impunha-se pesada multa, que nada mais era do que uma forma de confisco, uma nova e significativa fonte de renda para o Soberano. Para este fim, o Soberano já não podia usar o “sistema da prova”, que só tinha cabimento quando os próprios litigantes entre si resolviam o litígio. Apropriou-se então do mecanismo do “inquérito”, que já era então utilizado pela Igreja, e o fora, antes, pelas sociedades gregas e pelo Império Romano.

O inquérito judiciário constituía forma de saber, porque permitia reconstituir a verdade. Mais do que isto, porém, era um novo modo de o Soberano exercer o poder. Desde então, o modelo de inquérito se estendeu aos mais diversos domínios da atividade humana. As monarquias incipientes dele se serviram para obter conhecimentos sobre a população, as riquezas, a economia, o território etc., e com base nestes conhecimentos aumentar e expandir seu poder. Também foi significativa sua absorção pelos domínios do saber: foi ele que serviu de instrumento para as amplas inquirições do Renascimento sobre a natureza e sobre o homem.

Essa, em suma, a explicação histórica dada por Foucault ao moderno acasalamento do saber com o poder, de tal modo que este

último busca afirmar-se e fortalecer-se menos pela força, como no passado, do que pela verdade (FOUCAULT, 1979, p.23-61).

Disto se pode concluir que o surgimento da atual processualização da atividade administrativa deve ser explicado menos como uma conquista dos administrados, que por meio dela conseguirão melhor proteger os seus direitos, do que como uma nova e mais segura técnica de exercício do poder, instituída de cima para baixo em substituição ao tradicional uso da força, que sempre se revelou arriscado e precário¹⁰⁰.

Como, porém, o poder é relacional e circular, implicando posições de dominação e sujeição que se podem mesmo inverter¹⁰¹, a processualização da atividade administrativa pode ser usada pelos administrados para controlar o poder, ao invés de por ela serem controlados.

8.4. A processualização da atividade administrativa na Constituição de 1988

A processualização da atividade administrativa não foi estabelecida pela Constituição de 1988 em termos consistentes, claros e precisos, mas sim de modo fragmentado, o que não impede que o

¹⁰⁰ - Esta linha de raciocínio permite uma leitura política do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.784, de 1994. Aí se diz que o processo administrativo visa (nesta ordem) “à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.” O fim prioritário, contudo, é o melhor cumprimento dos fins da Administração (exercício do poder pela racionalidade), sem prejuízo de que, sendo o poder uma relação, os administrados possam tirar proveito das regras do jogo, defendendo seus direitos.

¹⁰¹ - Acolhem-se, no particular, as idéias de Michel Foucault sobre poder: “... o poder (...) não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. (...). O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles” (FOUCAULT, 1982, p.183).

intérprete extraia o sentido do conjunto. A norma de que a conduta administrativa deve realizar-se *processualmente* é o resultado da junção dos princípios que, de um lado, limitam, mediante a técnica do processo, a ação do Estado frente ao indivíduo (Constituição, art. 5º, incisos LIV e LV), com os princípios que, de outro lado, conformam a atividade administrativa, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade, o da eficiência (Constituição, art. 37, *caput*). Com efeito, como garantir a “impessoalidade” de uma decisão administrativa, se ela não for consequência de um regular procedimento que a guie nessa direção? Qual o sentido de a Constituição exigir que as decisões dos tribunais sejam “motivadas” (art. 93, X), se não houver um processo administrativo prévio, que recolha os “motivos”, de fato e de direito, de que a “motivação” será mero reflexo?

A partir desta idéia, podem-se arrolar as várias hipóteses em que a Constituição exige que a atuação administrativa seja processualizada.

Primeiramente, quando há a *imputação de alguma infração administrativa*, de que são típicos exemplos os processos disciplinares dos funcionários públicos e os processos de aplicação de sanções decorrentes do poder de polícia. Bem por isto, a Constituição fala em que aos “acusados” devem ser “assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV, 2ª parte). Trata-se de situação litigiosa entre a Administração e o administrado, a ser solucionada impositivamente pela primeira mediante processo, no exercício da chamada “autotutela administrativa”.

Em segundo lugar, o processo administrativo é exigido *quando há controvérsia (litígio), real ou potencial, (a)* entre vários administrados que pretendem (e portanto disputam) determinado bem a ser concedido pela Administração (*v.g.*, cargo perseguido em concurso,

contrato pleiteado em licitação), ou **(b)** entre a Administração e qualquer administrado, pretendendo um alguma coisa do outro (*v.g.*, a Administração pretendendo, pelo processo de lançamento tributário, o pagamento de tributo) . Contemplando estas hipóteses, a Constituição fala em que “aos litigantes, em processo (...) administrativo (...) são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV). Segundo MEDAUAR (1996, p.199), quatro espécies de processo seriam abrangidos pela referência constitucional: **1º)** os processos administrativos de gestão (licitações, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção); **2º)** os processos administrativos de outorga (licenciamentos de atividades e exercício de direitos, licenciamento ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos); **3º)** os processos administrativos de verificação ou determinação (prestação de contas, consulta fiscal); e **4º)** os processos administrativos de revisão (recursos administrativos, reclamações, impugnações de lançamentos tributários). Nestas hipóteses, não há “acusados”, porque não se imputa a quem quer que seja infração administrativa, de modo que a garantia constitucional de “ampla defesa” deve ser entendida não como “defesa contra” (imputação), mas sim como “defesa em favor de” (direitos ou interesses). O que deve ser pois assegurado aos interessados é ampla participação no processo, sendo-lhes garantido apresentar razões e provas que possam influir na decisão que vier a ser proferida, assim como o direito de obter decisão fundamentada, em que suas razões e provas sejam consideradas, o que lhes permitirá, se desejarem, postular depois o exame e controle judicial da atuação administrativa¹⁰².

¹⁰² - A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, autoriza o Judiciário, em qualquer hipótese, a examinar a ação administrativa, desde que seja alegada lesão ou ameaça a direito

8.5. A obrigatória motivação dos atos administrativos, como decorrência da processualização da atividade administrativa

A mais importante consequência da processualização da atividade administrativa, para efeito do controle judicial da Administração Pública, é a motivação dos atos administrativos. Com efeito, se o processo administrativo serve para colher os motivos que levarão à tomada de decisão, a motivação será a demonstração formal da existência e relevância destes motivos.

No Brasil, nunca houve consenso quanto à obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, o que sem dúvida decorre da pouca ou nenhuma atenção que se deu à processualização da atividade administrativa. Para certos autores, como Hely Lopes Meirelles, em geral posicionado *ex parte principis*, a motivação seria exigida nos atos vinculados, e dispensável nos discricionários (MEIRELLES, 1990, p. 175). Para outros, como Celso Antônio Bandeira de Mello, amiúde situado *ex parte populi*, seria dispensável nos atos vinculados e de rigor nos discricionários, justamente para permitir o controle dos motivos correspondentes (MELLO, 1995, p. 57).

Com a exigência de processualização da atividade administrativa, introduzida pela Constituição de 1988 nas hipóteses acima indicadas, não mais remanescem dúvidas de que, independentemente da natureza vinculada ou discricionária do ato final, a motivação é obrigatória sempre que houver processo administrativo, variando apenas o conteúdo daquela, de acordo com a densidade deste. Exemplificativamente, se se cuida de um processo disciplinar, com imposição de demissão a servidor estável, é evidente que a motivação é obrigatória, e deve passar pelo exame e valoração de

pelo autor da ação que lhe for dirigida: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

todas as provas e das teses jurídicas apresentadas, de forma aprofundada. Se se trata de um processo preparatório para a nomeação de pessoa estranha à Administração para ocupar cargo em comissão, a motivação poderá ser concisa, mediante referência ao preenchimento dos requisitos formais (titulação exigida para o cargo, folhas corridas, exame de saúde etc.), e breve demonstração de que o ato de nomeação atende, do ponto de vista material, os princípios constitucionais que regem a administração pública e outros princípios gerais que tenham incidido no caso (cf. Capítulo 9, nº 9.4). Enfim, se é o caso de simples designação de servidor efetivo para ocupar função de confiança, já não será necessária a realização de um processo administrativo, e conseqüentemente a motivação só se reportará aos requisitos formais (*v.g.*, titulação, exercício de determinado cargo etc.) .

É bem verdade que no texto definitivo da Constituição Federal de 1988 não constou, de forma expressa, a motivação como princípio da administração pública, embora tenha figurado em vários textos preliminares durante os trabalhos do Congresso constituinte, segundo refere MEDAUAR (1993, p.110). Como quer que seja, ao tratar do poder judiciário a Constituição estabeleceu que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas” (art. 93, inciso X)¹⁰³, o que permite se entenda a regra como extensiva a todas as decisões administrativas do Poder Público, haja vista que as decisões administrativas dos tribunais não diferem substancialmente das decisões administrativas da Administração e das decisões administrativas dos órgãos diretores do poder legislativo¹⁰⁴. A referência explícita ao Judiciário se deveu apenas ao fato de que, no Brasil, este

¹⁰³ - O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por seu Plenário, que esta regra constitucional incide no caso de recusa de promoção, pelo critério da antigüidade, do juiz mais antigo, pelo voto de 2/3 dos membros do tribunal respectivo, na forma do art. 93, I, “d”, da Constituição, pois o interessado tem o direito de saber o motivo da preterição (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.303-3/SC - Medida Liminar, rel. Min. Mauricio Corrêa, Diário da Justiça da União de 1º set. 2000, Seção 1, p. 104).

¹⁰⁴ - Este é o entendimento geral dos autores de direito administrativo, ao comentarem o assunto. Vejam-se, entre outros, MOREIRA NETO (1995, p. 124) e MELLO (1995, p. :209).

Poder sempre se julgou acima de qualquer suspeita, uma espécie de depositário supremo da moralidade e da verdade, de sorte que a motivação de suas decisões administrativas é entendida pelos tribunais como superfetação. Prova disso é que, apesar da explicitude do texto constitucional, os tribunais, passada mais de uma década da promulgação da Constituição, ainda promovem os juízes de grau inferior pelo critério do merecimento — ato tipicamente vinculado a determinados motivos, segundo se vê do art. 93, inciso II, alíneas “b” e “c”, do texto constitucional —, sem qualquer motivação¹⁰⁵.

A motivação não deixa de ser obrigatória sequer naqueles casos em que a lei *expressamente*¹⁰⁶ diz que o administrador tem liberdade de escolha. Exemplo típico é o de “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (Constituição Federal, art. 37, inciso I, parte final). Como neste caso particular não há que se falar em disputa do ponto de vista jurídico, como ocorre nos concursos públicos, fica dispensada a processualização do ato, que deverá, entretanto, ser concisamente fundamentado com referência à incidência dos princípios constitucionais que incidem no caso, sob pena de negar-se força normativa aos princípios (cf. Capítulo 9, nº 9.4).

¹⁰⁵ - Exemplo ilustrativo disto se extrai da ata do julgamento do Processo Administrativo nº 00.29.00152-8 - Concurso de Promoção nº 01/2000, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicada no Diário da Justiça da União de 6 set. 2000, Seção 2, p. 564, relativo ao preenchimento de várias vagas de juiz federal pelo critério do merecimento. Os juízes que integraram as listas tríplexes de promoção por merecimento foram *eleitos* pelos membros do Tribunal em *escrutínio secreto*, portanto sem qualquer motivação. Depois, diante das listas tríplexes com os candidatos mais votados, o Presidente do Tribunal *elegeu* um nome, sem dizer por que o fez, e assim como de algumas listas pinçou o mais votado, de uma delas extraiu o nome *menos votado*. Conclusão geral: passados mais de dez anos da promulgação da Constituição, os tribunais ainda não decidem com base no critério constitucional do merecimento, aferido, *em processo administrativo*, pelos “critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento” (CF, art. 93, II, alíneas “b” e “c”), e demonstrado *mediante motivação* (CF, art. 93, X); e às vezes tampouco prevalece o critério democrático da vontade majoritária do Tribunal. O que acaba se impondo, o mais das vezes, é o puro (des)critério da “pessoalidade”.

¹⁰⁶ - Para certos autores, como Eros Roberto Grau, este seria o caso único de discricionariedade administrativa: “... a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa atuação. Insisto: a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de os temas das

Sempre, porém, que, a par dos princípios, há termo legal indeterminado que indique ao administrador público valor ou padrão conducentes à escolha, impõe-se a processualização da atividade administrativa, com a conseqüente “densificação” da motivação do ato decisório. É o caso da promoção dos juizes por “merecimento”. Este deve ser aferido em processo administrativo, segundo os critérios da alínea “c” do inciso II do art. 93 da Constituição, cabendo ao Tribunal, motivadamente, decidir quem tem mais merecimento¹⁰⁷.

8.6. A processualização da atividade administrativa e a Lei nº 9.784, de 1999

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, constitui o primeiro texto normativo que regula, de forma ampla, o processo administrativo no direito brasileiro, limitado, porém, ao âmbito da administração pública federal, uma vez que o nosso modelo federativo permite que cada entidade da federação legisle sobre processo administrativo.

A idéia não era nova, pois já em 1938 Themístocles Brandão Cavalcanti divulgara anteprojeto de Código de Processo

normas jurídicas serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas.” (GRAU, 1998, p.164)

¹⁰⁷ - Esta situação não pode ser confundida com a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101). Aqui, a escolha do Presidente da República é ato político, e não administrativo, e como tal está fora do raio de abrangência do direito administrativo, só podendo ser controlada politicamente pelo Senado Federal, segundo dispõe a Constituição. Não é, contudo, ato político a promoção, pelo Presidente da República, de juiz para compor tribunais inferiores da União, por merecimento (CF, art. 107, inciso II; art. 115, parágrafo único, I). Esta escolha, ato sujeito ao direito administrativo, é precedida de *concurso de promoção por merecimento*, e portanto não só os melhores devem compor a lista triplíce formada pelo tribunal regional federal, mas o *melhor* dos três deve ser escolhido pelo Presidente da República, em decisão fundamentada, baseada nos elementos de convicção constantes do processo administrativo respectivo. Se o Presidente da República tem dúvidas ou dificuldades quanto à opção correta, deverá converter a decisão em diligência, assinando prazo ao tribunal e aos interessados interessados para que complementem as informações e produzam provas do merecimento.

Administrativo, que entretanto não se transformou em lei. Somente após a Constituição de 1988, e mais exatamente em decorrência da reforma administrativa iniciada em 1995 e da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, é que se reconheceu que os princípios constitucionais que regem a administração pública só podem ser concretizados e garantidos mediante o processo administrativo. Todavia, não se pode nomear código a nova lei, porque convive com processos administrativos específicos, regidos por leis próprias, aos quais se aplica em caráter subsidiário (Lei nº 9.784, de 1999, art. 69).

O processo administrativo, segundo a lei, tem dupla finalidade — a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração (art. 1º). Mas, como já se antecipou no início do capítulo, trata-se prioritariamente de uma nova técnica de exercício do poder. Por meio dela, a Administração racionaliza sua atividade, buscando o controle sobre si mesma, assim como legitima seus atos. Se deste modo atua em prol da Administração, o processo administrativo abre, de qualquer modo, amplas possibilidades à proteção dos direitos dos administrados.

Um dos pontos destacados da Lei nº 9.784, de 1999, é que amplia o rol dos princípios que regem a Administração Pública, de modo que, além daqueles elencados no *caput* do art. 37 da Constituição — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência —, inclui ainda os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público (art. 2º).

A processualização não se limita à administração pública, aplicando-se aos órgãos dos poderes legislativo e judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa (art. 1º, §1º).

A Lei nº 9.784, de 1999, não especifica, claramente, quando se exige a instauração de procedimento administrativo. As

hipóteses devem ser deduzidas do sistema. Primeiramente, há os casos já indicados (supra, nº 8.4). Depois, aqueles em que há algum requerimento dirigido à Administração, no exercício do direito constitucional de petição (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a"), e a autoridade deve inteirar-se dos fatos e/ou do direito para poder decidir. Enfim, há as situações nas quais a lei exige que o ato administrativo seja motivado (art. 50), e isto em geral só é possível se houve um processo administrativo prévio, que recolha os motivos que justificam a prática do ato.

