

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

GUSTAVO DA SILVA SANTANNA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: O PATRIMONIALISMO COMO
ÓBICE AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

São Leopoldo

2011

GUSTAVO DA SILVA SANTANNA

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: O PATRIMONIALISMO COMO
ÓBICE AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2011

S232a Santanna, Gustavo da Silva
Administração pública em juízo: o patrimonialismo como óbice
ao princípio da eficiência / por Gustavo da Silva Santanna. --
2011.
158 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São
Leopoldo, RS, 2011.

Orientadora: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

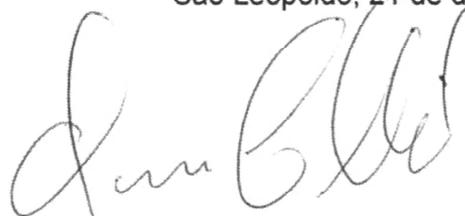
1. Estado de Direito. 2. Administração Pública. 3.
Constituições brasileiras. 4. Princípio da eficiência. 5. Advocacia
Pública. I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: o patrimonialismo como óbice ao princípio da eficiência”, elaborado pelo mestrando **Gustavo da Silva Santana**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 21 de dezembro de 2011.



Prof. Dr. André Luis Callegari

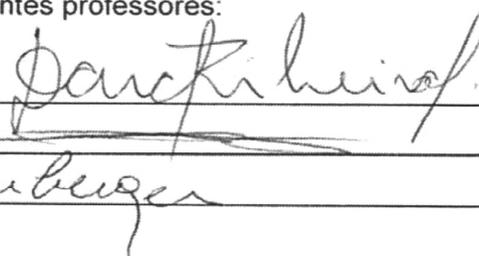
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Rogério Gesta Leal

Membro: Dra. Têmis Limberger



AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e participação sempre presente na minha formação pessoal, profissional e acadêmica.

Ao meu orientador e amigo, possuidor de sabedoria ímpar, Darci Guimarães Ribeiro, pela atenção fraternal e dedicação incomparável, que não me permitiu desanimar em nenhum momento.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pela oportunidade concedida e aos professores, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, José Luis Bolzan, André Leonardo Copetti Santos, Fernanda Frizzo Bragatto e Ângela Espíndola, pelos ensinamentos transmitidos, em especial, à professora Têmis Limberger pelos conselhos, indicações bibliográficas e debates, sempre engrandecedores, acerca da Administração Pública.

Aos meus colegas e amigos, Miguel Nascimento, Felipe Scalabrin, Igor Raatz, Giovani Oliveira e Guilherme Antunes da Cunha, pelos diálogos, troca de experiências e pelo suporte nas horas de *aperto*.

Ao meu amigo, professor Alberto Menegotto, pela reaproximação com a Língua Portuguesa.

À minha querida, dedicada e sempre solícita amiga, Bárbara Belloli, pelo apoio, idas e vindas, junto à biblioteca da PUC/RS.

À secretária Vera Loebens, pela pronta resolução de todos os trâmites burocráticos.

Aos meus alunos, por me proporcionarem os desafios e a consequente aprendizagem do dia-a-dia.

E antes e acima de tudo a Deus, por viver a plenitude e a realização deste momento.

É tempo, portanto, de edificar um Estado que sirva à plenitude de nosso povo. Não deve ser um Estado que as elites outorguem à Nação, em orgulhoso ato de poder, mas que se erga, da consciência coletiva, como resposta a anseios e necessidades. Ele deve ser construído para promover a ordem e a justiça. Ordem e justiça se fazem com a lei. E a lei deve ser a organização social da liberdade.

(Trecho do discurso preparado por Tancredo Neves para o dia da posse na Presidência da República: Nova República: a Nação renasce)

A moral é o cerne da Pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

(Trecho do discurso apresentado por Ulisses Guimarães em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal).

RESUMO

O presente estudo aborda a Administração Pública em juízo no Estado Democrático de Direito. Para tanto, analisa o Estado de Direito em suas três fases: Liberal, Social e Democrática. Aponta qual Poder orgânico prevaleceu em cada um dos períodos sendo no Liberal, o Poder Legislativo, no Social, o Executivo, e, no Democrático, o Judiciário. Nesta última fase, além do Poder Judiciário outro elemento é determinante para sua caracterização: a Constituição, e sua *força normativa*. Juntamente ao aumento de poderes, a jurisdição passa a ter mais responsabilidades, uma vez que surge como concretizadora de direitos. A obrigação de fundamentar exaustivamente as decisões é uma delas, assim como é, também, a legitimadora de sua atuação. Além da figura do Estado de Direito, busca-se uma contextualização nacional da Administração Pública, desde seu início Patrimonialista, passando pelo seu período Burocrático, até chegar-se ao Gerencial, com a inserção do princípio da eficiência ao *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, em 1998. A conjugação do Estado Democrático de Direito à Administração Pública Gerencial, resulta numa nova perspectiva de Administração, surtindo reflexos diretos na sua atuação em juízo, feita pela Advocacia Pública. Esta, por sua vez, como representante do Estado, e não do Governo, exerce função essencial à justiça, defendendo, sempre, o interesse público primário. Com a Advocacia Pública devidamente estruturada, independente e autônoma, submetida a normas constitucionais, juridicidade e eficiência, alguns instrumentos processuais civis podem passar a ser objeto de reflexão, como o reexame necessário e o recurso, neste último caso, a (des)necessidade de sua interposição obrigatória.