O processo administrativo permite sejam defendidos interesses individuais, inclusive os que possam vir a ser afetados pela decisão a ser tomada, e também os interesses coletivos e difusos, por meio de entidades legalmente constituídas (Lei nº 9.784, de 1999, art. 9º). Com isto, abre-se caminho para a Administração democrática em substituição à Administração autoritária.

Sem dúvida, o mais importante capítulo da Lei nº 9.784, de 1999, é o que diz respeito à motivação dos atos administrativos. A motivação deverá indicar os fatos e fundamentos jurídicos da decisão (art. 50), demonstrar que o processo administrativo e a respectiva decisão atendem aos princípios norteadores da administração pública (art. 2º), e apreciar as alegações e documentos apresentados pelo administrado no processo (art. 3º, inciso III).

8.7. Processualização e controle do mérito da atividade administrativa

Desde que haja ativa participação dos interessados, produzindo provas e formulando alegações que contribuam para a formação da vontade administrativa, o processo administrativo pode revelar-se instrumento valioso para controle do mérito da decisão que vier a ser adotada. Há, primeiramente, o controle prévio que consiste no

fato de que a autoridade administrativa terá de decidir de acordo com os elementos de convicção colhidos no processo. Assim, o processo administrativo conforma ou modela substancialmente a decisão. Em segundo lugar, o processo administrativo permite, mediante recurso hierárquico, que a decisão seja reformada por autoridade superior, por razões de mérito (Lei nº 9.784, de 1999, art. 56). Por fim, abre-se caminho para o controle judicial do mérito da decisão administrativa, uma vez que a instrução¹⁰⁸ realizada no processo administrativo e a motivação do ato praticamente eliminam a liberdade opinativa do administrador no ato de decisão.

O processo administrativo converte-se em técnica de esvaziamento da discricionariedade (ou mérito) do agir da Administração, porque a obriga a sujeitar-se a critérios técnicos ou científicos. Esta tese foi sustentada já em 1924 por Pontes de Miranda, ao afirmar que a doutrina então (e até hoje) vigente da discricionariedade dos atos administrativos perderia sua razão de ser caso a Administração se tivesse de sujeitar aos critérios científicos (MIRANDA, 1983, p. 186). A mesma idéia reaparece em 1985 com Fábio Konder Comparato, quando assinala que os progressos da ciência da administração impõem o avanço do direito administrativo, de modo que já não seria mais possível excluir o mérito ou oportunidade das políticas públicas do campo estritamente jurídico, a pretexto de que seu conteúdo seria inerente a um tipo de administração discricionária (COMPARATO, 1985, p. 410).

Faltou a estes autores, todavia, estabelecer uma “ponte” entre critérios científicos e eliminação da discricionariedade. Esta ligação certamente está no processo administrativo, desde que as partes envolvidas tomem a iniciativa de enriquecer a instrução do processo com informações, dados e pareceres fornecidos por especialistas. A

¹⁰⁸ - Segundo o artigo 29 da Lei nº 9.784, de 1999, a instrução consiste nas atividades “destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão...”.

ritualidade processual permitirá a colheita ampla de orientações técnicas e científicas para as questões administrativas, tal como o inquérito permitiu, a partir do Renascimento, a aquisição de novos conhecimentos, segundo demonstrou FOUCAULT (1979, p. 58-60).

Deste modo, mediante o processo administrativo, a *vontade* administrativa tenderá a ser substituída pela *verdade* administrativa. Em lugar do poder discricionário, baseado na autoridade, haverá poder vinculado, baseando na verdade produzida pluralisticamente no processo.

Capítulo 9: Vinculação da atividade administrativa por termos legais indeterminados, por princípios e por diretrizes

9.1. Preliminares

Desde o século XIX, o poder legislativo vem progressivamente perdendo sua importância em prol da administração pública. Já Alexis de Tocqueville observara, em 1856, que o progresso social traz consigo novas necessidades, e estas representam uma nova fonte de poder para a Administração, pois só ela é capaz de satisfazê-las (TOCQUEVILLE, 1989, p. 94). Karl Loewenstein, a seu turno, fala na progressiva transformação do Estado legislativo em Estado administrativo (LOEWENSTEIN, 1976, p. 307).

Tudo isto já fora antevisto por Montesquieu, ao dizer que o poder executivo se exerce sobre coisas momentâneas (MONTESQUIEU, 1979, p.152), vale dizer, sobre questões conjunturais, ao passo que o Legislativo tem por objeto próprio as questões estruturais, as relações de longa duração. Como o Legislativo se revelou inapto para atender aos cada vez mais freqüentes problemas que reclamam solução de curto prazo, o Executivo e os órgãos

administrativos a ele subordinados assumiram a chamada “capacidade normativa de conjuntura”¹⁰⁹.

Por outro lado, especialmente no âmbito do direito administrativo, as leis perderam muito de sua antiga capacidade regulatória (legislação por regras), pois o legislador, carente de conhecimentos técnicos e ciente da insuficiência de seu poder de previsão, crescentemente lança mão de técnicas de outorga de poder à Administração, seja quando reduz as leis a um apanhado de princípios e diretrizes (legislação por princípios e por diretrizes), a serem especificados depois por ato normativo administrativo, seja quando usa de palavras ou termos vagos (os chamados “conceitos legais indeterminados”), que deverão ser interpretados pelo administrador apenas no momento da aplicação da lei, em função da realidade e das peculiaridades do caso concreto.

Estes espaços legislativos imperfeitamente regulados foram, no mais das vezes, interpretados como outorga de poderes discricionários, ou de “margem de livre apreciação” à Administração Pública, que nestes espaços “vazios” poderia aplicar critérios de decisão extrajurídicos.

Ora, o Direito é, mais que um sistema só de regras (KELSEN, 1990, p.11), um sistema de regras, princípios e diretrizes (DWORKIN, 1984, p.72), e ainda e especialmente um sistema de garantias (FERRAJOLI, 1997a, p.93). Conseqüentemente, não pode haver para a administração pública, que é uma pessoa jurídica (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p.36) submetida à Constituição e às leis, espaços “vazios” de direito, que possa livremente preencher segundo critérios extrajurídicos. Em todos os espaços reservados à atividade administrativa *incidem* automaticamente regras, princípios, diretrizes e garantias. A Administração não tem o poder de atuação

¹⁰⁹ - A expressão é de Eros Roberto GRAU (1977, p.48).

livre do Direito. O que lhe incumbe é agir após *verificar quais regras, princípios e/ou diretrizes jurídicas incidiram*, e esta *verificação de incidência* está sujeita ao controle judicial.

9.2. As espécies normativas do Direito, sua incidência e aplicação

Para Hans Kelsen, o Direito é um ordem coercitiva, ou, por outra, um sistema composto de regras que prescrevem determinadas condutas e estatuem sanções para o caso de as condutas não serem observadas (KELSEN, 1990, p. 49).

Contemporaneamente, a teoria do Direito já reconhece que o ordenamento jurídico não se compõe apenas de regras¹¹⁰.

Ronald Dworkin, opondo-se ao normativismo jurídico, que vê o Direito como um sistema de regras, afirma que a ordem jurídica se compõe também de diretrizes e princípios. Para ele, diretrizes são enunciados que propõem um objetivo que deve ser alcançado; comumente u'a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (objetivo positivo), podendo ainda consistir na proteção contra mudanças de alguma coisa que já foi conquistada (objetivo negativo). Já os princípios¹¹¹ consistem em disposições que devem ser observadas, não porque favoreçam ou garantam uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque são um imperativo da justiça, da eqüidade ou outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1984, p. 72).

¹¹⁰ - Para CANOTILHO (1998, p. 1177), "Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*)".

¹¹¹ - Segundo CANOTILHO (1998, p. 1177), "Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica".

Norberto Bobbio, a seu turno, vê o Direito como um conjunto ordenado de regras, mas inclui entre elas os princípios gerais do ordenamento jurídico, uma vez que, extraídos por indução das próprias regras, não podem deixar de ter a mesma natureza, e além disto cumprem a mesma função de todas as regras, que é a de regular um caso (BOBBIO, 1989, p. 158-159).

Eros Roberto Grau observa que em determinado momento histórico o Direito perde a sua finalidade única e exclusiva de ordenação, passando a ser utilizado também como instrumento de governo, para efeito de implementação de políticas públicas. Ora, a definição dos fins de tais políticas é enunciada precisamente mediante “normas-objetivo”, que correspondem à categoria das “diretrizes” de Dworkin (GRAU, 1990, p. 182-184). Acolhe, ainda, a categoria dos princípios, mas a inclui, ao lado das regras, como espécie do gênero norma (GRAU, 1990, p. 122-127).

A divergência entre estes vários enfoques é apenas aparente, e isto pode ser superado caso se considere que o Direito é um sistema normativo, composto não de algumas categorias ao lado das regras (ou normas), mas de várias espécies de regras (ou normas): (a.a) regras (ou normas) em sentido estrito, (a.b) princípios e (a.c) diretrizes (ou normas-objetivo). Estas espécies normativas podem vir inscritas na Constituição, nas leis, em outros atos normativos, ou podem mesmo ser induzidas de várias regras, como no caso dos princípios.

Como a ordem jurídica é uma ordem coercitiva, e portanto obrigatória, pode-se concluir que o intérprete e aplicador das normas jurídicas, seja ele juiz ou administrador, está *vinculado* a estas três espécies do gênero norma: regras, princípios e diretrizes.

A conclusão, aparentemente tranqüila, opõe-se a uma série de postulados que compõem o atual paradigma do direito administrativo, entendido como dogmática jurídica. Estes postulados

podem ser sintetizados na idéia de que, quando a lei não regula inteiramente a atividade administrativa, está automaticamente conferindo poderes discricionários ao administrador para escolher os motivos e/ou o objeto do ato administrativo, atuando quanto a estes aspectos de forma livre e criativa.

Na base deste postulado está a confusão entre “aplicação” e “incidência” da norma jurídica. Tradicionalmente, entende-se que o aplicador da norma jurídica, seja ele juiz ou administrador, “recorta”, não sem uma certa dose de subjetividade e criatividade, retalhos da ordem jurídica e os “cola” às situações da vida. É nesta percepção distorcida da realidade que se escoram as teses que postulam a discricionariedade administrativa.

Todavia, a realidade, vista sem distorções, é outra. Desde que *vigente*, uma norma jurídica é *incidível*; em conseqüência, quando ocorrem no mundo os fatos que ela prevê dá-se automática e infalivelmente a sua *incidência*. O posterior reconhecimento desta incidência, seja pelo administrador, seja pelo juiz é que constituirá a *aplicação* da norma jurídica. Aplicar a norma é pois reconhecer que ela incidiu (MIRANDA, 1972, t. II, p. 267-283). Embora este ato de reconhecimento seja também valorativo, não deixa de ser *vinculado*, no sentido de que tem de respeitar a incidência da norma, e pode ser objeto de controle judicial.

Por outro lado, jamais incide, isoladamente, “*uma norma jurídica*”, mas sim *o Direito*”, como afirma Eros Roberto GRAU (1990, p. 107, 132, 181). Concomitantemente com as regras jurídicas, sempre incidirão princípios jurídicos, e, nos campos promocionais do Direito, também normas-objetivo (diretrizes). A incidência conjunta de todas estas espécies normativas preenche completamente os “espaços vazios”, “margem de livre apreciação” ou discricionariedade, que os manuais de direito administrativo ainda reconhecem à administração pública.

Assim, mesmo o proverbial exemplo da nomeação de determinada pessoa para ocupar cargo de provimento em comissão não configura opção entre “indiferentes jurídicos”¹¹², porque incidirão neste caso os princípios constitucionais, expressos e implícitos que regem a administração pública, aos quais está vinculado o administrador nomeante. Mesmo que estes princípios não tenham força normativa suficiente para fazer que o melhor seja escolhido (para isto seria necessário um concurso público, cuja realização deve ser evitada no caso, pois conferiria efetividade ao nomeado, e evitaria que fosse exonerado *ad nutum* do nomeante), terão de qualquer sorte a virtude de excluir os piores (parentes sem currículo, pessoas sem experiência adequada etc.).

9.3. Vinculação por termos legais indeterminados

Nos discursos forenses e em manuais de dogmática jurídica, ainda vigora o mito de que o “legislador” é uma figura sobre-humana, inteiramente racional, que tudo pode, tudo sabe, tudo vê, tudo prevê. É a crença neste mito que justifica asserções de que “não há lacunas na lei”, “a lei não contém palavras inúteis”, “o legislador sempre tem uma intenção.”¹¹³

As próprias palavras da lei, todavia, encarregam-se de infirmar o mito, pois esta entidade única e sobre-humana chamada “legislador”, julgando-se impotente e incapaz de regular minuciosamente todas as condutas e decisões possíveis, amiúde remete aos destinatários da regra jurídica parte de sua tarefa, o que faz mediante “conceitos legais indeterminados”, que são, mais precisamente, termos ou palavras semanticamente vagos, uma vez

¹¹² - Expressão utilizada por García de Enterría e Fernández para qualificar as opções discricionárias da Administração (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 394).

¹¹³ - Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o “legislador racional” é uma língua hermenêutica que reconstrói o discurso normativo, transformando-o em um todo harmônico, capaz de ter sentido na realidade (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p.255).

que não permitem a formulação de conceito preciso, tais como “ordem pública”, “interesse público”, “justa indenização”, “boa fé”, “urgência”, “perigo”, “relevância” etc.

A técnica das palavras ou termos legais vagos permite que, diante das peculiaridades do caso concreto, os indivíduos ajustem sua conduta pelo conceito expresso no termo legal vago, evitando o conflito; que o juiz decida o litígio orientado pelo mesmo conceito; e, enfim, que o administrador público possa, tendo em conta o conceito expresso no texto legal, satisfazer da melhor forma o interesse público. Daí que os termos vagos da lei não são uma “carta branca” para o seu destinatário, mas uma espécie de liberdade controlada, porque as palavras, mesmo vagas, têm um significado mínimo no âmbito de uma comunidade lingüística. Assim, a expressão “justa indenização”, referida à desapropriação, não designa só por si determinado preço, mas serve para afastar valores irrisórios, de um lado, e excessivos, de outro lado.

Os termos vagos da lei visam sempre a que o destinatário faça algum juízo, que pode ser valorativo, ou empírico. Quando a Constituição fala que a desapropriação será feita mediante o pagamento de uma “justa indenização” (CF, art. 5º, inciso XXIV), está cometendo ao juiz a formulação de um juízo empírico sobre o que constitui, no caso concreto, e em termos de valor de mercado, a “justa indenização” do bem.

A existência na lei de vocábulos semanticamente fluidos, a permitirem a formulação de algum juízo pelo seu destinatário, foi vista de início, no âmbito do direito administrativo, como uma liberdade outorgada ao administrador para interpretar como bem entendesse a lei no contexto do caso concreto. Entendia-se que quando o legislador não vinculasse minuciosamente a atividade administrativa estava, *a contrario sensu*, a conferir-lhe discricionariedade ou liberdade de

atuação. A discricionariedade administrativa correspondia, assim, à insuficiência de rigor normativo. Nisto consistia, basicamente, a doutrina austríaca dos “conceitos discricionários”, construída por Bernatzik no final do século XIX, segundo refere Martin BULLINGER (1987, p.5).

Num segundo momento, passou-se a entender que os “conceitos discricionários” — que na comunidade jurídica alemã foram chamados “conceitos legais indeterminados” — vinculavam o administrador nos casos que comportassem uma única solução justa, mas em certos casos deveria ser reconhecida uma “margem de livre apreciação” ao administrador, diante da dificuldade ou impossibilidade de enquadrar, categoricamente, determinada situação no conceito legal. Voltando ao exemplo da “justa indenização” na desapropriação, haveria uma margem de livre valoração entre o irrisório e o excessivo. Nisto consistia a doutrina alemã da “margem de livre apreciação”, erguendo-se como reação moderada ao radicalismo da tese dos “conceitos discricionários” de Bernatzik¹¹⁴.

Esta doutrina alemã da “margem de livre apreciação” é de certo modo resgatada no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual há discricionariedade naqueles casos em que o administrador, em decorrência da natural limitação da cognoscibilidade humana, se encontra diante da impossibilidade prática de objetivamente reconhecer qual será o comportamento *in concreto* apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa, por ser razoavelmente admissível mais de uma opinião sobre a medida a ser adotada (MELLO, 1992, p. 42; 1995, p.481).