Palavras-chaves: Estado de Direito – Constituições brasileiras – Administração Pública – Princípio da eficiência – Advocacia Pública – Reexame necessário – Recursos

ABSTRACT

This review studies the Public Administration in court in a Democratic State-of-Law. Therefore, it seeks to analyze the rule of law in three stages: Liberal, Social and Democratic. It aims the primacy of each organic power during each stage: Liberal, Legislative; Social, Executive (Government); Democratic, Judiciary (Justice). The last stage, over the Judiciary role, is defined by the Constitution and its normative power. Along with its increasing power, the jurisdiction starts to have more responsibilities, since arises as a Right's realizer. The obligation of fully justify decisions is one of them that is, also, a way of legitimate its actions. Besides the Rule-of-Law State, this study also seeks to nationally contextualize the Public administration, since its patrimonialistic inception, through the bureaucratic period, until arrives at the Management model, with the insertion of the efficiency principle (Federal Constitution, art. 37, head). The Democratic State-of-Law, together with the Management model of Public administration results in a new Public administration, directly reflecting on its acts when in Court, through the Public Lawyers. They, in turn, as delegates of the State, and not de Government, play an essential role to Justice, always defending the primary public interest. With a properly structured Public Advocacy, independent and autonomous, subdued to constitutional norms, juridicity and efficiency, some instruments of civil process may be object of reflection, like the necessary review and the (un)necessity of an mandatory appeal.

Keywords: State-of-Law - Brazilian Constitutions - Public Administration - Efficiency principle – Public Advocacy – Necessary Review needed - Appeal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO ESTADO LIBERAL AO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A IMPORTÂNCIA ASSUMIDA PELA CONSTITUIÇÃO E PELO PODER JUDICIÁRIO	14
2.1 O surgimento do Estado de Direito a partir da Revolução Francesa: seu estudo a partir da assimetria dos Poderes do Estado	14
2.1.1 O Estado Liberal de Direito e a proeminência do Poder Legislativo	19
2.1.2 O Estado Social de Direito e a importância do Poder Executivo	24
2.1.3 O Estado Democrático de Direito e o protagonismo do Poder Judiciário: o guardião da Constituição	30
2.2 Ideias fundamentais das Constituições modernas no Estado de Direito	32
2.2.1 As Constituições brasileiras: da Liberal à Democrática de Direito: uma breve, mas necessária, análise	37
2.2.2 A legitimidade do Poder Judiciário para a concretização das normas constitucionais no Estado Democrático de Direito	48
2.2.3 O dever de fundamentar as decisões judiciais como legitimador da (nova) jurisdição a partir de um diálogo (necessário) entre Ovídio Baptista da Silva e Lenio Streck	50
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PATRIMONIALISTA, BUROCRÁTICA E GERENCIAL: A (TENTATIVA DE) EVOLUÇÃO	55
3.1 Definição de Administração Pública	55
3.2 A Administração Pública Patrimonialista: as primeiras impressões de uma Administração Pública nacional	59
3.2.1 O princípio da legalidade como reflexo da Revolução Francesa e a sua introdução no Brasil: um limite aos poderes do Estado	65
3.2.2 Da legalidade à juridicidade: a inclusão de outras fontes legitimadoras e/ou limitadoras da atuação da Administração Pública	72
3.3 Administração Pública Burocrática e o pensamento Weberiano: como a burocracia (não)foi incorporada à Administração Pública como forma de superação do patrimonialismo	74
3.4 Das primeiras ideias de <i>eficiência</i> na Administração Pública brasileira à sua inserção como princípio fundamental/básico no <i>caput</i> do artigo 37 da Constituição Federal: a implantação da Administração Pública Gerencial	79
3.5 A Administração Pública e a (efetiva) busca pelo interesse público	87

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO, A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA (NOVA) PERSPECTIVA ACERCA DO REEXAME NECESSÁRIO E DA OBRIGATORIEDADE EM RECORRER.....	93
4.1 O processo civil como reflexo do Estado: do Liberal ao Democrático de Direito.....	93
4.2 A Administração Pública como atora processual e a função da Advocacia Pública...	100
4.3 Advocacia Pública como função essencial ao Estado Democrático de Direito: a representação processual do Estado (e não do Governo) e a defesa do interesse público primário	100
4.4 As (justificativas das) prerrogativas processuais conferidas à Administração Pública	106
4.4.1 A (des)necessidade de permanência do reexame necessário: em busca da (des)valorização do interesse público	108
4.4.2 A (não)obrigatoriedade da interposição de recursos pela Administração Pública como forma de aplicação da juridicidade e eficiência administrativas	122
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

A Ordem Constitucional implantada em 1988 consagrou diversos direitos aos cidadãos, estabelecendo inúmeras obrigações à Administração Pública, que foi incapaz de realizá-las. Essa falha no cumprimento levou grande parte da população reivindicar ao Poder Judiciário a implantação daquelas *promessas* Constitucionais, o que, por via de consequência, fez com que a Administração se transformasse em uma das (ou a) maiores litigantes no país, o que torna o estudo de seu comportamento em juízo uma imposição. Por tal razão, não causa perplexidade encontrar a Fazenda Pública figurando entre os maiores litigantes no Brasil, afirmativa retirada dos números fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça¹, apresentados em março de 2011 acerca dos 100 maiores litigantes no país. Em âmbito nacional, o INSS aparece em primeiro lugar com 22,33% dos processos ajuizados. Em 2º lugar, vem a Caixa Econômica Federal, com 8,5%, seguida pela Fazenda Nacional com 7,45%. A União tem 6,97% dos processos ajuizados; o Banco do Brasil 4,24%, e o Estado do Rio Grande do Sul, 4,24%, este, portanto, o quinto maior litigante. Na Justiça do Trabalho a União aparece com o maior número de demandas, 16,73% dos processos ajuizados, seguida pelo INSS e Caixa Econômica Federal com 6,41% e 5,29%, respectivamente, do total de processos ajuizados. Levando em consideração os números das Justiças Estaduais, o Estado do Rio Grande do Sul aparece em primeiro lugar com 7,73% dos processos ajuizados. O setor público federal aparece litigando em 33% das ações no polo ativo e 67% das ações no polo passivo. Já o setor público estadual litiga em 28% das ações no polo ativo e 72% no polo passivo.

Em dados fornecidos pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Rio Grande do Sul, em 15 de maio de 2011², as Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre apresentavam o maior número de demandas sendo, respectivamente: 20ª Vara da Fazenda Pública – 78.916 processos; 3ª Vara da Fazenda Pública – 53.981 processos; 8ª Vara da Fazenda Pública – 57.505 processos; 2ª Vara da Fazenda Pública – 50.094 processos; 1ª Vara da Fazenda Pública – 48.550 processos; 7ª Vara da Fazenda Pública – 40.900

¹ Os dados foram apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 31 de março de 2011, estimando que os cem maiores litigantes correspondam a 20% dos processos no país. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/.../pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

² Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticia_ler.php?id=8024>. Acesso em: 13 nov. 2011.

processos; 4ª Vara da Fazenda Pública – 30.957 processos e 6ª Vara da Fazenda Pública – 8.669 processos.

Muito se vem discutindo em seminários, congressos, encontros, etc. o problema da morosidade do Poder Judiciário, seja pela escassez de servidores e juízes, seja por problemas cartoriais ou, ainda, pela quantidade de recursos previstos no sistema processual civil, que somados seriam os responsáveis pela ineficiência na prestação jurisdicional pelo Estado.

Os números apresentados acima servem, a título exemplificativo, para demonstrar a relevância do tema, qual seja: a relação entre Administração Pública e processo civil (jurisdição), no Estado Democrático de Direito. Administração Pública como a maior litigante e a morosidade do judiciário face ao descompasso do sistema processual civil à realidade dinâmica da sociedade são as premissas/questionamentos que permearão constantemente o presente estudo. No entanto, ao invés de o foco pairar especificamente sobre o Poder Judiciário e suas mazelas estruturais, a ênfase dada será direcionada à Administração Pública, tanto em sua atuação como parte, quanto por suas prerrogativas processuais, neste último, especificamente, com referência ao reexame necessário.

Não é mais possível pensar em uma Administração Pública arraigada em pensamentos coloniais/patrimonialistas, buscando fins privados e benefícios pessoais, totalmente desinteressada do seu único (e legítimo) fim que é o interesse público (primário). A sociedade evoluiu, e os princípios e objetivos da Administração devem, necessariamente, acompanhar essas mudanças, adaptando-se a esta nova realidade, conformada pelo Estado Democrático de Direito (Constituição de 1988), e mais atualmente (Emenda Constitucional nº 19/98), pelo princípio da eficiência, que impôs (ou tentou impor) uma visão gerencial de Administração.

O comportamento da Administração Pública em juízo, o patrimonialismo como óbice ao princípio da eficiência, exige o estudo da evolução do Estado de Direito, desde a sua concepção Liberal até a Democrática, bem como da Administração Pública partindo-se de sua visão Patrimonialista, passando pela Burocrática, até se chegar à Gerencial, proposta esta que será dividida em três capítulos.

Tendo como marco histórico a revolução francesa, o primeiro capítulo versará sobre o estudo do Estado de Direito, que em suas feições iniciais apresentou-se de forma

Liberal incorporando a lei (juntamente com o Poder Legislativo) os interesses da emergente classe burguesa. Fruto da evolução dos anseios sociais, ao Estado de Direito foram introduzidas estas novas aspirações, agora da camada proletária, o que, por sua vez, lançou o Poder Executivo a uma posição até então desconhecida, acrescentando-lhe inúmeras funções na busca pela igualdade material e não mais simplesmente formal como idealizado nos séculos liberais. Tais aspirações foram alçadas a normas Constitucionais que passaram a ter assim um *plus* normativo, o que vem a caracterizar o Estado Democrático de Direito. Com o descumprimento das *promessas* constitucionais pelo Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário assume um papel fundamental no Estado Democrático, o que determina que suas decisões sejam exaustivamente fundamentadas, pois serão elas as concretizadoras dos anseios sociais esculpidos na Constituição.

Com o constitucionalismo moderno e os anseios liberais e sociais corporificados na (pela) Constituição, torna-se ainda mais relevante o ótimo desempenho das competências atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, a hipertrofia da Administração tornou-a ineficiente/morosa/cara (re)passando ao Poder Judiciário a obrigação de solucionar as questões do descumprimento das normas Constitucionais, apresentando-se este como verdadeiro *guardião* da Constituição. É neste contexto que se fala de uma *vocação do nosso tempo para a jurisdição*.³ O Poder Judiciário, por sua vez, somente pode manifestar-se após a condução do devido processo, que também inserido no contexto constitucional democrático passa a ter papel fundamental, porque, em uma sociedade carente da realização de direitos como a brasileira, somente através do pronunciamento jurisdicional é que estes são (re)conhecidos.

No segundo capítulo, o tema abordado será a Administração Pública brasileira, a sua (tentativa de) evolução partindo de uma formação Patrimonialista, em seu período liberal, incorporando um sistema burocrático simultaneamente à implantação do Estado Social de Direito, para ao fim, com a inserção da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, chegar-se à Administração Pública Gerencial, já sob uma perspectiva democrática (a partir da Constituição de 1988). Este estudo permitirá observar a dificuldade de se implantarem novas formas de atuação da Administração no âmbito processual.