García de Enterría e Fernández reconhecem que certos termos vagos ou imprecisos usados pela lei, como “interesse público”,

¹¹⁴ - García de Enterría & Fernández consideram a doutrina alemã da “margem de livre apreciação” uma reconstrução da velha doutrina da discricionariedade administrativa (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 397).

“justa indenização”, “perigo iminente”, só permitem, *em tese e do ponto de vista lógico*, uma solução justa, pois o interesse público, a justa indenização ou o perigo iminente existem ou não existem; mas, *em circunstâncias concretas*, poderá ser difícil afirmar categoricamente se o conceito é aplicável ou não. Concretamente, haverá uma “zona de certeza”, na qual o conceito se aplica, uma zona oposta de “certeza negativa”, na qual não se aplica, e uma zona intermediária ou de “incerteza”, na qual sua aplicação é incerta. Não seria o caso, porém, de os tribunais reconhecerem ao administrador uma “margem de livre apreciação” desta zona de incerteza, mas sim de, valendo-se das provas que forem produzidas no âmbito do processo judicial, reduzirem quanto possível a “zona de incerteza”, reconduzindo o caso concreto a uma das duas zonas de certeza, a positiva ou a negativa. Deste modo, já não se poderia mais falar, nestes casos, em imunidade de controle judicial por discricionariedade (doutrina da “margem de livre apreciação”), mas, quando muito, em “dificuldade de controle” da vinculação do administrador ao conceito legal indeterminado (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 396-397).

Baseando-se em García de Enterría e Fernández, Eros Roberto Grau deixa claro que “a *discricionariedade* não é consequência da utilização, nos textos normativos, de ‘conceitos indeterminados’”, e que, por isso mesmo, “a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa atuação” (GRAU, 1998, p.164).

Pelo mesmo diapasão se afina José Carlos Barbosa Moreira, para quem o fenômeno da discricionariedade é estruturalmente distinto dos conceitos juridicamente indeterminados. A norma jurídica, diz ele, tem dois elementos essenciais em sua estrutura, a hipótese de incidência (*tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados

integram a descrição da hipótese de incidência, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos jurídicos. Estabelecida a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real (suporte fático) e o modelo normativo (hipótese de incidência), a solução está predeterminada, não havendo liberdade de escolha do efeito jurídico para o aplicador. Ao contrário, haverá discricionariedade se a escolha da consequência fica ao alvedrio do aplicador (MOREIRA, 1988, p.65-66).

É nítida a diferença de posição entre Celso Antônio Bandeira de Mello, de um lado, e Garcia de Enterría e Fernández, Eros Roberto Grau e Barbosa Moreira, de outro. Para o primeiro, a utilização pelo legislador de palavras ou termos indeterminados não é suficiente para afastar o “mérito” ou discricionariedade do agir administrativo, desde que o administrador demonstre que, na situação específica em que se encontrava, várias soluções se lhe apresentavam como igualmente justas. Para os demais, não há falar em “mérito” ou discricionariedade, pois apenas uma solução justa — a que melhor atende o interesse público — se impõe ao administrador em qualquer caso. O ato administrativo poderá, então, ser invalidado caso qualquer interessado consiga demonstrar, em juízo, que havia outra solução melhor.

Além destas posições, há outras intermediárias, como a de Germana de Oliveira Moraes, para a qual haveria discricionariedade administrativa na formulação de conceitos expressos em termos indeterminados que envolvem prognóstico sobre pessoas, coisas ou processos sociais por intermédio de um juízo de aptidão para certos fins (MORAES, 1999, p.70), e ainda nos casos em que a significação dos termos indeterminados envolva um “*conflito axiológico*, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica” (MORAES, 1999, p.71).

Todas estas posições têm bons fundamentos e se encontram subscritas por juristas autorizados, e nisto se nivelam. A questão não reside em escolher qual a melhor em si mesma considerada, e sim qual a que melhor se ajusta à realidade brasileira, no estágio de desenvolvimento em que atualmente se encontram nossas instituições políticas e jurídicas, e em especial nossa administração pública.

Considerada a questão sob esta óptica, devem ser descartadas as teses que relativizam a vinculação decorrente de termos indeterminados. Sempre que ao administrador for reconhecida uma certa margem de liberdade decisória, a pretexto de que a cognoscibilidade humana é limitada, ou de que há várias soluções justas para um mesmo problema, ele dificilmente forcejará por encontrar e demonstrar objetivamente, em processo administrativo, qual a solução que melhor corresponde à finalidade legal. Em conseqüência, nossa administração pública jamais se desprenderá de suas tradicionais características de autoritarismo, pessoalidade, irracionalidade, ineficiência e imoralidade. Assim, só se pode acolher como adequada à nossa realidade a posição de Garcia de Enterría e Fernández, Eros Roberto Grau e Barbosa Moreira: os termos legais indeterminados vinculam integralmente o administrador, que fica obrigado não só a buscar a solução que melhor concretiza a finalidade legal, senão também a demonstrá-lo objetivamente em processo administrativo.

9.4. Vinculação da atividade administrativa por princípios jurídicos

Já em 1962, em conferência proferida na Universidade de Barcelona, Eduardo Garcia de Enterría destacou o papel dos princípios gerais do Direito como técnica de controle do poder discricionário da Administração e dos regulamentos normativos. Partiu da premissa de

que, diferentemente do poder legislativo e do Judiciário, a Administração está inteiramente submetida às leis e aos princípios gerais do Direito¹¹⁵. Além disto, acrescenta, o objeto do direito administrativo é um agregado caótico, contingente e ocasional de normas as mais diversas, que só podem ser inseridas e articuladas em um sistema coerente por meio de um esqueleto de princípios gerais. Como princípios gerais que dão consistência ao sistema e servem para conter os excessos da Administração, cita o princípio da proibição da iniquidade manifesta, o da vedação da irracionalidade, o da boa fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da natureza das coisas, o da igualdade, o da proteção aos direitos e liberdades fundamentais, e, em geral, todos os derivados das “decisões políticas fundamentais” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p.42-49, 94-96).

No âmbito da teoria geral do Direito, Norberto Bobbio afirmou que “os princípios gerais são normas como todas as outras”, argumentando que têm eles a mesma natureza das normas e servem aos mesmos fins (BOBBIO, 1989, p.158). Partindo desta premissa, conclui-se que eles incidem sobre toda a atividade administrativa, conformando-a. Não haverá caso em que não incida ao menos um princípio, dado o caráter abrangente dos princípios.

Se a administração pública está vinculada aos princípios gerais do Direito, ou seja, aos princípios induzidos das normas que integram o ordenamento jurídico, com maior razão está vinculada aos princípios constitucionais expressos, direta ou indiretamente a ela referidos. São princípios constitucionais expressos diretamente referidos à Administração Pública o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência (Const.

¹¹⁵ - É óbvio que, num Estado democrático de Direito, todos os poderes estatais estão vinculados à lei e aos princípios jurídicos. Mas enquanto o Legislativo pode revogar as leis, e o Judiciário invalidá-las por inconstitucionais, a Administração é um “poder subalterno” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 255), visto que, sujeito às leis, não as pode revogar, nem deixar de aplicá-las por inconstitucionais.

Fed., art. 37, *caput*). Princípios constitucionais positivados indiretamente referidos à administração pública, entre outros, são o da igualdade (Const. Fed., art. 5º, *caput*), o da razoabilidade ou devido processo legal no sentido substancial (Const. Fed., art. 5º, LIV), e o do devido processo legal no sentido formal (CF, art. 5º, LIV). Já em nível infraconstitucional, a Lei nº 9.784, de 1999, especifica, exemplificativamente, os seguintes princípios vinculantes da administração pública federal: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Demonstrada a força normativa dos princípios, projetada sobre a atividade administrativa, resta averiguar se é possível extrair daí deduções inovadoras no tocante ao controle judicial da discricionariedade ou do chamado “mérito” do agir da Administração.

Embora afirme que “a discricionariedade está vinculada aos princípios conformadores do sistema jurídico, mui especialmente ao princípio da proporcionalidade”, Juarez FREITAS (1997, p.42) não deixa de reconhecer que a Administração ainda possui um reduto intocável, o “mérito” (FREITAS, 1997, p. 39, 46). É visível a contradição em que incorre este autor: ou bem os princípios incidem sobre os espaços antes reconhecidos como de livre circulação do poder discricionário, com o que fica este arredado e esvaziada a noção de “mérito”, ou bem os princípios não incidem e remanesce o “mérito”. Por outra, ou bem os princípios pertinentes *incidem* sobre determinada ação administrativa, estando o administrador e por igual o juiz, como *aplicadores*¹¹⁶ da norma jurídica, *vinculados* àquela incidência, ou bem os princípios servem apenas como *recomendação* ao administrador, à qual não está jurídica, mas apenas ética ou moralmente vinculado.

¹¹⁶ - Não se deve olvidar a fundamental distinção entre “incidência” e “aplicação” das regras jurídicas (*supra*, nº 9.2).

Não muito diferente é a opinião de Germana de Oliveira Moraes sobre o tema. Para ela, os princípios, sejam os expressos e referidos direta ou indiretamente à Constituição, sejam os gerais do Direito, servem para o controle da atuação não-vinculada ou discricionária da Administração, aduzindo que este controle pelos princípios “somente se inicia depois de exaurir-se a sindicância à luz da legalidade” (MORAES, 1999, p.107). De novo surge a contradição, resultante da preservação do “mérito” da atividade administrativa. Se se afirma que a ação administrativa está vinculada às regras legais e ainda aos princípios, deve-se reconhecer que não há mais falar em atividade administrativa “não-vinculada” ou “discricionária”: haverá vinculação sempre, quando menos aos princípios.

Quais as razões desta autocontenção dos administrativistas, que ao mesmo tempo em que avançam em termos teóricos e abstratos (reconhecimento da vinculação por princípios), recuam em termos práticos (persistência da discricionariedade ou “mérito” da ação administrativa)? Duas respostas surgem como prováveis. A primeira é a importação de modos de pensar alienígenas, incompatíveis com a realidade brasileira. Se os autores alemães, franceses e portugueses dão a entender que se deve dar um “voto de confiança” à Administração, sob pena de engessá-la, aceita-se esta afirmação como dotada de validade universal, mesmo que o Brasil ainda tenha muito por caminhar para fazer jus a esta confiança. A segunda resposta é a dificuldade de pensar, em termos práticos, a aplicação da teoria. Encontrou-se novo instrumento, mas não se sabe o modo de manejá-lo.

Nenhuma destas possíveis explicações para a autocontenção de nossas administrativas se justifica. A do “voto de confiança” à Administração seria um privilégio para ela, pois nem mesmo o poder legislativo, no Brasil, goza de tal deferência, sendo, a todo momento, “bombardeado” pela crítica da opinião pública e pela

ação dos tribunais em ações diretas de inconstitucionalidade, isto apesar de a atividade legislativa só ter vinculação à Constituição, ao passo que a atividade administrativa está duplamente vinculada — à Constituição e às leis. Já o poder judiciário se encontra triplamente vinculado — à Constituição, às leis e ainda à provocação das partes, pois, diferentemente do Legislativo e da Administração, não pode agir por impulso próprio.

Também não se justifica a subutilização da nova técnica pela dificuldade de operá-la em termos práticos. A hermenêutica jurídica, a partir da contribuição teórica de DWORKIN (1984, p. 74-80), já esclareceu devidamente como operam os princípios, ao lado das regras. Para ele¹¹⁷, quando há a aparente incidência concomitante de mais de uma regra jurídica, surge um problema de antinomia, que se revolve pela exclusão das que não incidiram verdadeiramente por serem inválidas, conclusão a que se chega mediante o uso dos vários critérios hermenêuticos (cronológico, hierárquico, de especialidade e outros)¹¹⁸. Quando, porém, aparentemente incidem mais de um princípio, deve o aplicador da norma jurídica levar em conta a força ou o peso de cada um deles, para indicar aquele que de fato incidiu. Por fim, como observa Eros Grau, não há conflito direto entre regras e princípios, porque, sendo as primeiras mera concretização de princípios, ficam afastadas as regras que concretizam princípio que não incidiu (GRAU, 1990, p.134).

Dois casos servirão para demonstrar de que forma incidem os princípios sobre a chamada atividade administrativa “vinculada” e também sobre a “discricionária” (ou “não-vinculada”). Primeiro caso: num concurso público (procedimento tido como plenamente vinculado), vários princípios estão em jogo — o da

¹¹⁷ - Este “para ele” deve ser entendido em termos. É uma síntese apertada do que se entendeu que Dworkin disse, na tradução espanhola de seu livro, utilizando-se, ainda, da interpretação de Eros Roberto GRAU (1990, p.107-134). De resto, adaptaram-se as idéias à distinção conceitual entre “incidência” e “aplicação” das normas, conforme indicado no n° 9.2, supra.

¹¹⁸ - Os critérios de solução das antinomias são exaustivamente abordados por BOBBIO (1989, p.91).

igualdade (entre os candidatos), o da finalidade (escolha dos melhores candidatos), o da legalidade (respeito às regras do edital) etc. Muitas vezes, os candidatos pedem administrativamente certa pontuação, demonstrando que determinada questão tinha mais de uma resposta correta, e que foi respondida por eles corretamente, e outras vezes pedem a desconsideração de questão, por incluir matéria não constante no edital, com o que seria elevada proporcionalmente a nota. Ora, não há dúvida de que, num concurso público, fator preponderante é o princípio da igualdade entre os candidatos, pois nenhum concurso visa à escolha do melhor candidato, mas do melhor *entre os que se submeteram ao mesmo teste*. Portanto, a administração pública e mesmo o Judiciário não podem acolher a reclamação do candidato que se diz prejudicado, senão estendendo a solução para todos os demais¹¹⁹. Releva observar que embora os procedimentos concursais tenham sido sempre considerados plenamente vinculados (às regras legais), a solução do caso não é dada por regra legal ou do edital, mas por um princípio. Segundo caso: em se tratando de nomeação para cargo em comissão, não há nenhuma regra legal quanto aos critérios de escolha. Mas há vários princípios, que, neste caso específico, incidem conjuntamente, por serem uns complementares dos outros. Assim, o princípio da moralidade administrativa vedará a nomeação de parente sem qualquer preparo para o cargo; os princípios da eficiência, finalidade e interesse público, conjugados, determinarão a

¹¹⁹ - É por esta razão que o Supremo Tribunal Federal (cf., entre outros, o acórdão no MS nº 21.176-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Aldir Passarinho, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 137, p. 194-197, e o acórdão no RE nº 268.244-CE, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, publicado oficiosamente no Informativo do STF nº 188, de 17 de maio de 2000, p. 2), e, na sua esteira, os demais tribunais brasileiros, têm rechaçado este tipo de pretensão, diante da impossibilidade de estender o benefício dado ao autor da ação a todos os demais candidatos. Se o Judiciário concedesse pontuação a apenas um candidato, pensam, estaria quebrando a regra básica do jogo, que é a igualdade. Esta solução, embora não seja desarrazoada, não é a melhor, pois, como afirma Ferrajoli, as garantias do cidadão se exercem “contra a maioria” e inclusive “contra a utilidade geral, tendo como fim exclusivo a tutela dos direitos individuais” (FERRAJOLI, 1997a, p.860). Portanto, a Administração ou o Judiciário, a pretexto de atenderem os interesses de u’a maioria que não reclamou, ou da própria utilidade geral (tratamento isonômico), não podem deixar de satisfazer o direito individual do candidato que apresenta reclamação procedente. A solução adequada será, pois, dar razão ao

nomeação de pessoa com aptidão suficiente para o cargo; e o princípio da motivação implicará em que as virtudes do escolhido sejam objetivamente demonstradas¹²⁰.

Diante do exposto, é de rigor concluir que toda a ação administrativa deve estar conformada aos princípios. O controle desta conformação não implica na substituição de critérios subjetivos da Administração por critérios também subjetivos do juiz, mas em exigir-se que a atividade administrativa tenha “uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral”, como observam GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (1990, p.410).

9.5. O recém-introduzido princípio da eficiência administrativa e suas virtualidades para o controle judicial

Embora a administração pública burocrática, segundo o tipo ideal descrito por Weber, já devesse ser eficiente, certo é que apenas com o modelo gerencial de Administração desenhado pelos idealizadores da reforma administrativa atualmente em curso no Brasil, o princípio da eficiência da Administração foi definitivamente assumido pelo discurso oficial e inscrito na Constituição (Emenda Constitucional nº 19, de 1998, art. 3º) e na legislação ordinária (Lei nº 9.784, de 1999, art. 2º, *caput*).