³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

A mudança de perspectiva do Estado Liberal ao Democrático de Direito contagiou também o processo civil. Este, estruturado na figura de um juiz passivo como ocorria no Estado Liberal, foi incapaz de dar conta do (novo) papel atualmente desempenhado pela jurisdição no Estado Democrático de Direito. Juntamente com a atual posição (importância) da jurisdição, impõe-se a necessidade de que a atuação da Administração Pública em juízo seja (re)pensada e problematizada no marco do Estado Democrático de Direito, especificamente no sentido de equalizar os (novos) princípios da Administração e a concretização da tutela jurisdicional, que deverá ser efetiva para prestar a tutela dos direitos, e, assim, garantir o cumprimento da ordem Constitucional.

Ao fim, debruçar-se-á sobre a interligação entre Processo Civil, este como o *locus* do reconhecimento/criação do direito, e a Administração Pública como um de seus participantes. Sendo, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário responsável pela concretização das normas constitucionais/legais, e o processo civil o (único) meio legitimador de sua atuação, o exame dos instrumentos processuais e o comportamento de seus atores ganha grande relevância. Ademais, a Administração Pública responsável por alcançar a efetivação dos interesses públicos não é, exatamente por este motivo, uma parte qualquer. Para que consiga atender ao que se dispôs e ao que é destinada (o interesse público) a lei processual estabeleceu algumas vantagens processuais (prerrogativas), dentre elas: o reexame necessário, talvez, hoje, esteja em dessintonia com o estágio jurídico-social alcançado. Mas o estudo, além desta visão de médio/longo prazo, haja vista que para a mudança do instrumento necessitaria de uma alteração legislativa, pretende, também, encontrar uma solução a curto prazo, buscando-se modificar a forma de atuação da Administração Pública (agora Gerencial) na utilização dos recursos processuais, estabelecendo uma forma mais adequada para o seu uso, compatível com o interesse público e o Estado Democrático de Direito. As dificuldades, entretanto, para se implantarem estes (novos) pensamentos estariam intrinsecamente ligadas à origem histórica da formação da Administração.

Apresentar a evolução do Estado de Direito, indicar o protagonismo assumido pela Constituição e o pelo Poder judiciário, estudar a formação da Administração Pública

nacional, para ao fim estabelecer a ligação desta (Administração Pública) com aquele (Poder Judiciário) através do processo civil. (Re)pensar o papel da Advocacia Pública em juízo com ênfase nos recursos e no reexame necessário, são as reflexões e objetivos traçados para o presente trabalho.⁴

⁴ Este trabalho seguirá as normas técnicas adotadas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, disponível em: <http://www.unisinos.br/biblioteca/images/stories/downloads/guia_biblioteca_abnt_2011.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2011.

2 DO ESTADO LIBERAL AO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A IMPORTÂNCIA ASSUMIDA PELA CONSTITUIÇÃO E PELO PODER JUDICIÁRIO

2.1 O surgimento do Estado de Direito a partir da Revolução Francesa: seu estudo a partir da assimetria dos Poderes do Estado

A Revolução Francesa (1789-1799) é, sem sombra de dúvidas, um marco histórico⁵ para a Sociedade e para o Direito, servindo de ruptura paradigmática não apenas para a França, mas para praticamente toda a Europa, com a decadência/queda da Monarquia dando espaço a outras formas e sistemas de governo, sendo, a queda e a tomada da Bastilha atos simbolicamente marcantes:

A tomada da Bastilha é em si um acontecimento dos mais insignificantes – os “vencedores da Bastilha” não passavam de mil e a maior parte da cidade permaneceu calma no dia 14 de julho –, mas seu alcance simbólico e político é vasto. A rua agora vai ocupar a frente da cena; muitos parisienses, dentre os mais “exaltados”, estão armados; o assassinato “patriótico” é implicitamente perdoado; tudo isso vai contribuir para uma radicalização do fenômeno revolucionário. (...).

A queda da Bastilha causa uma profunda comoção na província e acelera o movimento municipal. A revolução urbana se faz acompanhar de uma revolução camponesa.

Toda a ossatura do Estado monárquico, descalcificada há muito tempo, é definitivamente pulverizada. (...).

A revolução jurídica, política e social é sancionada, a partir de 26 de agosto, pelo voto de um texto essencial: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁶

⁵ *La Revolución Francesa fue un hecho totalmente distinto de lo que hasta entonces (con la excepción, quizá, de las invasiones de unos pueblos por otros) habían sido los cambios políticos, un desplazamiento de los anteriores imperantes por un nuevo grupo dominante. Por el contrario, la Revolución, término que se impuso precisamente con esa significación, fue un tajo decisivo entre lo que a partir de entonces se llamaría, muy justamente, el Antiguo Régimen y el nuevo orden político y social que pretendió crearse sobre fundamentos enteramente nuevos.* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras a Revolución Francesa.** Madrid: Alianza Universidad, 1995, p. 17-18).

⁶ BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa.** Tradução de Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 30-31. Sobre a Revolução Francesa destaca Eric J. Hobsbawm: *entre todas as revoluções contemporâneas, a Revolução Francesa foi a única ecumênica. Seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas ideias de fato o revolucionaram. A Revolução Americana foi um acontecimento crucial na história americana, mas (exceto nos países diretamente envolvidos nela ou por ela) deixou poucos traços relevantes em outras partes. A Revolução Francesa é um marco em todos os países. Suas repercussões, ao contrário daquelas da Revolução Americana, ocasionaram os levantes à libertação da América Latina depois de 1808. (...). A Revolução Francesa é assim a revolução do seu tempo, e não apenas uma, embora a mais proeminente, do seu tipo. E suas origens devem portanto ser procuradas não meramente em condições gerais da Europa, mas sim na situação específica da França. Sua peculiaridade é talvez melhor ilustrada em termos internacionais.* (HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848.** Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010, p. 99-100).