Desde que se reconheça que o princípio da eficiência não se reduz à eficiência econômica, mas deve ser tomado em sentido amplo (cf. Cap. 7, nº 7.6 e notas), e que é vinculante para a Administração,

reclamante, mas estender, de ofício, a solução, no que couber, aos demais candidatos. O reclamante poderia ser tomado como “substituto processual” dos demais.

¹²⁰ - O quadro oposto, em que ausente qualquer vinculação jurídica, é retratado pitorescamente pelo escritor Lima Barreto (1881-1922), que mostra como funcionava, nos “Estados Unidos da Bruzundanga” (isto é, na República Velha), o “poder discricionário” das altas autoridades administrativas na nomeação para cargos de provimento em comissão, nestes termos: “(No Gabinete do Ministro) — O senhor quer ser diretor do Serviço Geológico da Bruzundanga? pergunta o ministro. — Quero, Excelência. — Onde estudou geologia? — Nunca estudei, mas sei o que é vulcão. — Que é? — Chama-se vulcão a montanha que, de uma abertura, em geral

amplas perspectivas se abrem para o controle judicial da atividade administrativa. Com efeito, partindo-se da premissa de que o campo da eficiência é todo aquele em que a atividade administrativa esteja vinculada a regras técnicas ou a conhecimentos científicos, força é concluir que se determinados problemas comportam solução técnica ou científica, e não política ou moral, cabe a intervenção judicial¹²¹.

Para tanto, necessário se distingam regras técnicas e conhecimentos científicos de um lado, e normas jurídicas de outro lado, assim como os campos de incidência respectivos. As regras técnicas e os conhecimentos científicos indicam os meios aptos para a Administração atingir objetivos com eficiência. Portanto, não basta que os objetivos sejam atingidos, pois os custos implicados, inclusive os sociais e os ambientais, entre outros valores públicos e coletivos, são importantes. Já as normas jurídicas indicam como a Administração deve conduzir-se nas suas relações com os administrados para que seja válida a conduta. No primeiro caso, se o objetivo não é atingido, ou o é com custos acima do exigível, a ação foi ineficiente, cabendo sanção a seu responsável, por imperícia decorrente da inobservância das regras técnicas aplicáveis ou da desconsideração dos conhecimentos científicos exigíveis, assim como a correção dos rumos respectivos. No segundo caso, a ação será ilícita e seus efeitos tornados inválidos. Os efeitos reversíveis serão desfeitos, e será aplicada sanção ao responsável pela conduta ilícita, independentemente de culpa, pois neste caso a responsabilidade é objetiva¹²².

no cimo, jorra turbilhões de fogo e substâncias em fusão. — Bem. O senhor será nomeado.” (BARRETO, s/d, p.98).

¹²¹ - Numa entrevista, perguntou-se a Chomsky se ele era favorável à utilização da energia nuclear. A sua resposta foi na linha proposta acima: “Não. Acho que não há ninguém que seja favorável à energia nuclear, nem mesmo entre os empresários, porque ela é cara demais. Minha posição é de que devemos ser racionais, o que significa reconhecer que o problema não é moral, e sim técnico. É preciso indagar quais são as conseqüências do uso da energia do átomo, e examinar as alternativas” (CHOMSKY, 1997, p. 130).

¹²² -São responsáveis, objetivamente, quaisquer autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado a ação ilícita, inclusive os que, por omissão, houverem dado oportunidade à sua prática (Lei nº 4.717, de 1965, art. 6º, *caput*).

9.6. Vinculação da Administração por diretrizes

Como já antes referido (nº 9.2), as diretrizes (chamadas *policy* por Ronald Dworkin e normas-objetivo por Eros Roberto Grau) não deixam de ter certa densidade normativa, podendo por isso ser classificadas dentro do gênero norma. Contudo, a densidade normativa das diretrizes é significativamente mais baixa que a das normas em sentido estrito e pouco mais baixa que a dos princípios. Em conseqüência, o efeito vinculante das diretrizes é diferente do efeito vinculante das normas em sentido estrito e dos princípios.

Para bem entender o tipo de vinculação que as diretrizes estabelecem, é preciso partir da distinção entre comando (lei) e conselho, elaborada originariamente pelos jusnaturalistas, como HOBBS (1992, p. 237). Basicamente, o comando deve ser obedecido por força da autoridade mesma de quem o emite, independentemente da apreciação de seu conteúdo, ao passo que o conselho pode ser atendido ou não, conforme o seu conteúdo.

Partindo dessas duas categorias bem distantes entre si, Bobbio refere que há uma categoria intermediária entre elas, que é justamente a *diretriz*. “Esta — afirma ele — é a prescrição dada por um órgão superior a um inferior e à qual este último obedece somente se estiver de acordo, mas se não obedecer deverá motivar o seu dissenso. A diretriz importa, conseqüentemente, sempre uma obrigação: ou de obedecer ou de motivar a não-obediência, enquanto o conselho não implica sequer esta segunda obrigação” (BOBBIO, 1995, p.184).

O conceito de diretriz, assim formulado por Bobbio, é bastante útil, mas não pode ser aplicado sem reservas no âmbito do direito público, em que o fator dominante, como bem assentou Ruy Cirne Lima, não é vontade, mas sim a finalidade (LIMA, 1982, p.52). Deste modo, se no âmbito do direito privado seria admissível que o destinatário de uma diretriz deixasse de segui-la ao fundamento de que

não convém aos seus interesses, já ao administrador público não é dado reavaliar as razões que o seu órgão hierarquicamente superior, ou o legislador, tenha seguido para ditar a diretriz. Ainda assim, a diretriz poderá deixar de ser atendida se houver absoluta impossibilidade de implementá-la, devidamente motivada.

Em decorrência, serão nulos os atos da Administração que deixarem de atender, sem fundamentação válida, a diretriz que, estipulando objetivo negativo (um não-fazer), tenha incidido no caso concreto. E será inconstitucional ou ilegal, conforme o caso, o omitir-se a Administração em obedecer diretriz que estipule um objetivo positivo (um fazer). Neste último caso, lícito é ao poder judiciário emitir ordens à Administração para fazer valer a diretriz.

O controle judicial da Administração com base em diretrizes (inscritas na Constituição, nas leis, em regulamentos, portarias ou ordens de serviço) pode servir para reduzir sensivelmente a chamada discricionariedade ou “mérito” da conduta administrativa. Como já referido, as diretrizes não são conselhos, que o administrador atende apenas se concordar com o seu teor. Possuem um certo grau de comando, impondo um fazer ou um não-fazer, a que o administrador público está em tese obrigado, ressalvada a existência de fundadas razões *jurídicas*, devidamente demonstradas, para a não-obediência. Razões de Estado ou razões de conveniência e/ou oportunidade administrativa não configuram objeção válida para o não-cumprimento de diretrizes.

Capítulo 10: Redefinição do objeto do controle judicial da Administração

10.1. Superação da doutrina do controle dos “atos” administrativos

Até hoje, o direito administrativo praticamente ainda circunscreve o controle judicial da administração pública a uma das específicas manifestações desta — os “atos” administrativos, aí incluídos também os atos bilaterais ou contratos. Em consequência, remédios jurídicos como o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, foram concebidos pelo direito administrativo brasileiro para controlar atos de efeitos concretos, que possam lesar direito, deste modo restaurando a ordem legal, que foi de alguma forma perturbada.

Entretanto, o mundo contemporâneo já não se contenta com uma administração pública da época do Estado liberal, limitada a conservar a ordem social, debelando focos isolados de perturbação. Agora, o Estado e especialmente seu braço ativo, a Administração, têm de promover o desenvolvimento social, definindo e implementando políticas públicas. Mediante atos isolados e concretos, a Administração ainda afeta interesses individuais; mas é mediante políticas públicas

que são afetados interesses coletivos e difusos, que respeitam a partes ou a todos os membros do corpo social.

Por outro lado, com o declínio do Estado legislativo, a administração pública passou a exercer ampla função normativa. A maior parte do poder normativo da Administração consiste no exercício daquilo que já se chamou “capacidade normativa de conjuntura”, ou seja, o regramento de situações transitórias ou urgentes. São decretos regulamentares de leis, instruções normativas, resoluções e outras espécies normativas infralegais, pelas quais a Administração atua no dia-a-dia. A despeito disto, o direito brasileiro ainda não conhece qualquer remédio judicial específico para invalidar, por ilegalidade, atos normativos da Administração¹²³.

Como já se viu no Capítulo 8, a atividade da administração pública contemporânea se faz cada vez mais “processualizada”. Mas se o processo administrativo é mecanismo de eficiência da Administração e de proteção dos direitos dos administrados, também esta forma de atividade administrativa deve estar sujeita a controle judicial, sob pena de converter-se em instrumento de mera “legitimação pelo procedimento” (LUHMANN, 1980), sem que seja alcançado o interesse público.

De resto, o modelo de administração pública dos novos tempos está promovendo a chamada “contratualização” no setor público, consistente na adoção de técnicas empresariais em certas esferas administrativas (administração por resultados). Assim, o documento oficial denominado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” (BRASIL, 1995), dispôs que a relação entre o núcleo estratégico do Estado, ao qual cabe a definição das políticas públicas, e

¹²³ - O Supremo Tribunal Federal não controla a legalidade de atos normativos infralegais do Poder Público, mas apenas a constitucionalidade, frente à Constituição Federal, de atos normativos autônomos, equiparados à lei (cf., entre outros, acórdão na ADIn nº 2006/DF-Medida Cautelar, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 170, p. 845 e segs.).

as agências executivas, as organizações sociais, as sociedades de economia mista e empresas públicas dar-se-á por meio de contrato de gestão, mecanismo pelo qual se confere maior liberdade de gestão aos órgãos de execução administrativa, controlada por objetivos contratualmente estabelecidos.

Do exposto resulta que está definitivamente superado o paradigma de controle da Administração pelos seus *atos* (de efeitos concretos). O novo controle, que se propõe nesta Tese, invasivo do mérito, deve ter como objeto, conforme se demonstrará a seguir¹²⁴, *também* (a) as políticas públicas, (b) o poder normativo da Administração, (c) o processo administrativo e (d) o contrato de gestão, como importantes manifestações da *atividade* ou *ação administrativa*.

10.2. Controle judicial das políticas públicas

Enquanto no passado a administração pública tinha por função básica manter a ordem social, hoje a sua função primordial é impulsionar o desenvolvimento econômico e social. As grandes questões que lhe são afetas não são problemas conjunturais, de curto ou médio prazos, mas sim questões estruturais, solucionáveis apenas a longo prazo, em vários períodos de governo. A Administração não se limita a *executar* as leis, porque as leis já não são um comando que se possa executar. Cabe-lhe, agora, *agir de acordo com* as leis. O grosso da função administrativa não consiste mais em atos concretos, de natureza executiva, e sim na elaboração e implementação de “políticas públicas”. Substitui-se, enfim, o Estado-legislativo, produtor de leis (*government by law*) pelo Estado-administrativo, produtor e implementador de políticas públicas (*government by policies*), como refere COMPARATO (1989, p.102). Este mesmo fenômeno foi caracterizado por Bertrand de Jouvenel como a transformação de um regime *nomocrático*, isto é, um

¹²⁴ - Exceto o processo administrativo, que já foi examinado no Capítulo 8, *supra*.

governo de normas, para um regime *telecrático*, ou seja, um governo de objetivos (JOUVENEL, 1978, p. 332)¹²⁵.

Embora seja corrente o uso da expressão “políticas públicas”, o seu significado é ainda impreciso. Enquanto a ciência da administração já estuda, há muito, a categoria das “políticas”, o direito administrativo ainda a desconhece. Necessário, portanto, se busque uma definição do que sejam políticas públicas, ao menos para efeito da presente Tese.

Para a ciência da administração, uma *política* é “um padrão de decisão para problemas recorrentes de natureza semelhante” (JUCIUS; SCHLENDER, 1981, p. 75). “As políticas proporcionam orientação uniforme e consistente nos casos de problemas, questões ou situações que se repetem freqüentemente” (JUCIUS; SCHLENDER, 1981, p.177). Ao mesmo tempo que concretizam princípios, as políticas são concretizadas por regras, pois ficam entre a generalidade dos primeiros e a especificidade das últimas. A estipulação de políticas permite uma atuação coerente, no espaço e no tempo: sem elas, seria impossível não só a descentralização, senão também a continuidade administrativa. As políticas conduzem a ação para certos objetivos, mas não se identificam com os objetivos (JUCIUS; SCHLENDER, 1981, p.176-178).

Segundo Fábio Konder Comparato, a política pública (ou programa de ação) tem início com uma decisão geral, equivalente à fixação da estratégia na conduta militar, e depois se desenvolve, no campo tático, por meio de múltiplas decisões parciais, decorrentes da opção original, tomadas em função da evolução da conjuntura e do próprio teor das decisões anteriores. Toda política pública supõe uma

¹²⁵ - Conforme Bertrand de Jouvenel, “num regime nomocrático puro, as autoridades não terão objetivos; estes serão formulados pelos particulares, individualmente ou em associação, e o âmbito das suas atividades será fixado pelo legislador e protegido pelo poder executivo. (...). O caráter telocrático surge com a fixação, pelas autoridades públicas, dos objetivos que elas se proponham a alcançar” (JOUVENEL, 1978, p.322).

prévia elaboração técnica, que fixe objetivos e defina os recursos e meios de ação (COMPARATO, 1985, p.408). Por outro lado, e segundo o mesmo autor, a política pública constitui um *tertium genus*, ao lado das normas e dos atos, que são categorias tradicionais com que trabalha a ciência jurídica. Seria ela, antes de tudo, uma “atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Apesar disso, o seu regime jurídico não se confunde com o dos atos nem o das normas que a compõem. Daí que uma lei, editada no âmbito de uma determinada política pública, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Do mesmo modo, uma política pública, em razão da finalidade a que se vincula, pode ser julgada incompatível com a Constituição, sem que os atos administrativos que a concretizem, ou as normas que a regem, sejam em si mesmo inconstitucionais (COMPARATO, 1997, p.18). Em outra oportunidade, Comparato classifica as políticas públicas, do ponto de vista da teoria política, como espécie do gênero “decisão política”, ao lado das decisões pontuais, nestes termos:

“Decisões pontuais e políticas públicas.

São pontuais as decisões isoladas, que não se inserem, necessariamente, num programa de governo. Ex.: a nomeação de um funcionário público.

Políticas públicas são programas de ação, para a realização de objetivos de interesse público. Características das políticas públicas:

- a) duração prolongada e efeitos a longo prazo.
- b) complexidade: englobam várias decisões interligadas, de natureza preparatória ou executiva.
- c) coerência interna, em função dos objetivos colimados” (COMPARATO, 1995, p. 2).

Eros Roberto Grau, a seu turno, observa que o Estado contemporâneo já não se imiscui na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança, mas passa a desenvolver novas formas de atuação, fazendo uso do direito positivo como instrumento de implementação de *políticas públicas*, ou seja, atua menos como *terceiro-árbitro* do que como *terceiro-ordenador*. Por isso,

entende que “a expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”, de sorte que “o *direito* é, ele próprio, uma *política pública*” (GRAU, 1998, p.22).

Diante destas proposições, é possível estipular uma definição de políticas públicas, consideradas as seguintes características: a) são formas de ingerência ordenada ou planejada do Estado na ordem social; b) têm efeitos prolongados, destinando-se a resolver problemas de longo prazo; c) implicam a adoção dos meios apropriados e a aplicação adequada de recursos para atingir fins determinados; d) possuem regime jurídico distinto dos atos que as implementam e das diretrizes normativas pelas quais se pautam; e) correspondem à função planejadora da Administração, devendo estar fundamentadas em prévio plano ou projeto. Assim, *política pública* pode ser definida como *atividade administrativa baseada em orientação geral, inserida na função de planejamento, que visa, intervindo na ordem social, a alcançar, mediante decisões, atos executivos e procedimentos administrativos, determinados objetivos de longo prazo, estipulados em normas-objetivo ou diretrizes normativas.*

Se já é dificultosa a programação e a implementação de políticas públicas no Brasil, visto que os governantes-administradores (presidente da república, governadores, prefeitos) sempre dão preferência a projetos de curto ou médio prazos, que possam ser executados no curso de um mandato e rendam “dividendos eleitorais”, mais difícil ainda é falar em um controle judicial das políticas públicas, sendo certo que nossa tradição jurídica só conhece, de um lado, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos autônomos, e, de outro lado, o controle da legalidade/constitucionalidade dos atos administrativos.