O enfraquecimento do regime monárquico iniciou-se na Baixa Idade Média (séculos XI ao XV), nos conflitos entre Felipe (o Belo) e Bonifácio VIII (por volta de 1303) sequenciado posteriormente por Luís da Baviera e João XXII (meados de 1320).⁷ Não se visualizava no referido período a figura do Estado totalmente distinto da religião. O Estado (representado na figura do Imperador/Rei) confundia-se com a Igreja, ou, como também é possível afirmar, era legitimado por ela.

Ainda que de fato existissem dois representantes do *poder*, o Rei e o Papa, ambos eram submetidos e representantes da expressão Divina (única possuidora do *poder absoluto*). O Direito era nada mais que um desígnio da vontade de Deus – o Direito Natural – e servia de fundamentação do *poder* eclesiástico (do Papa) e imperial (do Rei).

Sendo impossível determinar o momento exato em que houve a deflagração da crise entre esses dois *poderes*, os Imperadores/Reis passaram a postular mais autonomia (ou simplesmente que não fossem mais limitados pela Igreja), não se contentando com o autoritarismo da Igreja, do Papa.⁸ Esta, a Igreja, deveria confiar seus assuntos, exclusivamente, a uma dimensão espiritual.⁹ Assim, com Reis não mais sendo representantes ou legitimados Divinos, a crença em um poder absoluto é *minada*.¹⁰ Simultaneamente a estes conflitos *internos* que pensamentos como os de Montesquieu,¹¹

⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 241-242.

⁸ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna**. Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992, p. 76. Segue o Autor: *Os partidários do Império não negavam no essencial a superioridade da Igreja nem a sua independência e soberania no seu domínio, mas reclamavam-se da doutrina dos primeiros tempos da Igreja e do seu reconhecimento de 'sacerdotium' e 'imperium' como duas esferas independentes instituídas pelo próprio Deus, dois poderes a coordenar.* (Idem, ibidem).

⁹ Idem, ibidem, p. 77.

¹⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 229.

¹¹ *Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. (...).* (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19). *Outra lei fundamental da democracia é aquela que diz que somente o povo elabora as leis.* (Idem, ibidem, p.23). *O amor à república, numa democracia, é o amor à democracia; o amor à democracia é o amor à igualdade.* (Idem, ibidem, p. 54). *O amor à igualdade e o amor à frugalidade são extremamente estimulados pelas próprias igualdade e frugalidade, quando se vive numa sociedade onde as leis estabelecem uma e outra. Nas monarquias e nos Estados despóticos, ninguém aspira à igualdade; tal coisa nem vem à mente; cada qual busca a superioridade.* (Idem, ibidem, p. 55). *É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer, mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer.* (Idem, ibidem, p. 166). *Não é suficiente ter tratado da liberdade política em sua relação com a constituição; ela deve ser mostrada em sua relação com o cidadão. Eu disse que, no primeiro caso, ela é formada por uma certa distribuição dos três poderes; mas, no segundo, deve ser considerada sob outra idéia. Consiste na segurança ou na opinião que se tem de sua segurança.* (Idem, ibidem, p. 197).

Locke,¹² Hobbes,¹³ Rosseau¹⁴ afloram, todos pautados na figura do indivíduo (do individualismo), o que dá à Revolução Francesa, também, um viés individualista, calcada na figura do *homem* enquanto *indivíduo*.¹⁵⁻¹⁶ Sobre o enfoque político-filosófico, afirma Fernanda Frizzo Bragato¹⁷ que o individualismo dá início à construção do pensamento liberal¹⁸ (de intervenção mínima do Estado), pois sendo o indivíduo o detentor primário de direitos, as atividades do Estado estariam confiadas unicamente à proteção desses

¹² *Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade.* (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escrito: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 139). E mais a frente segue o autor: *se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súditos de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. (...). Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade.* (Idem, ibidem, p. 156).

¹³ *O fim último, fim ou desígnios dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si para viver nos Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um Poder visível que os mantenha em respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e o respeito às leis de natureza.* (HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução de Rosina D'Angina. 3.ed. São Paulo: Icone, 2008, p. 123). *Todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o Poder Soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido, derivam dessa Instituição do Estado. (...). Ou seja, da liberdade de ação daquele homem ou Assembléia de homens que exercem a soberania e cujas ações são garantidas por todos, e realizadas pela força de todos os que nele se encontram unidos.* (Idem, ibidem, p. 128-129).

¹⁴ *A passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança muito significativa, substituindo, em sua conduta, o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. (...). O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que ele pode atingir; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui.* (ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 37-38).

¹⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica.** Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 5.

¹⁶ Há que se apontar afirmação feita por Carlos Maximiliano: *a pátria do individualismo é a Inglaterra; por isso brotou ali a fonte primitiva da liberdade moderna, que se infiltrou no solo francês e se espalhou depois pelo mundo.* (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Commentários à Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918, p. 686).

¹⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Individualismo. In: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, pág. 468.

¹⁸ *O liberalismo surgiu na Europa, entre os séculos XVII e XVIII, como uma nova cosmologia, constituída pelos valores, crenças e interesses da burguesia na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático e latifundiário. Tornou-se a expressão de uma ética individualista guiada pela noção de liberdade total, presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc. O liberalismo designa, genericamente, uma sensibilidade filosófica e política que reivindica a primazia da liberdade individual sobre os outros valores.* (SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81).

direitos.¹⁹ A lei positiva (direito positivo), assim, pode-se afirmar, é a manifestação da própria liberdade do indivíduo.

O Estado antes encarnado na figura do Monarca/Rei²⁰ o qual já não possuía mais o total respaldo da Igreja (logo não tinha a legitimação Divina) muda de perfil. Muda porque *diante das evoluções sociais do reino inspiradas pelas ideias dos pensadores da época, somadas às inabilidades incontáveis da monarquia,*²¹ conjugada à miséria do reino, surge um *Estado* descolado da figura de uma pessoa (o Rei).

Além dos ideais individualistas (o que será importante para o estudo do Estado Liberal de Direito), extrai-se, ainda, da Revolução Iluminista a ideia do que hoje denominamos de *Estado de Direito*. Ainda que o Estado de Direito (tema que será desdobrado no decorrer deste capítulo) da europa-continental – *Rechtsstaat* (Estado de Direito Alemão), o *État de droit* (Estado de Direito Francês) ou o *Stato di Diritto* (Estado de Direito Italiano) – seja apresentado pela doutrina como sinônimo de *rule of law* (Estado de Direito Inglês – assim como sua variante norte-americana) em verdade ambas tiveram suas peculiaridades, o que não seria de todo correto abordar como pacífico a coincidência conceitual.²² Não sendo, entretanto, o objetivo deste estudo aprofundar a discussão sobre a matéria, convencionou-se, desde já, simplesmente a utilização da terminologia Estado de Direito.

¹⁹ BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 201. No mesmo sentido SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma da racionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 310: *Descrever a importância do individualismo na formação da ideologia política liberal, não será mais do que, simplesmente, escrever a história das filosofias políticas que predominaram na Europa nos séculos XVII e XVIII, inspiradas naturalmente no espírito religioso nascido na Reforma. (...) A filosofia política liberal e “contratualista” sustenta-se na primazia do indivíduo, como sujeito originário, anterior ao Estado, de resto, concebido para protegê-lo.*

²⁰ E a figura do rei Luis XVI foi, também, determinante para a consolidação da revolução: pouco enérgico e autoconfiante (tinha 19 anos quando assumiu a contragosto o cargo), e demasiadamente benevolente, generoso e com uma piedade exemplar (características pouco aconselháveis para um rei). A crise financeira somada à expansão demográfica, o restabelecimento dos parlamentos, a ascensão da burguesia, vários são os fatores que levaram à eclodir a Revolução Francesa. (BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. op. cit., p. 9-21).

²¹ BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. op. cit., p. 12. Sobre as causas políticas da Revolução Francesa coloca Carlos Fayt: *Las causas políticas de la revolución francesa pueden resumirse en el despotismo de los Barones, la concentración del poder absoluto en manos del Rey, la total prescindencia de los Estado Generales, el desorden y la desorganización administrativa, todo lo cual permitía el derroche, el peculado y da ineficiencia.* (FAYT, Carlos Santiago. **Historia del pensamiento político: la edad moderna**. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. Tomo II, p. 225-226).

²² *A primeira teve origem na cultura liberal alemã da segunda metade do século XIX e, em seguida, difundiu-se no continente, influenciando em particular o direito público da Itália unitária e da Terceira República francesa. A segunda ostenta profundíssimas raízes na história político-constitucional da Grã-Bretanha, desde a conquista da Normandia até a Era Moderna., e imprimiu uma marca indelegável nas estruturas constitucionais dos Estados Unidos da América e de muitos países que sofreram a influência das instituições britânicas.* (ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. op. cit., p. 3-4).

Foi também na mencionada revolução (o que acabou, conseqüentemente, sendo um dos elementos principais do Estado de Direito) que (res)surgiu²³ o pensamento da necessidade de divisão do Estado em funções, como uma forma de limitação dos Poderes de quem os governasse (uma vez que já não estavam legitimados/limitados pelo Poder Divino, mas sim pelos indivíduos), o que tradicionalmente tem-se denominado *Poderes*: Legislativo, Judiciário e Executivo.

A partir destes pensamentos introdutórios, pode-se afirmar, com certa segurança, que é pensamento/elemento central refletido da Revolução Francesa o Estado de Direito, em contraponto ao Estado Absolutista, bem como seus componentes o individualismo e a respectiva tutela dos direitos fundamentais, e a separação de poderes, nos quais acabarão permeando a todo instante este trabalho.

Durante a sua *evolução*, o Estado de Direito já (ultra)passou por inúmeras fases. A primeira delas, a Liberal, foi a idealizada ainda na Revolução de 1789. Após, por influência da própria evolução da sociedade, passamos a conviver com a figura do Estado Social de Direito, até chegar ao que hoje se entende por Estado Democrático de Direito.²⁴ Durante cada etapa, os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) assumiram posições diferentes dentro do próprio Estado e sobre isto se trabalhará nas próximas linhas.

²³ Aristóteles em *A política* já apresentava um *Governo* dividido em *Poder Deliberativo* cabendo à *Assembléia* fazer leis e suprimi-las expondo ainda que *quando todos são admitidos na deliberação sobre qualquer matéria, há democracia*, Poder Executivo que eram *magistraturas governamentais com certa duração de tempo*, devendo este magistrado atuar de boa-fé e decência devendo inclusive prestar contas de sua administração, uma vez que manejador de dinheiro público, e, por último, o Poder Judiciário terceiro órgão da Constituição e do governo que seria exercido por juizes, a quem caberia julgar, sendo que a escolha seria democrática se tirados de uma universalidade de cidadãos – povo – (e não de uma certa classe) por eleição ou sorteio e para decidir todas as espécies de matérias. (ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127-143).

²⁴ Para alguns hoje vive-se no Estado Social Democrático de Direito, para outros, no Estado (pós)moderno, (neo)liberal, etc. Na obra *Ciência Política & Teoria do Estado*, Lenio Streck e Jose Luis Bolzan destacam que no Estado Democrático de Direito *o conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência*, e apontam como princípios a: *Constitucionalidade: vinculação ao Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; Organização Democrática da Sociedade; Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos (...); Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; Igualdade não apenas como possibilidade formal (...); Divisão de Poderes ou de Funções; Legalidade que aparece como medida do direito (...) que excluem o arbítrio e a prepotência; e, Segurança e Certeza Jurídicas*. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010, p. 97-99).