Que à nossa tradição jurídica soe estranho falar em controle judicial das políticas públicas não significa de forma alguma que não haja fundamento para semelhante controle no ordenamento jurídico brasileiro. Embora *do ponto de vista material* as políticas públicas estejam na linha limdeira entre política e administração, considerados os seus efeitos prolongados e irreversíveis, a sua repercussão social e o *status* dos órgãos que por elas se responsabilizam, o que interessa, para que se submetam ao direito administrativo, é apenas, segundo GARCÍA DE ENTERRÍA (1983, p. 54-56), o seu *regime jurídico*, é a simples razão de poderem ser imputadas à administração pública como pessoa jurídica. Portanto, as políticas públicas estão sujeitas ao controle judicial como os atos em geral da administração pública.

Duas perspectivas se abrem, então, à implementação do controle judicial das políticas públicas no Brasil.

A primeira alternativa é aquela alvitrada por Fábio Konder Comparato, no seu “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas” (COMPARATO, 1997, p. 11-22), na linha da nossa tradição. Consiste na abertura de caminhos a partir de cima, pela Constituição e pela legislação, as quais estabeleceriam uma ação judicial específica, os órgãos legitimados para propô-la, os órgãos competentes para julgá-la e o procedimento judicial respectivo, tal como feito antes com o mandado de segurança, com a ação popular e com a ação civil pública. Tem esta alternativa a vantagem de queimar etapas. Dificilmente será, porém, a lei que os controladores querem, mas apenas aquela que os futuros controlados concedem.

A segunda alternativa é a construção do controle judicial das políticas públicas a partir de baixo, com as ferramentas atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Seria o caminho da “luta pelo Direito”, de que fala Rudolf von IHERING (1980). Desde que o nosso

ordenamento jurídico passou a reconhecer amplamente a defesa de direitos difusos e coletivos, não há como negar legitimidade ao Ministério Público e às entidades de defesa desses interesses para questionarem em juízo decisões administrativas, fundamentadoras de políticas públicas, que não afetam a ninguém particularmente, mas à comunidade toda. A lei da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 1985) revela-se, no particular, mais adequada para postular o controle de políticas públicas, pois pode ter por objeto, além daqueles elencados em seu artigo primeiro, ainda “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (artigo 1º, inciso IV), e não é, como a ação popular (Lei nº 4.717, de 1965), apenas ressarcitória, mas visa também, mediante a imposição de obrigação de fazer ou não fazer, à tutela específica, ao retorno ao *statu quo ante* e à correção de rumos (artigo 3º). Contudo, para que esta alternativa seja implementada é necessário que os interessados levem ao Judiciário postulações fundamentadas, e que o Judiciário exerça com amplitude o controle jurídico que lhe foi reservado pela Constituição, em vez de adotar uma postura de autocontenção e deferência ante a Administração.

Como quer que seja, pouco adiantará um controle judicial de políticas públicas que não seja também e principalmente um controle do seu “mérito”. Com isto, quer-se dizer que deverá ser apreciada, inicialmente, a oportunidade, a conveniência e os objetivos da política pública em confronto com as normas-objetivo e com os princípios constitucionais e legais que regem a administração pública. Num segundo momento, deverá ser examinada a implementação da política pública, segundo os vários critérios desenvolvidos pela ciência da administração: avaliação de meios, quantitativa ou material, do grau de realização dos objetivos assinados, de produção e de satisfação geral.¹²⁶

¹²⁶ - Segundo Fábio Konder Comparato, “a avaliação dos meios consiste na verificação de que os recursos previstos foram efetivamente aplicados. A avaliação quantitativa analisa os resultados materiais do efetivo emprego dos recursos utilizados (quantos quilômetros de

10.3. O controle judicial da atividade normativa da Administração

Tornou-se lugar-comum, no Brasil, falar-se em predomínio do Executivo sobre os demais poderes. Trata-se de uma falsa impressão, que deriva do fato de que o Executivo é o nome que se dá ao conjunto de órgãos que exercem duas funções distintas — o governo e a administração. A rigor, é a administração pública, como conjunto de órgãos e pessoas administrativas, que predomina no âmbito interno do Estado, e tanto isto é certo que há autores, como García de Enterría e Fernández, que vão ao ponto de afirmar que “somente a Administração Pública está realmente personificada dentro do vasto complexo orgânico que chamamos Estado” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p.37).

Este predomínio de fato da Administração se dá, em grande medida, em decorrência do exercício de uma ampla função normativa regulamentar, que inclui, no plano federal, decretos de execução do Presidente da República (Constituição, art. 84, inciso IV) e uma série de outros atos normativos inferiores, como instruções normativas, resoluções, ordens de serviço, despachos normativos, expedidos por ministros de Estado, secretários dos ministérios, presidentes das autarquias e dos colegiados das agências reguladoras e outros.

As atribuições normativas da administração pública crescem não só em decorrência do fato, tantas vezes sublinhado, de que novas funções são naturalmente absorvidas por ela, senão também em virtude de uma progressiva atenuação da densidade normativa das leis,

estradas foram concluídos, quantas pessoas foram contratadas para o desempenho de determinada tarefa, quantos créditos abertos, etc.). O grau de realização dos objetivos da política avaliada é medido pela mudança efetiva de situação ou de comportamento de indivíduos ou grupos aos quais se dirige tal política. A produtividade, como medida de eficiência, relaciona os efeitos do programa de ação com os esforços ou custos de sua realização. Finalmente, a avaliação da satisfação coletiva procura apurar em que medida os administrados sentem que foram respondidas suas demandas ou necessidades expressas” (COMPARATO, 1985, p.409).

cada vez mais reduzidas a princípios e diretrizes, provocada pela incapacidade das casas legislativas de enfrentar questões cada vez mais complexas e técnicas, que exigem antes prognóstico do futuro do que diagnóstico do presente. Assim, à medida que as leis perdem densidade semântica, o âmbito normativo dos regulamentos se dilata.

Este quadro tende, no Brasil como no mundo, a exacerbar-se, visto que, se de um lado a política de privatização das empresas estatais tem diminuído o tamanho do Estado-empresário, de outro lado vem aumentando a olhos vistos a musculatura do Estado-regulador¹²⁷, dotado de amplísimos poderes regulamentares em decorrência do fenômeno da “deslegalização”¹²⁸, pelo qual o legislador delega competência às agências reguladoras para normatizar as atividades que lhes incumbem.

Paradoxalmente, não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhum mecanismo processual de controle direto e abstrato da legalidade dos regulamentos administrativos. E, como o Supremo Tribunal Federal não aceita controlar a constitucionalidade dos regulamentos administrativos, a pretexto de que o caso não se insere no plano da constitucionalidade, mas no da pura legalidade, ficam os administrados sem uma reação pronta e expedita contra os regulamentos ilegais, o que estimula a administração pública a agir arbitrariamente.

¹²⁷ - Até junho de 2001, já haviam sido criadas, no plano federal, as seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427, de 1996), Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997), Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478, de 1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782, de 1999), Agência Nacional de Saúde Complementar (Lei nº 9.961, de 2000), Agência Nacional de Águas (Lei nº 9.984, de 2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei nº 10.233, de 2001), e estava em discussão pública o anteprojeto de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

¹²⁸ - Segundo Garcia de Enterría e Fernández, chama-se “deslegalização à operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre tal tema à disponibilidade da potestade regulamentar da Administração” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p.296).

Por outro lado, embora se afirme, no plano teórico, que os funcionários administrativos não estão obrigados a cumprir os regulamentos ilegais, porque a tanto não vai o princípio da subordinação hierárquica¹²⁹, a sociologia da administração aponta em outra direção. Os órgãos administrativos de execução limitam-se a cumprir os regulamentos: a) porque os entendem como ordens superiores; b) porque são mais inteligíveis e detalhados do que o texto legal; c) porque o texto das leis não lhes foi encaminhado; d) porque a lei do esforço menor desestimula o exercício da atividade de controle da legalidade dos regulamentos; e) porque descumprir os regulamentos traria incômodos e prejuízos funcionais.

No direito espanhol, existe um recurso direto contra os regulamentos, de competência da jurisdição contenciosa-administrativa, pelo qual pode ser obtida a declaração de nulidade do regulamento viciado, com efeitos *erga omnes*. Assim, além da finalidade purgativa do ordenamento jurídico, evita-se o ajuizamento de um sem-número de litígios decorrentes dos atos de aplicação do regulamento ilegal (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p.245).

No Brasil, a ação civil pública em defesa de direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos tem sido utilizada à falta de um recurso direto contra os regulamentos ilegais, devido aos seus efeitos abrangentes. No entanto, como o Governo Federal, por meio de legislação provisória sucessivamente reeditada, tem buscado reduzir o círculo de abrangência da ação civil pública, chegando já às raias do estrangulamento¹³⁰, não há dúvida de que uma ação direta contra os regulamentos ilegais é instrumento necessário a evitar que o ciclópico

¹²⁹ - Neste sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (1990, p. 239).

¹³⁰ - Veja-se o art. 16 da Lei nº 7.374, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação da Lei nº 9.494, de 1997, e as sucessivas modificações introduzidas nesta última pela Medida Provisória nº 2.102, de 2001. Confira-se, ainda, o artigo "Réquiem para a Ação Civil Pública", de Cassio Scarpinella Bueno, publicado no Boletim dos Procuradores da República, ano III, nº 31, p. 3-11, novembro de 2000.

poder regulamentar da administração pública se converta em fonte de arbitrariedades.

10.4. Controle judicial da atividade administrativa vinculada por contrato de gestão

A técnica do contrato de gestão consiste basicamente em conferir maior flexibilidade a uma entidade administrativa para que ela, em troca, atinja após certo tempo as metas que lhe forem fixadas. Esta flexibilidade significa maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira do que ela teria se não houvesse celebrado o contrato de gestão, permanecendo no âmbito da chamada administração pública burocrática. Com o contrato de gestão, ingressa na Administração gerencial. A natureza contratual da relação que se forma entre o Poder Público e os administradores é revelada pela comutatividade que a permeia: maior autonomia *em troca de* melhor desempenho¹³¹.

Aos objetivos da presente Tese não interessa o estudo dos antecedentes e das experiências feitas pelos vários países no campo da chamada “contratualização” administrativa. Cabe, sim, examinar qual é a conformação dogmático-jurídica deste novo artefato administrativo, assim como as implicações para o controle do mérito da atividade administrativa.

O contrato de gestão foi originariamente previsto, no Brasil, pelo Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991, sendo aplicável às empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais entidades sob controle direto

¹³¹ - Para MOREIRA NETO (1998, p. 50-51), a expressão “contrato de gestão” é inadequada, pois as relações que se estabelecem entre o Estado e a entidade contratada *não são contratuais*. Segundo este autor, não são pactuadas *prestações recíprocas*, resultantes do sinalagma, voltadas à satisfação *de interesses de cada uma das partes em separado*, mas

ou indireto da União). Permitiu-lhes ficarem isentas do sistema de autorização prévia do art. 31, inciso II, do mesmo decreto. Depois, a legislação estendeu o contrato de gestão às *agências executivas*, reguladas pelo decretos n°s 2.487 e 2.488, ambos de 2 de fevereiro de 1998, assim como às *organizações sociais*, reguladas pela Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998. Por fim, o contrato de gestão, como mecanismo para maximizar a eficiência administrativa, foi constitucionalizado pela Emenda Constitucional n° 19, de 04.06.1998, que acrescentou §8° ao art. 37 da Constituição, com o seguinte teor:

§8° A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

A “contratualização” da Administração pode ser implementada não apenas no setor das atividades exclusivas da Administração, no qual se localizam as agências executivas, mas ainda no setor dos serviços não-exclusivos, em que se situam as organizações sociais, e enfim no setor de produção para o mercado, onde se colocam as empresas controladas pela Administração. Como já referido, a contratualização começou no Brasil no âmbito deste último setor, o das empresas estatais, e avança agora em direção aos setores público estatal e público não-estatal.

A Emenda Constitucional n° 19, de 1998, ao dar nova redação ao parágrafo único do art. 70 da Constituição, tornou certo

ambas ajustam prestações *concorrentes*, dirigidas à satisfação *de um mesmo interesse público que lhes é comum*.

que, independentemente da natureza jurídica da entidade (pública estatal, pública não-estatal ou privada), sempre que *utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária*, fica sujeita à obrigação de prestar contas. A obrigação estende-se solidariamente às pessoas físicas, para efeito de serem responsabilizados todos os que administram ou gerenciam dinheiros públicos. A obrigação de prestar contas se dá tanto perante o tribunal de contas, como perante o poder judiciário, quando provocado.

Estão sujeitos ao controle judicial não apenas os termos do contrato de gestão, mas especialmente o seu cumprimento pelas partes, como contrato de trato sucessivo que é. Considerando que o instrumento contratual deverá apontar as metas de desempenho dos administradores e os critérios de avaliação respectivos, assim como as obrigações do poder público, especialmente a de repasse regular das verbas orçamentárias, o controle judicial mostra-se, em tese, factível, e servirá para compelir qualquer das partes a cumprir suas obrigações, e até mesmo para anular o contrato, quando inválido, ou rescindi-lo, quando inexecutável.

Duas as dificuldades que se apresentam à implementação do controle judicial da “contratualização” administrativa, controle judicial que é nitidamente *de mérito*, porque não ficará nas formalidades legais, envolvendo o desempenho mesmo do administrador. A primeira diz respeito ao processo judicial, especialmente à instrução processual ou ao modo como o juiz poderá esclarecer-se plenamente sobre os fatos e circunstâncias da controvérsia. No Capítulo 12 da presente Tese formulam-se algumas propostas para fazer o processo judicial “aderir” a esta nova realidade.

Já a segunda das dificuldades respeita à provocação do controle judicial. Quem está, atualmente, melhor preparado para exercer esta provocação? Sem dúvida alguma, o Ministério Público. Fiscalizar o desempenho da Administração é coisa muito mais complexa do que fiscalizar o respeito ao meio ambiente, caso em que as associações e entidades da sociedade civil, e mesmo o cidadão, revelam razoável aptidão. É preciso certa dose de autoridade para obter as informações necessárias ao acompanhamento da atuação das entidades administrativas. O Ministério Público tem esse poder (Constituição, art. 129, incisos II, III e VI).

Se está o Ministério Público em tese preparado para provocar, adequadamente, o controle judicial da “contratualização” administrativa, *in concreto* não acordou para esta nova missão, pois grande parte de seu contingente funcional envolve-se com formalidades burocráticas inúteis e sem fundamento constitucional, como é o caso do proferimento de pareceres em *todos os processos de mandado de segurança*¹³² e da intervenção em *quase todos os processos que tramitam nos tribunais*¹³³, mesmo que em um e outro casos não haja interesse público ou de incapazes. Enquanto não passar por uma reforma gerencial, que o libere das tarefas inúteis que voluntariamente assume para ficar semiparalisado¹³⁴, o Ministério Público não estará preparado

¹³² - Art. 10 da Lei nº 1.533, de 1951, interpretado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não basta, em processo de mandado de segurança, a intimação do Ministério Público para opinar, sendo necessário o seu efetivo pronunciamento (Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 29.430-1-AM, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, acórdão publicado no Diário da Justiça da União de 5 fev. 1996, Seção 1, p. 1341, maioria).

¹³³ - Exemplificativamente, o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a redação do Assento Regimental nº 31, de 2001, estabelece, entre várias hipóteses, que cabe a intervenção do Ministério Público “nas ações em que se discutir matéria constitucional” (art. 53, XI). Nesta moldura se enquadra a maior parte dos feitos que tramitam na Justiça Federal, mais exatamente quase todas as demandas tributárias e as de retificação de índices de correção dos saldos das contas de FGTS. No âmbito das justiças estaduais, há a praxe tanto antiga quanto ilegal de os promotores de justiça, instados pelos juízes, oficiarem em todos os feitos em que a Fazenda Pública toma parte, independentemente de ficar demonstrada a existência de interesse público.