2.1.1 O Estado Liberal de Direito e a proeminência do Poder Legislativo

A insatisfação de uma ascendente classe, a burguesa, frente à falta de previsibilidade e segurança das condutas do Rei geradoras muitas vezes de ações arbitrárias, aliada à insatisfação pelo afastamento (nunca obtido) de posições dentro do próprio governo,²⁵ levaram ao rompimento paradigmático vivido na Revolução Francesa.²⁶ A personificação do Estado na figura do Rei, fora duramente combatida. Ora, se o Estado era a figura do Rei, e este era visto como uma *pessoa má*, logo o Estado era mau: *O rei era o Estado. O Estado era intervencionista.*²⁷ Nesta perspectiva, o objetivo primordial era exatamente a limitação ou a retirada dos poderes *Reais* e a distribuição aos indivíduos cidadãos, identificados nos burgueses.

A separação dos poderes, idealizada por Montesquieu, é o elemento de partida para esta limitação/retirada de poderes. Ao mesmo tempo é a fórmula que passa a ser utilizada como legitimadora de poder. No Estado Liberal de Direito, a fonte legitimadora de poder deixa de ser Divina e passa a ser *individual* (que vem do indivíduo), enquanto ser racional. Neste sentido expõe Louis Dumont: *a liberdade de consciência constitui assim o primeiro em data de todos os aspectos da liberdade política e a raiz de todos os outros.*²⁸

Partindo-se do pressuposto de que o *poder* de Deus é o único absoluto, e o homem é criado a sua semelhança, ele (o homem) é naturalmente livre – pelo menos em sua razão – e, portanto, possuidor de *poder* e, como tal, possuidor de *direito*.²⁹ Neste primeiro

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 40.

²⁶ *Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentando em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado.* (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. op. cit., p. 51).

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 146.

²⁸ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna**. op. cit., p. 80.

²⁹ Os pressupostos do Estado Liberal de Direito estavam completos: a) *La necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo. El Estado de Derecho es concebido como un Estado racional bajo la terminología de Estado de razón, o Estado de la racionalidad;* b) *El rechazo de cualquier tipo de transpersonalismo en la definición de los objetivos del poder. El Estado no es una institución puesta al servicio de fines trascendentes de carácter divino, ni de los intereses de quienes lo gobiernan, sino que se halla en función del beneficio de todos los individuos que lo integran;* c) *Limitación de de las tareas del Estado a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad de sus ciudadanos a través de la ley, concebida como norma general emanada de los representantes de la voluntad popular.* (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10.ed. Editorial Tecnos: Madrid, 2010, p. 220).

momento, o conceito de *direito* é visto como um *poder* ou *liberdade* que o indivíduo possui.³⁰⁻³¹ Sob esta perspectiva, o direito decorre da liberdade.³² O contrato social (como fonte criadora do Estado numa concepção moderna) idealizado por Rousseau³³ ou Locke,³⁴ por exemplo, somente poderia ser alcançado tendo como pressuposto a liberdade e a razão dos indivíduos, que, no caso do Estado Liberal de Direito, era incorporada pela classe burguesa, pois³⁵

De facto, para que as relações entre o Estado e os cidadãos se pudessem constituir em relações jurídicas – exigência daquele projecto de racionalização integral da sociedade e do Estado – era necessário que este fosse considerado como sujeito de direito, pessoa jurídica capaz de assumir direitos e deveres nos contactos que estabelece com os demais sujeitos de direito. Consequentemente, o Monarca, que até então se identificava com o Estado, passa a ser apenas um dos órgãos da pessoa jurídica-Estado, ao mesmo tempo que os seus anteriores direitos senhoriais se convertem em faculdades orgânicas, definidas e limitadas pela Constituição.³⁶

Seguindo por estes pressupostos, sendo agora o homem/indivíduo (burguês) fonte legítima(dora) do poder,³⁷ este passa, através do Poder Legislativo, seu representante,³⁸ a

³⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direito humanos.** op. cit., p. 75.

³¹ Artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

³² No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência de desprezo da coação estatal. (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60).

³³ *Renunciar à liberdade é renunciar a condição de homem, aos direitos da humanidade, e, inclusive, aos seus deveres. Não há reparação possível para alguém que renuncia tudo. Uma tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e tirar toda sua liberdade é tirar toda moralidade de suas ações. Enfim, é uma convenção vã e contraditória estipular, de um lado a autoridade absoluta e, de outro, uma obediência sem limites.* (ROSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social.** op. cit., p. 28).

³⁴ *Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens (...).* (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** op. cit., p. 139). *O contratualismo tem no seu cerne a ideia de indivíduo, seja em Hobbes seja em Locke, particularmente. O consentimento era dado pelo indivíduo, sendo que o último aprofunda-o, tornando-o periódico e condicional, moldando uma política de confiança, coerente com suas invocações anteriores.* (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** op. cit., p. 55).

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma da racionalidade.** op. cit., p. 310: *Descrever a importância do individualismo na formação da ideologia política liberal, não será mais do que, simplesmente, escrever a história das filosofias políticas que predominaram na Europa nos séculos XVII e XVIII, inspiradas naturalmente no espírito religioso nascido na Reforma. (...). A filosofia política liberal e “contratualista” sustenta-se na primazia do indivíduo, como sujeito originário, anterior ao Estado, de resto, concebido para protegê-lo.*

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 44.