¹³⁴ - Deve-se ressaltar que vários agentes do Ministério Público, mas sempre os que atuam junto ao primeiro grau de jurisdição, têm-se rebelado contra este estado de coisas, recusando-se expressamente a emitir pareceres quando não há fundamento constitucional para tanto. A

para assumir a adequada provocação do controle judicial da “contratualização” administrativa. E, por consequência, parte relevante da atividade administrativa permanece sem controle judicial, à falta de provocação adequada.

maior parte da instituição, contudo, ainda cumpre o ritual de emitir pareceres desnecessários, que por isso mesmo sequer serão lidos pelos juízes.

Capítulo 11: Controle de mérito e poder de substituição judicial

11.1. Preliminares

Enquanto no âmbito do direito constitucional a discricionariedade ou mérito da atividade administrativa, como espaço imune ao controle judicial, é defendida com apelo à “separação de poderes”, no âmbito do direito administrativo recorre-se, mais freqüentemente, ao argumento de que, se os juízes fossem controlar o mérito da atividade administrativa, estar-se-iam substituindo aos administradores, o que não é possível, pois os juízes apenas julgam, não administram. Deste modo, o mérito dos atos administrativos só poderia ser controlado pelo próprio agente público, ou por órgão hierarquicamente superior, caso em que um administrador se substitui a outro¹³⁵.

Argumenta-se, ainda, que, diante de uma decisão arbitrária da Administração, o juiz deveria limitar-se a anulá-la, se restassem outras opções possíveis (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p.117). Em outras palavras, se há uma única solução possível, a competência seria regrada e haveria o poder de substituição; ao passo que se há margem de apreciação e várias soluções possíveis, a competência é

¹³⁵ - Estas hipóteses estão previstas respectivamente nos artigos 53 e 56 da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

discricionária e não haveria o poder de substituição judicial (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p.106).

Torna-se necessário, pois, averiguar a procedência desses argumentos, o que é tanto mais importante quanto é certo que, em termos práticos, têm o efeito de fazer reintroduzir a discricionarieidade administrativa pela janela, quando ela havia sido expulsa pela porta.

Antes disso, porém, é útil assentar como se dá o poder de substituição do juiz, no âmbito do processo civil.

11.2. O poder de substituição judicial no processo civil

No processo civil, entendido como conjunto de técnicas preordenado à solução de litígios privados, o poder de substituição judicial é o mais amplo possível. Aliás, autores de nomeada, como Giuseppe CHIOVENDA (1969, p. 40) entendem que a essência mesma do processo civil é o caráter substitutivo da vontade dos litigantes. Parte-se do princípio de que, se os contendores não conseguiram solucionar o litígio de forma autônoma, e pedem que um terceiro se lhes interponha e dê solução ao caso, a este terceiro cabe decidir de forma independente e impositiva, segundo critérios que podem ou não coincidir com o dos litigantes. O terceiro, juiz ou árbitro, simplesmente se substitui às partes e apresenta uma solução que pode basear-se no ordenamento jurídico, ou em critérios próprios, de pura equidade.

O modo como funciona o poder de substituição judicial pode ser melhor visualizado mediante um exemplo prático. Se, por exemplo, “A” reclama que “B” lhe deve alimentos, e que arbitrariamente se nega a prestá-los, o juiz, ao decidir o conflito, não se limita a declarar que “B” tem a obrigação de prestar alimentos, facultando ao devedor o

direito de fixar o montante pecuniário da obrigação. Ao invés disso, o juiz tem de, com base nas provas que forem produzidas no processo, fixar ele mesmo qual o valor da pensão alimentar devida. Tornada definitiva esta decisão, ao devedor não será lícito, no momento da execução, sustentar que os valores fixados são excessivos, só podendo eximir-se do cumprimento da obrigação se comprovar a impossibilidade de satisfazê-la (Código de Processo Civil, art. 733). Caso o devedor tenha bens comercializáveis, o juiz não lhe dará prazo para vendê-los e, com o produto, cumprir a obrigação. Cabe ao juiz, substituindo-se ao devedor, determinar a alienação judicial dos bens, em processo de execução, para que com o respectivo produto o credor seja pago.

Como se vê deste exemplo, a idéia que subjaz ao processo civil é a de que, uma vez que a parte destituída de razão não tenha voluntariamente cumprido aquilo que o ordenamento jurídico lhe impunha, nem tenha conseguido dissuadir a parte contrária de ingressar em juízo, ao poder judiciário, devidamente provocado e no âmbito de um processo judicial, caberá substituir-se às partes para a solução do litígio (CHIOVENDA, 1969, p. 40). O valor preponderante é a solução mesma do litígio, mediante a atuação da vontade da lei (CHIOVENDA, id.). Para tanto, o juiz se posiciona não apenas *inter partes*, mas *super partes*.

11.3. Críticas ao argumento da vedação do poder de substituição em litígios contra a Administração

Para assentar a regra geral de que, salvo nos casos que comportem solução única, é vedado ao juiz substituir a atividade do administrador público por atividade própria, enfatiza-se implicitamente o poder da Administração em detrimento da solução do litígio, e reduz-se o juiz de órgão *super partes* a órgão *inter partes*. Contudo, estas

duas premissas implícitas contrariam frontalmente dois princípios fundamentais do processo civil moderno: o da prevalência do objetivo de impor a vontade concreta da lei, solucionando o litígio, e o da supremacia do juiz em relação aos litigantes.

Por outro lado, a tese restritiva do poder de substituição judicial frente à Administração adota certo conceito de discricionariedade administrativa (margem de apreciação e várias soluções possíveis, por não haver lei que estipule solução única) bastante permeável a situações de poder; ao passo que um modelo garantista de direito administrativo impõe a construção de conceito de discricionariedade diferente (expressa outorga, pelo ordenamento jurídico, de opção ao administrador), que se mostre refratário a manipulações *ex parte principis*.

Acresce que os litígios contra a Administração certamente se eternizariam, caso à Administração fosse dado, anulada uma primeira decisão arbitrária, substituí-la por outra, beneficiando-se de uma postura de autocontenção judicial. Ora, nada impediria que o Administrador adotasse a mesma solução repelida, bastando-lhe alterar os fundamentos, que isto equivale a nova decisão. O artifício poderia repetir-se tantas vezes quantas necessário a fazer os prejudicados desertarem da via judicial para buscar o que lhes é devido.

Nem se diga, por fim, que o órgão judicial, ao substituir-se à Administração, estaria praticando ato de natureza tipicamente administrativa. Substancialmente, um ato judicial pode coincidir com um ato administrativo, mas, formal e subjetivamente, são inconfundíveis. Um juiz, regularmente investido na função, jamais pratica, no âmbito de um processo judicial, regularmente instaurado, atos administrativos: seja no âmbito da jurisdição dita contenciosa, seja

no âmbito da jurisdição impropriamente dita voluntária, pratica sempre e sempre atos judiciais.

Em decorrência do exposto, a tese que limita o poder de substituição judicial da Administração exclusivamente aos casos de solução única revela-se antes um dogma, que se impõe pela própria enunciação, do que um argumento juridicamente fundado.

11.4. Poder de substituição judicial e finalidade da atuação administrativa

O poder de substituição judicial no âmbito do controle da Administração Pública é possível porque esta, como assentou Ruy Cirne Lima, é dominada pelas noções de dever e de finalidade, e não pela vontade, como se dá no âmbito do domínio privado (LIMA, 1982, p. 52). Deste modo, anulada uma decisão administrativa, seja por inconstitucionalidade, seja por ilegalidade, não há nenhuma extravagância em que o órgão judicial promova desde logo a substituição do ato viciado por outro, que possa preencher a finalidade legal, bastando, para tanto, que o processo judicial lhe subministre elementos cognitivos suficientes.

Esta decisão judicial substitutiva coincide com a finalidade concreta da lei, e põe realmente termo ao litígio. Houvesse outra, que melhor pudesse atingir a finalidade legal, deveria ter sido demonstrada pela administração pública, no curso do processo, com argumentos e provas tais que convencessem o juiz a adotá-la como sua. Depois que a decisão judicial se torna irrecorrível, não é mais lícito à Administração afirmar que havia melhores opções para satisfazer a finalidade legal: *tollitur quaestio*.

Capítulo 12: Novas técnicas processuais de controle da ação administrativa

12.1. Preliminares

Como já ficou assentado nos capítulos anteriores, atualmente o controle da Administração é limitado quanto ao seu conteúdo (dele fica excluído o chamado mérito do agir administrativo) e ainda quanto ao seu objeto (diz respeito apenas a atos isolados, e não à atividade administrativa na sua totalidade).

Ficou demonstrado, por outro lado, que estas limitações não têm fundamento jurídico, sendo apenas argumentos retóricos que reforçam a posição dos governantes-administradores, em detrimento dos direitos dos governados-administrados. Neste âmbito se insere a tese da “divisão de poderes”, da qual não é possível extrair qualquer limitação à possibilidade de o poder judiciário exercer controle jurídico sobre os demais poderes do Estado. Além disso, a teoria do garantismo subministra fundamentos teóricos bastantes à tese do controle do mérito da atividade administrativa.

É insuficiente, porém, sustentar a procedência de uma proposição sem que, concomitantemente, se demonstre que ela possa ser aplicada no plano da realidade. A questão que se coloca, neste

passo, não é a da viabilidade em tese, no contexto da teoria do Estado, do direito constitucional ou do direito administrativo, do controle do mérito da atividade administrativa, mas sim como viabilizá-la em termos práticos, no âmbito do direito processual civil. A dificuldade resulta do fato de que, a despeito do caráter autônomo e instrumental dos princípios e categorias processuais em relação ao direito material, o certo é que eles foram construídos tendo em vista a solução de litígios de direito privado (direito civil e comercial), daí surgindo a disciplina “direito processual civil”, que passou a aplicar-se também aos litígios entre os particulares e a administração pública. Não sem razão, o pano de fundo de obras formadoras do direito processual civil, como as “Instituições de Direito Processual Civil”, de Chiovenda, é o direito privado, não o direito público. Em decorrência disso, o controle judicial da administração pública no Brasil só se pôde desenvolver efetivamente mediante a criação de novas técnicas processuais, que rompessem com as categorias tradicionais do processo civil. É o caso do mandado de segurança, no qual as indispensáveis figuras do réu e da citação se substituem pela “autoridade coatora” e pela “notificação”, respectivamente, e a condenação ou execução cedem lugar a uma simples “ordem”, a ser imediatamente cumprida pela autoridade impetrada. Também é a hipótese da ação popular, em que o autor não defende um direito subjetivo, mas sim um direito difuso, e em que a sentença de improcedência por falta de provas não impede a renovação da ação, inclusive pelo mesmo autor.

Assim, não é possível propor um controle judicial do mérito da ação administrativa sem se indicarem novas técnicas processuais, que viabilizem, em termos práticos, este controle. Trata-se de criar aquilo que se convencionou chamar “tutela diferenciada”, ou

seja, técnicas processuais que não sejam padronizadas, mas que sejam modeladas aos aspectos particulares do litígio¹³⁶.

Apontam-se, a seguir, novas técnicas processuais, que podem viabilizar, em termos práticos, a tese do controle do mérito da atividade administrativa.

12.2. Universalização da legitimação para a propositura de ações contra a Administração em defesa de direitos fundamentais

Um controle do mérito da atividade administrativa, tal como o postulado na presente Tese, tem como sua maior potencialidade o campo inexplorado da proteção dos direitos fundamentais contra a Administração Pública, especialmente os direitos positivos (direitos “a”), que a Administração deixa de satisfazer, sob o pretexto de que lhe cabe discricionariamente decidir sobre o que deve priorizar para atender. Este é o âmbito natural do novo controle, visto que as simples “situações jurídicas” (propriedade, crédito etc.) titularizadas pelos administrados já são razoavelmente tuteladas pelos remédios processuais tradicionais.

Para tanto, há necessidade de se construírem técnicas de proteção dos direitos fundamentais positivos, à semelhança das garantias liberais criadas pelo constitucionalismo para a tutela dos direitos de liberdade, em lugar de se esperar que a Administração discricionariamente implemente estes direitos (FERRAJOLI, 1995, p.

¹³⁶ - A expressão “tutela diferenciada” compreende todas as técnicas que fujam do ordinário ou padrão: pode significar um órgão judiciário específico para determinados litígios (caso dos Juizados Especiais da Lei nº 9.099, de 1995), procedimentos específicos para determinadas demandas (caso dos procedimentos especiais e do procedimento sumário), provimento específico a situações de urgência (caso da antecipação de tutela do art. 273 do Código de Processo Civil) e até mesmo formas de execução específicas a determinadas situações (execução atípica nas obrigações de fazer e não fazer do art. 461 do Código de Processo Civil).

863). Entretanto, não se avançou nenhum passo nessa direção, porque os juristas permaneceram confundindo “direitos fundamentais”, inerentes a qualquer pessoa, com “situações jurídicas”, que dependem de um título aquisitivo. Foi tendo em conta estas últimas que o direito processual civil construiu a categoria da “legitimação para agir” como requisito de admissibilidade das ações: para ver examinada por um juiz minha postulação (ação), tenho de sustentar a existência de um título aquisitivo do direito que pretendo ver protegido judicialmente (legitimação para agir como condição da ação).

No campo dos direitos fundamentais, a exigência do requisito da “legitimação para agir” não faz qualquer sentido, mas a ciência jurídica e os juristas não se dão conta disso, justamente por se confundirem os direitos fundamentais com meras situações jurídicas (cf. Capítulo 6, nº 6.7). Paradoxalmente, esta confusão nunca atingiu o direito fundamental da liberdade (direito de ir, vir e ficar), e tanto isto é verdadeiro que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa em favor de outra, mesmo contra a vontade desta, sendo certo que a liberdade, direito fundamental, é irrenunciável. Já Rui Barbosa, no final do século XIX, incorrera na confusão, ao afirmar, em petição de *habeas corpus* dirigida ao Supremo Tribunal Federal, que, enquanto as outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido, a garantia da liberdade pode ser impetrada por qualquer membro da comunidade, e mesmo concedida *ex officio* pelos juizes (BARBOSA, 1995, p.497).

Não há, porém, sustentação jurídica para limitar-se ao prejudicado mesmo o direito de pedir proteção judiciária a direito fundamental seu. Primeiro, porque os direitos fundamentais, ao não dependerem de título aquisitivo, tornam desnecessária a prova da sua titularidade. Segundo, porque, sendo irrenunciáveis e inalienáveis, é irrelevante que a sua defesa fique entregue apenas ao ofendido. De

resto, à proteção dos direitos fundamentais, calham as seguintes palavras de Rui Barbosa, proferidas embora com relação ao direito de liberdade:

Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, à liberdade seqüestrada, não há instrumento de poderes que exhibir: o mandato é universal; todos o recebem da lei; para o exercer validamente, basta estar no país. Os próprios juizes são obrigados a mandá-la restituir *ex officio*, se no curso de qualquer processo lhes constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode não requerer a liberdade; pode, resignado, ou indignado, desprezá-la; pode até, por um desvario, rejeitá-la. É indiferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as coisas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram: é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica (BARBOSA, 1995, p.497-8).

No tocante aos direitos fundamentais positivos (direitos “a”), Pontes de Miranda, em 1974, sustentou a necessidade de se estabelecer em lei ação para garantia do direito à educação, conferindo-se legitimação ativa a qualquer pessoa do povo, nestes termos:

É preciso que se crie, para todos, o direito subjetivo à educação. Porém não só o direito subjetivo. Também a pretensão, a ação e o remédio jurídico processual. A melhor solução é de dar-se legitimação ativa aos pais para exercerem, em nome dos filhos, a pretensão e a ação; aos próprios menores e a qualquer pessoa do povo que exponha ao juiz os fundamentos para pedir, em ação popular, que se dê educação a outra pessoa, menor ou não. Por exemplo: alguém encontra na rua criança analfabeta, ou maior analfabeto, e esse lhe diz que não estuda e quer estudar; ou, vendo um jovem pedindo emprestado um livro de física, dele ouve que terminou o vestibular e não tem meios para se inscrever. Qual o remédio jurídico processual adequado? Ação mandamental, à semelhança do mandado de segurança (MIRANDA, 1974, p. 437).

Em conclusão, os direitos fundamentais, todos eles, regem-se pela máxima *homo sum: nihil humani a me alienum puto*¹³⁷. A ser assim, qualquer pessoa pode impetrar proteção judiciária para restaurar ou implementar direito fundamental de outrem, pois a violação de direito fundamental afeta a todos os membros da comunhão social. Desnecessário que lei preveja esta legitimação extraordinária, pois ela é uma decorrência lógica da própria estrutura dos direitos fundamentais, positivados na Constituição.

12.3. Instrução processual aberta

No paradigma privatista do processo civil, a instrução processual é do tipo fechado, dominada pela impulsão dos litigantes. Admite-se iniciativa probatória do juiz, mas apenas em caráter supletivo da omissão das partes, e na medida em que isto seja estritamente necessário para remover insuperável dúvida no julgamento da causa. As testemunhas devem ser necessariamente arroladas pelas partes (Código de Processo Civil, art. 407), admitindo-se que o juiz ouça testemunha não-arrolada desde que tenha sido “referida” nos depoimentos (Código de Processo Civil, art. 418, I). Se houver necessidade de conhecimento técnico (Código de Processo Civil, art. 145), será nomeado perito, mas um só (Código de Processo Civil, art. 421), excetuados os raros casos em que a controvérsia envolve especialidades diversas (*v.g.*, engenharia civil e antropologia). Caso os litigantes não depositem os honorários periciais, o juiz ver-se-á obrigado a julgar o processo mesmo sem estar esclarecido, proibida que está a alternativa do *non liquet*.

Para que se viabilize um controle judicial do mérito da atividade administrativa, o paradigma privatista deve ser substituído

¹³⁷ - Em tradução livre: um homem não pode deixar de se preocupar com o que acontece a outro homem e de ser solidário com ele (Terêncio, *apud* TOSI, 1996, p. 584).

por outro, adequado aos litígios de direito público. Impõe-se uma instrução processual que bem se pode chamar “aberta”, permitindo pleno esclarecimento do órgão julgador, à semelhança do que dispõe a Lei nº 9.868, de 1999, relativamente ao processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

Art. 9º (...)

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Com a referida lei, introduziu-se formalmente no direito processual brasileiro a figura, há muito conhecida do direito norte-americano, do que se pode chamar “informante especializado”. Sempre que a matéria controvertida se revela complexa, envolve interesses metaindividuais, e pode ser melhor esclarecida à luz de conhecimentos especializados, o juiz está autorizado a nomear um experto, ou mesmo vários, para que lhe responda(m) os quesitos que lhe(s) formular. Também pode optar por designar uma audiência pública para colher oralmente o depoimento de especialistas na matéria controvertida. Estes expertos ou especialistas não se confundem de modo algum com os *peritos em sentido estrito*, que devem possuir conhecimentos *técnicos* ou *científicos* (Código de Processo Civil, art. 145) e estão limitados a emitir juízo de realidade sobre o objeto da perícia. Já os “informantes especializados” podem ser especialistas em qualquer área do conhecimento humano, mesmo que não seja técnico ou científico, como é o caso das artes ou da religião, e estão livres para emitir juízo de valor, pois não emitirão “laudo pericial”, mas “parecer”.

Embora a figura do “informante especializado” tenha explícita previsão apenas nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nada impede, mas tudo recomenda que seja utilizada pelos juízes para viabilizar o controle do mérito da atividade administrativa, sendo certo que, “em princípio, nenhum juiz há de ficar privado dos meios de melhor esclarecer-se para melhor julgar” (MOREIRA, 1998, p. 502). Não se trata apenas de uma obrigação jurídica, mas de um dever moral. Para esse esclarecimento, em especial nos litígios complexos e envoltos de direitos metaindividuais, a figura do “informante especializado” trará contribuição notável.

A importância de um novo paradigma de instrução, que reconstitua integralmente não só os fatos e valores que foram tomados como base da atuação administrativa, mas também os que deviam ter sido levados em conta e não o foram, consiste em fazer aflorar, na maioria das situações, a única solução autorizada pelas circunstâncias concretas, à qual o administrador estava inteiramente vinculado, não lhe sendo dado, a pretexto de exercer competência discricionária, inclinar-se por quaisquer outras opções. Nem é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello, admitindo embora a discricionariedade administrativa em termos abstratos, ressalva que o mais das vezes ela pode ser reduzida e até mesmo arredada pelas circunstâncias de fato. Nas suas palavras,

...o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, **não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas** [grifos do autor]. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será **sempre muito menor e pode até desaparecer** [grifos do autor]. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal (MELLO, 1983, p.33).

Quando se fala em controlar juridicamente o mérito da atividade administrativa, isto não implica em que o juiz deva necessariamente substituir-se ao administrador, embora esta hipótese não fique descartada. Quer-se dizer, simplesmente, que o juiz deverá apurar a correção do agir administrativo, considerando as vinculações normativas (regras, princípios e diretrizes) e fáticas condicionantes de semelhante agir. E para este desiderato uma instrução processual do tipo aberta é técnica da maior valia, pois permite apurar as vinculações decorrentes das circunstâncias de fato com que se defrontava o administrador. Nem está o juiz, ao proferir sua decisão, impedido de levar em conta fatos que indevidamente não foram considerados pelo administrador, e, à vista deles, determinar ato administrativo específico que deva ser praticado, desde que esta se lhe afigure a melhor alternativa para a solução do litígio.

12.4. Atipicidade e combinação de formas executivas

No contexto do paradigma privatista de processo civil, a satisfação dos direitos é relegada a segundo plano, enquanto a mera declaração dos direitos é privilegiada. Este quadro se agrava em relação aos litígios de direito público, em decorrência de privilégios legalmente concedidos ao Poder Público (prazos dilatados, impossibilidade de expropriação forçada de seus bens etc.). Para isto têm contribuído decisivamente dois princípios que regem o processo de satisfação dos direitos — o da tipicidade dos procedimentos e meios executivos e o da unicidade dos meios de execução. Pelo primeiro, a satisfação dos direitos deve ser enquadrada num dos procedimentos previstos em lei, devendo ser seguido à risca o roteiro de atos processuais normativamente traçado. Pelo segundo, o juiz não pode combinar vários meios executivos para mais rapidamente outorgar tutela judicial

(satisfativa) ao litigante que tem razão¹³⁸, visto que deve mandar que a execução se faça pelo meio mais ameno para o devedor (Código de Processo Civil, art. 620).

Timidamente, o quadro começa a alterar-se. A Lei nº 8.952, de 1994, que deu nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil, veio permitir, embora apenas quanto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a combinação de meios executivos, tendentes à obtenção de tutela específica da obrigação ou de resultado prático equivalente ao adimplemento. Assim, pode o juiz emitir provimento mandamental, sob cominação de multa diária ao réu, para compeli-lo ao cumprimento da obrigação (Código de Processo Civil, art. 461, §4º), ou, caso isto não funcione, determinar providências executivas¹³⁹ que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento, como, *v. g.*, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial (Código de Processo Civil, art. 451, §5º).

A combinação de meios executivos pode ser aplicada em um sem-número de casos de litígios contra a Administração. Assim, especialmente naqueles casos em que a administração pública é condenada ao pagamento de pequenas quantias, notadamente as de caráter alimentar, o juiz poderia *determinar* que o pagamento se faça de imediato, administrativamente, sem prejuízo da *condenação* ao pagamento pela via do precatório (Constituição Federal, art. 100), em

¹³⁸ - "Tutela judicial" não se confunde com simples "prestação judicial". Enquanto esta última consiste na simples emissão de sentença, de qualquer conteúdo, a "tutela judicial" é concedida apenas ao litigante que tem razão, e serve para resolver a situação de angústia daquele em favor do qual é outorgada, seja ele autor ou réu. Neste sentido a lição de Liebman: "Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente" (LIEBMAN, 1984, p. 147). Para aprofundamento da idéia, cf. o artigo de Cândido Rangel Dinamarco, "Tutela jurisdicional" (DINAMARCO, 1996, p. 19).

¹³⁹ - A diferença entre um provimento mandamental e um provimento executivo é que aquele consiste em uma ordem dirigida ao próprio réu, para que ele mesmo a cumpra, caso em que a sua vontade deve ser subjugada, normalmente por sanções pecuniárias ou ameaça de prisão;

ficando demonstrado que o órgão pagador não dispõe de verba para o pagamento administrativo¹⁴⁰.

A atipicidade dos meios executivos já começa a ensaiar-se no âmbito da jurisprudência, embora em prol da administração pública. Assim é que, em matéria de execução fiscal, há inúmeros julgados que admitem uma nova forma de execução, chamada “penhora de faturamento da empresa”¹⁴¹. Ora, isto pode ser tudo, menos penhora. A legislação prevê penhora de dinheiro ou mesmo de crédito, mas não de “faturamento”, que pode ou não ocorrer, e se prolonga no tempo. Trata-se, na verdade, de um parcelamento do débito sem a concordância explícita do devedor. O precedente, no que revela quebra do princípio da tipicidade executiva, serve de inspiração para, em outras situações, ser usado contra a própria administração pública.

A criação de formas executivas atípicas faz-se necessária em especial nos casos em que a execução do provimento judicial contra a Administração deva prolongar-se no tempo, como no caso de correção de políticas públicas ou de execução de obras de vulto, do que é exemplo a despoluição de grandes áreas. Como executar uma ordem judicial que não se exaure na prática de um só ato, mas que exige procedimentos custosos e demorados? Nestes casos, faz-se necessária a nomeação de um ou vários “interventores” ou “comissários” da

ao passo que um provimento executivo é normalmente cumprido por terceiros, como oficiais de justiça, policiais etc., independentemente ou até mesmo contra a vontade do réu.

¹⁴⁰ - Não há, aliás, muita novidade nisso. Nos litígios coletivos de servidores contra a Administração Pública, não é incomum que o órgão pagador, diante de uma simples sentença, sujeita a recurso, condenando a Administração a pagar determinadas vantagens, promova desde logo este pagamento, inclusive atrasados, em caráter administrativo. Esta prática corporativista fere o princípio da isonomia, pois litigantes estranhos aos quadros da Administração e mesmo litigantes individuais não têm a mesma sorte, sujeitando-se à vala comum do precatório. Como quer que seja, não há prejuízo para a Administração, pois se a demanda for julgada improcedente em grau de recurso, os servidores beneficiados terão de restituir o que indevidamente receberam mediante desconto em folha.

¹⁴¹ -Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Agravo de Instrumento nº 97.04.33662-4/PR, rel. Juiz Wilson Darós, Diário da Justiça da União de 29 mar. 2000, Seção 2, p. 57; Agravo de Instrumento nº 2000.04.01.008683-3/SC, rel. Juiz Edgard Lippmann Júnior, Diário da Justiça da União de 6 set. 2000, Seção 2, p. 306.

confiança do juiz e a ele diretamente vinculados, aos quais serão delegados poderes para fiscalizar ou mesmo implementar o cumprimento das disposições judiciais. No direito norte-americano esta forma de execução é há muito conhecida, tendo sido utilizada pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education* (1954), relativo à dessegregação nas escolas (CUCHILLO FOIX, 1996, p.295). No Brasil, há procedimentos executivos típicos, todos relativos à cobrança de créditos, nos quais se dá a nomeação de um preposto da confiança do juiz, responsável pelo cumprimento de decisão judicial de efeitos prolongados. Assim, entre outros, há a figura do “depositário-administrador”, quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção (Código de Processo Civil, art. 677); há o “administrador”, no caso de usufruto de imóvel ou de empresa, concedido pelo juiz da execução ao credor (Código de Processo Civil, arts. 716 e 719); há o “administrador” da massa, no caso de insolvência civil (Código de Processo Civil, arts. 748 e 761); há o “síncico”, a quem incumbe administrar a falência (Decreto-lei nº 7.661, de 1945, art. 60); há o “comissário”, a quem incumbe administrar a concordata e fiscalizar o procedimento do devedor na administração dos seus haveres (Decreto-lei nº 7.661, de 1945, art. 169).

12.5. Sanções em caso de descumprimento de ordens judiciais

Há sistemas de controle judicial da Administração Pública para os quais é estranha a hipótese de um juiz dar ordens ao administrador público, devendo limitar-se a anular os atos ilegais e a reconhecer o direito dos particulares de receber uma indenização pelo dano. Esta é uma das grandes deficiências do sistema francês, como aponta DAVID (1998, p. 69).

No Brasil, já se conhece a possibilidade de os juízes darem ordens à administração pública desde o final do século XIX, quando Rui Barbosa sustentava, em arrazoados forenses e em estudo monográfico, a tese da “posse de direitos pessoais” (BARBOSA, 1986) para viabilizar o uso das ações interditaes contra a administração pública, em defesa de direitos pessoais. A criação, pela Constituição de 1934, do mandado de segurança veio a institucionalizar essa prática.

É insuficiente, porém, que o ordenamento jurídico preveja a possibilidade de os juízes proferirem ordens à Administração, se não houver meios de obrigar ao seu cumprimento. Além disso, deve ser reconhecida a responsabilidade pessoal dos agentes públicos pelo descumprimento das ordens judiciais, visto que, do ponto de vista prático, não há como obrigar uma pessoa jurídica a cumprir ordens. Nem por outra razão é que a legislação do mandado de segurança, imbuída de realismo judiciário, afastou-se dos padrões estabelecidos pelo direito processual civil para estabelecer que o mandado de segurança é uma ação que se propõe não diretamente contra a Administração, como pessoa jurídica, mas sim contra o agente público, investido de autoridade, que seja juridicamente responsável pelo ato impugnado. Deste modo, a ordem ou o mandado será cumprido pelo agente, embora os efeitos financeiros disso sejam imputados à pessoa jurídica (Administração).

Deve-se em grande parte à falta de sanções adequadas o baixo nível de efetividade dos provimentos judiciais de controle da atividade administrativa no Brasil. Basta dizer que o mandado de segurança, que é a via processual mais expedita à disposição do administrado, e que tem como eficácia preponderante justamente uma ordem, só é cumprido quando a autoridade administrativa assim quer, haja vista que a legislação não prevê quaisquer meios para impor o seu cumprimento. Diz-se que o juiz não pode cominar multa à

autoridade desobediente, porque a lei do mandado de segurança não prevê este modo de execução indireto (princípio da tipicidade dos meios executivos). Argumenta-se, por outro lado, que o juiz não pode decretar prisão coercitiva ao insubmisso, porquanto a Constituição só prevê prisão civil para o depositário infiel e para o que injustificadamente seja devedor de alimentos (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVII). Mais: a jurisprudência chegou ao ponto de assentar que o juiz, diante do descumprimento de ordem sua por órgão administrativo, deve limitar-se a enviar peças ao Ministério Público, nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal, para possível denúncia por crime de prevaricação¹⁴². Ora, como não há notícia de que alguma autoridade administrativa tenha sido jamais condenada criminalmente por haver descumprido ordem judicial, a ameaça de um virtual processo criminal soa inconvincente, até porque a baixa pena cominada não implicaria em prisão.¹⁴³

Todos os argumentos que os tribunais produzem para afirmar que os juízes não têm poderes para fazer cumprir suas ordens pela administração pública mal escondem a intenção de evitar que os juízes de primeiro grau “roubem” o poder e o prestígio que normalmente se reconhecem aos órgãos de jurisdição superior¹⁴⁴. Com efeito, o que a Constituição proíbe é simplesmente a *prisão civil por dívida* (no caso do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia), não a prisão civil coercitiva ou a

¹⁴² - Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *Habeas Corpus* nº 94.04.03537-8-SC, rel. Juiz Volkmer de Castilho, Diário da Justiça da União de 23 mar. 1994, Seção 2.

¹⁴³ - Este quadro de inefetividade das leis é mascarado pela chamada “falácia normativista”, pela qual as normas são apresentadas como fatos, gerando o convencimento de que são efetivas as sanções só porque estão na lei.

¹⁴⁴ - Prova cabal dessa tendência de contenção dos tribunais está nas duas hipóteses de restrição à concessão de liminares pelos juízes de primeiro grau, estampadas no *caput* e parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.437, de 1992. A sua inspiração partiu de duas Súmulas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, das quais aqueles dispositivos legais são cópia fiel (Súmula 8: *Não é admissível, no juízo de 1º grau, a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal.* Súmula 9: *Não é admissível, em ação cautelar*

imposição de multa *por afronta à autoridade dos juizes* (“contempt of court” do direito anglo-saxão), caracterizada pelo descumprimento injustificado de ordem judicial juridicamente fundada. Esta última hipótese tem fundamento na teoria dos poderes implícitos, construída pelo direito constitucional norte-americano¹⁴⁵. Sintetiza-se na idéia de que a Constituição, ao instituir seja um “Poder” Judiciário, seja u’a magistratura independente¹⁴⁶, atribuindo-lhes o mister de julgar os conflitos de interesses que lhes sejam submetidos, outorga-lhes implicitamente os meios necessários para o atingimento dessa finalidade, com o único limite de que sejam adequados¹⁴⁷. Em decorrência, os juizes podem, no uso de suas atribuições constitucionais implícitas, cominar sanções, de ordem pecuniária ou prisional, para garantir o cumprimento de suas ordens, a serem aplicadas por eles mesmos, independentemente da instauração de processo específico. Estas sanções têm menos a função de servir à tutela do direito privado dos litigantes do que garantir e se for o caso restaurar a autoridade mesma do poder judiciário, na qual reside a sua legitimidade. De resto, não coincidem com as sanções por atos de improbidade administrativa, de que trata a Lei nº 8.429, de 1992, pois estas têm finalidade puramente repressiva ou ressarcitória, e não coercitiva.

inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares (v.g., Lei n. 4.348, art. 5º; Lei n. 5.021, art. 1º, §4º).

¹⁴⁵ - Paulo Bonavides defende a teoria dos poderes implícitos, apontando-a como um “dos mais formosos produtos da razão que o liberalismo introduziu no Direito” (BONAVIDES, 1993, p.392). Mas há os que, como Canotilho, a contestam, ao argumento de que “a força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado” (CANOTILHO, 1998, p.508).

¹⁴⁶ - É o caso da Itália, cuja Constituição não institui um Poder Judiciário, mas que possui uma magistratura institucionalmente independente, aliás muito mais independente e atuante do que a magistratura da maioria dos países em que há, no papel, um “Poder” Judiciário.

¹⁴⁷ - O limite constitucional ao uso de poderes implícitos reside no princípio da proporcionabilidade, também chamado de princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso. Este princípio desdobra-se em três subprincípios: a) princípio da adequação; b) princípio da necessidade; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (BARROS, 1996, p. 72; MENDES, 1998, p.187).

Conclusão

Na sua curta existência de menos de século e meio, o direito administrativo, como conjunto de técnicas de controle da Administração, apresentou extraordinária evolução. A administração pública, porém, evoluiu tão mais rapidamente, que os controles jurídicos tornaram-se ultrapassados, e a comunidade jurídica não se deu conta disso.

Ainda hoje, persiste a idéia, erigida à condição de mito, de que a atividade administrativa possui um “mérito”, um espaço livre da ingerência do Direito e indevassável pelos juizes. A força deste, como de qualquer mito, está no seu efeito paralisante. Hipnotiza suas vítimas, anulando-lhes os meios de defesa.

A separação de poderes é um dos componentes principais desse mito. Basta que seja invocada para que se sufoque no berço qualquer tentativa de questionamento do “mérito” da atividade administrativa.

Não bastasse este limite externo ao aprofundamento do controle da administração pública, o direito administrativo sofreu um processo de acomodação, autolimitando-se ao âmbito dos “atos administrativos”, como se a realidade jurídico-administrativa neles se esgotasse.

O descompasso entre o plano normativo do direito administrativo e a realidade da administração pública torna-se tanto

mais perceptível quanto se observe que nesta última vem ocorrendo uma verdadeira revolução, que substituirá o paradigma da legalidade pelo paradigma da eficiência. Já o direito administrativo persiste no velho paradigma da legalidade, mostrando-se assim despreparado para enfrentar a Administração do século XXI.

Abre-se uma encruzilhada ao controle judicial da administração pública: ou permanece no terreno tradicional da legalidade, deixando sem efetividade as normas constitucionais que impõem um amplo controle jurídico da administração pública; ou aventura-se pelo terreno desconhecido do controle do mérito da atividade administrativa, buscando tornar efetivas as normas constitucionais que regem a Administração, inclusive sob o aspecto da eficiência.

A tomada de um ou outro caminhos dependerá exclusivamente dos administrados, daqueles que estão sujeitos ao poder da Administração. O controle do mérito da ação administrativa não será construído sem a renhida luta que, no dizer de Ihering, está na base da evolução do Direito. E assim é porque, diferentemente do que imaginou Prosper Weil, o direito administrativo é fruto de um milagre, mas milagre que consiste não em autolimitação do poder, e sim em limitação do poder desde baixo, por aqueles que individualmente não têm poder algum.

A força paralisante e hipnótica do mito da indevassabilidade judicial do “mérito” da atividade administrativa começa a atenuar-se. Algumas vozes já o questionam. Necessário, contudo, avançar do questionamento para a construção. Substituir o paradigma tradicional do direito administrativo por um paradigma garantista, à base da teoria do garantismo de Ferrajoli, tal como exposta nesta Tese.

Esta “revolução” do direito administrativo não se dará, como nas ciências em geral, no ambiente acadêmico. O seu teatro de operações será o processo judiciário. Se os administrados se empenharem na luta pelo amplo controle jurídico da atividade administrativa, aí incluído o seu mérito, o Judiciário saberá dar a resposta adequada, tornando possível a predição de Américo Lacombe:

Se o século XIX foi o século do legislativo — dado que foi o que se seguiu às grandes revoluções do século XVIII, em que foram derrubadas as monarquias absolutas — e se o século XX foi o século do executivo, como antítese e reação à soberania plena e total dos parlamentos, o século XXI será fatalmente o século do Judiciário — como síntese dos anteriores, e pela transformação do homem do povo em cidadão, vale dizer, controlador do poder político através do poder não político, do poder neutro” (LACOMBE, 1993).

Referências bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública**: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Brasília: ENAP, 1997. (Cadernos ENAP n. 10).

ADAMS, John Clarke. **El derecho administrativo norteamericano**. Tradução de Dionisio Petriella. Buenos Aires: EUDEBA, 1964. Título original: *Il diritto amministrativo americano: Cenni istituzionali di diritto amministrativo comparato*.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. v. I.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Borheim. In: **Metafísica...** São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 45-236. (Coleção Os Pensadores). Versão inglesa de W. D. Ross. Original grego.

_____. Política. In: **Obras**. Tradução de Francisco P. Samaranch. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1977, p. 1401-1569.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1987. (Reimpressão da 1ª edição, 1985). Título original: *Grundgesetz und Richteramt*.

BARBOSA, Livia Neves de Holanda. O jeitinho, ou a arte de ser mais igual que os outros. **Ciência hoje**, São Paulo, v. 7, n. 42, p. 50-56, maio 1988.

BARBOSA, Rui. **Rui Barbosa - Escritos e Discursos Seletos em um volume**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa; Editora Nova Aguilar, 1995. (2ª reimpressão da 1ª ed.).

_____. **Posse de direitos pessoais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986. (Publicação anterior: Rio de Janeiro: Olympio Campos, 1900).

BARRETO, Lima. **Os bruzundangas**. Rio de Janeiro: Ed. Tecnoprint, [198-?].

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y Constitución.** Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1992. Título original: Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica.

_____. **Liberalismo y democracia.** Tradução de José F. Fernández Santillán. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992. Título original: Liberalismo e democrazia. (2ª reimpressão da 1ª ed.).

_____. **O futuro da democracia:** Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco.

_____. **O positivismo jurídico:** Lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1989. Título original: Teoria Dell'Ordinamento Giuridico.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. Título original: Società e Stato nella Filosofia Política Moderna.

BODÉNHEIMER, Edgar. **Teoria del Derecho.** Tradução de Vicente Herrero. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994. Título original: Jurisprudence. (14ª reimpressão da 1ª ed.).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BORJA, Rodrigo. **Derecho político y constitucional.** 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/secom/colecao/PLANDI/htm>>. Acesso em: 24 nov. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Apelação Cível nº 7.377. Relator Min. Castro Nunes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. II, p. 124-143, jul. 1945.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Apelação Cível nº 7.307. Relator Min. Castro Nunes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. III, p. 69-98, jan. 1946.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Acórdão na Apelação Cível nº 1.422. Relator Des. Seabra Fagundes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948.

BULLINGER, Martin. A discricionarietà da administração pública. Tradução de António Francisco de Souza. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 3-23, abr./jun. 1987. Título original: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. Título original: Giudici Legislatori?

CARVALHO, José Murilo de. **Desenvolvimiento de la ciudadanía en Brasil**. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Poder discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, (Seleção histórica), p. 431-451, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.

CHOMSKI, Noam. **Segredos, mentiras e democracia**. Tradução de Alberigo Loutron. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997. Título original: Secrets, Lies and Democracy.

_____. **A minoria próspera e a multidão inquieta**. Tradução de Mary Grace Fighiera Perpétuo. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Decisão política**. Texto fotocopiado apresentado em palestra proferida na Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, em curso da Escola de Governo, em 12 set. 1995.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.

_____. **Muda Brasil!** Uma Constituição para o desenvolvimento democrático. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

_____. **Para viver a democracia.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

_____. Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático. In: JAGUARIBE, Hélio. et al. **Brasil, sociedade democrática.** Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985. p.393-432.

CROSSMANN, R. H. S. **Biografía del estado moderno.** Tradução de J. A. Fernández de Castro. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992. Título original: Government and the governed: A History of Political Ideas and Political Practice. (1ª reimpressão da 4ª ed.).

CUCHILLO FOIX, Montserrat. **Jueces y administracion en el federalismo norteamericano:** el control jurisdiccional de la actuación administrativa. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Les grands systèmes du droit contemporains (droit comparé). (2ª tiragem da 3ª ed.).

DE MASI, Domenico. **Desenvolvimento sem trabalho.** Tradução de Eugênia Deheinzelin. 3ª ed. São Paulo: Ed. Esfera, 1999. Título original: Sviluppo senza lavoro.

DEUTSCH, Karl. **Política e governo.** Tradução de Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. 2ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdiccional. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, v. 334, p. 19-41, abr./jun. 1996.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **A sociedade pós-capitalista.** Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. 7ª ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1999. Título original: Post-Capitalist Society.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995. Título original: Taking Rights Seriously. (2ª reimpressão da 1ª ed.).

ENGELS, Friedrich. **Anti-Düring:** filosofia, economia política, socialismo. (Sem indicação de tradutor). 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. (Coleção Pensamento Crítico, v. 9).

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Trad. J. Batista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. Título original: Einführung in das juristische denken.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.

_____. O conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, (Seleção histórica), p.189-203, 1995.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez et al. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997(a). Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.

_____. O Direito como sistema de garantias. Trad. Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997(b).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Ed. Atlas, 1988.

FERREIRA, Caio Márcio Marini. Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor. In: PETRUCCI, Vera & SCHWARZ, Letícia (org.). **Administração pública gerencial**: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI. Brasília: Editora da Universidade de Brasília/ENAP, 1999, p. 63-95.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. da UNESP, 1997. (5ª reimpressão). Título original: L'horreur économique.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982. (Biblioteca de filosofia e história das ciências, v. 7).

_____. A verdade e as formas jurídicas. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. **Cadernos da PUC/RJ**, Rio de Janeiro, n. 16, 4ª ed., 1979.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

_____. **Revolucion francesa y administracion contemporanea**. 4ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. Título original: Curso de Derecho Administrativo.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Capacidade normativa de conjuntura. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977-, v. 13, p. 48-50.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. (Org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **El federalista**. Tradução de Gustavo R. Velasco. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1943. Título original: The Federalist: a Commentary on the Constitution of the United States. (5ª reimpressão da 1ª ed.).

HAYEK, Friedrich August. A. Os princípios de uma ordem liberal. In: CRESPIGNY, Anthony; CRONIN, Jeremy. (Org.). **Ideologias políticas**. Tradução de Sérgio Duarte. 2ª ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1998. p.43-63.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Título original: De cive.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Richard Paul Neto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980. Título original: Der Kampf um's Recht.

JOUVENEL, Bertrand. **As origens do Estado Moderno: uma história das idéias políticas no século XIX**. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. Título original: Les débuts de l'Etat moderne - Une histoire des idées politiques au XIX siècle.

JUCIUS, Michael J.; SCHLENDER, William E. **Introdução à Administração: elementos de ação administrativa.** Tradução de Auriphebo B. Simões. 3ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1981. Título original: Elements of managerial action.

KANT, Immanuel. **Filosofia de la historia.** Tradução de Eugenio Ímaz. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1992. (4ª reimpressão da 2ª ed.).

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1990. Título original: General Theory of Law and State.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. Título original: Reine Rechtslehre.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira.** São Paulo: Hucitec; Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** (Sem indicação de tradutor). 4ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996. (Coleção Debates, 115). Título original: The Structure of Scientific Revolutions.

LACOMBE, Américo. Discurso de posse. **Boletim do Tribunal Regional Federal da 3ª Região,** São Paulo, maio de 1993. Edição especial.

LAFER, Celso. **O sistema político brasileiro: estrutura e processo.** 2ª ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978. (Coleção Debates, n. 118).

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público.** Brasília: Imprensa Nacional, 1999. (Edição fac-similar da 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1960).

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, v. 1. Título original: Manuale di Diritto processuale civile, I.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. In: **Carta acerca da tolerância....** 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 31-131. (Coleção Os Pensadores). Título original: Concerning civil government, second essay.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte (da versão alemã sob o título Verfassungslehre). 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Título original: Political Power and the governmental Process.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 23-33, mar./maio 1994.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980. Título original: Legitimation durch Verfahren.

MAMEDE, Gladston. Neoliberalismo e desadministrativização. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 127, p. 151-159, jul./set.1995.

MARQUES, José Frederico. Sentença. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 593, p. 836-845, out. 1949.

MARX, Karl. **Manuscrtos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Traduções de José Carlos Bruni et al. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 65, p. 27-38, jan./mar. 1983.

_____. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MERRYMAN, John Henry. **La tradicion juridica romano-canonica**. Tradução de Eduardo L. Suárez. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1997. Título original: The Civil Law. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. (3ª reimpressão da 2ª ed., corrigida).

MIRANDA, Pontes de. **Introdução à política científica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

_____. O acesso à cultura, como direito de todos os homens. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, V., 1974. **Anais...** Rio de Janeiro: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1994, p. 411-438.

_____. **Sistema de ciência positiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. 4 tomos.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores). Título original: De l'Esprit des lois.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998. v. V.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. **Temas de direito processual (2ª série)**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

_____. Coordenação gerencial na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 35-53, out./dez. 1998.

_____. Uma nova Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Brasília: ENAP, 1997.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. In: PETRUCCI, Vera & SCHWARZ, Leticia (Org.). **Administração Pública Gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília/ENAP, 1999. p. 17-62.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, jul./set. 1969.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: _____. **Do contrato social...** Tradução de Lourdes Santos Machado. 2ª ed. São Paulo: Abril

Cultural, 1978. p. 15-145. (Coleção Os Pensadores). Título original: Du Contrat Social.

RUA, Maria das Graças. **Administração pública gerencial e ambiente de inovação: o que há de novo na administração pública federal brasileira.** In: PETRUCCI, Vera & SCHWARZ, Leticia (Org.). **Administração pública gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI.** Brasília: Editora da Universidade de Brasília/ENAP, 1999. p. 275-303.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português.** Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial.** Tradução de Maria Helena P. Martins. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1979. Título original: Sovereignty and Society in Colonial Brasil.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1977. Título original: De la démocratie en Amérique.

_____. **O antigo regime e a revolução.** Tradução de Yvonne Jean. 3ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Hucitec, 1989. Título original: L'Ancien Régime et le Régime de la Révolution.

TOSI, Renzo. **Dicionário de sentenças latinas e gregas.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: Dizionario delle sentenze latine e greche.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Reimpressão fac-similar da edição de 1960, Rio de Janeiro. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. **Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes.** Madrid: Editorial Civitas, 1986.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações.** Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983.

_____. **Economia e sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva.** Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994. Vol. I. Título original: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie.

_____. **Historia econômica general.** Tradução de Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. Título original: Wirtschaftsgeschichte. (7ª reimpressão da 1ª ed.).

_____. La empresa estatal de dominio como administración. Dirección política y burocracia. In: _____. **Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva.** Tradução de José Medina Echavarría et al. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 1060-1076. (7ª reimpresão da 2ª ed.).

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** Tradução de António Cabral de Moncada. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. Título original: Allgemeine staatslehre.