³⁷ Artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

limitar juridicamente os poderes do Rei, agora não mais a figura própria do Estado, mas tão-somente, do Poder Executivo (da Administração Pública). Tanto a limitação jurídica, como a garantia de direitos incorporam-se na *lei*. Se o Estado Absoluto se apresenta como um *Estado mau* (altamente interventivo e arbitrário), o pensamento liberal tem por foco exatamente a sua limitação. O liberalismo torna-se uma doutrina de monarquia limitada e de um governo igualmente limitado, haja vista que o sufrágio e a representação não alcançam a totalidade da população,³⁹ mas era a forma de garantir ao indivíduo uma proteção contra o Estado.⁴⁰ A burguesia buscava liberdade frente ao Estado, e

O Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico que em Kant chegara à sua formulação mais acabada, era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais.⁴¹

Assim sendo, a lei positiva(da), fundamentalmente baseada no individualismo, teve seu *império* (sua pujança) no Estado Liberal de Direito o que, por via reflexa, tornou o Poder Legislativo o principal *Poder* no Estado Liberal, uma vez que a Lei vinha no sentido de dar proteção à liberdade e garantir a propriedade e segurança⁴² da vontade individual frente às *intromissões* estatais/reais/imperiais.⁴³ Ainda que houvesse uma regulação por parte do Estado, esta se dava de forma mínima, exatamente a fim de garantir a liberdade do indivíduo (burguês).⁴⁴ A lei era a expressão jurídica máxima, inclusive frente aos documentos constitucionais, que logo após a Revolução continham termos não muito claros do ponto de vista jurídico e suscetíveis de modificação legislativa sem

³⁸ Artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. op. cit., p. 57.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. op. cit., p. 68

⁴¹ Idem, *ibidem*. p. 68

⁴² Artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

⁴³ *Da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa privada.* (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. op. cit., p. 146).

⁴⁴ É bom destacar que a Revolução Francesa veio exatamente para combater o Absolutismo Estatal, o que é de todo compreensível a prevalência das vontades individuais, como forma de romper o anterior paradigma.

procedimentos diferenciados (constituições flexíveis).⁴⁵ A Lei incorporava o próprio Direito.

Tendo por base os Direitos Fundamentais, o Estado Liberal dá ensejo aos direitos de primeira dimensão⁴⁶ correspondendo aos direitos de liberdade (os direitos civis e políticos)⁴⁷ de proteção do cidadão frente ao Estado: oponíveis ao Estado, dirigidos a uma abstenção do Poder Público. É o que se tem por *Estado mínimo*.

O que se pretende com os direitos fundamentais de primeira dimensão é a limitação dos poderes estatais. Sob esta perspectiva é evidente a importância do Poder Legislativo, tanto frente ao Poder Executivo quanto ao Poder Judiciário, sendo que este último era unicamente *movimentado* para proteger o cidadão de intromissões indevidas do monarca ou para garantir as liberdades individuais frente a outros indivíduos, cabendo decidir de acordo com o que a lei (pré-)determinasse: interpretação exegética. O exercício da atividade jurisdicional estava relegado a um segundo plano.⁴⁸

São incontestáveis os avanços conquistados após a Revolução Francesa e a implantação do Estado *Liberal* de Direito. Submeter a vontade do Rei (Poder Executivo) à

⁴⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 31. *Juridicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo*. (Idem. Ibidem. p. 31).

⁴⁶ Os direitos fundamentais costumam ser classificados em três *dimensões* distintas. Muito embora a expressão *gerações*, também muito utilizada, possa levar a crer que os direitos fundamentais vão sofrendo uma sucessão, uma substituição de uma geração pela outra, em verdade não é isso que ocorre. Sobre a terminologia *gerações*, expõe Jairo Schäfer: *Em verdade, o fenômeno que se percebe é o da acumulação de direitos. Os direitos de segunda geração, ao invés de substituírem, agregam-se aos já existentes direitos fundamentais de primeira geração, e assim sucessivamente, sendo possível afirmar-se que os diversos modos de conceber os direitos não se excluem, mas se complementam. A precisão conceitual, em se tratando de direitos do homem, é indeclinável. Assim, preservando-se os objetivos dessa classificação (dado histórico), poder-se-ia afirmar que as diversas gerações, em verdade, são diferentes dimensões de um mesmo fenômeno, cuja magnitude somente é perceptível em seu conjunto*. (SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 21). No mesmo sentido afirma o professor Ingo Wolfgang Sarlet: *Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira pelo termo “dimensões” dos direitos fundamentais*. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 54).

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563.

⁴⁸ *É possível dizer que a idéia de lei que surge com a revolução francesa é uma tentativa de por fim ao modelo de estado jurisdicional que existia ao tempo do ancién regime. Estado jurisdicional que estava centrado na figura do monarca que concentrava os poderes de gubernaculum e da jurisdictio. (...). A moderna idéia de lei rompe com essa estrutura (...) e institui um novo espaço institucional no qual as decisões públicas são tomadas em um ambiente parlamentar que expressa o conteúdo da vontade geral*. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3.ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 471).

vontade do cidadão, representado pelo Legislativo, importou significativa quebra de paradigma. Aliás, não fora somente o Executivo que teve suas liberdades limitadas. O Poder Judiciário passou a ser, também, um *servo* da lei, cabendo aos magistrados, exclusivamente, a sua reprodução, ou serem meros transmissores da *sua vontade, la bouche de la loi*.⁴⁹ A liberdade e a igualdade (os homens nascem e são livres e iguais em direitos) foram também traços marcantes refletidos da Revolução de 1789. Sendo a lei a manifestação dos indivíduos/cidadãos, a aplicação desta de forma isonômica, igualitária permitia uma certa contenção aos arbítrios do monarca e dos próprios indivíduos. Entretanto, a igualdade (formal) apresentada não correspondia à realidade fática, em que os indivíduos não eram *todos* iguais, encobrindo uma realidade de desigualdades de fato (econômicas, sociais, políticas e pessoais).⁵⁰

O Estado Liberal permitiu um grande desenvolvimento econômico, de aglomerados urbanos e o crescimento de uma classe, que até então não figurava como *politicamente ativa*: a proletariada, que, por sua vez, passava a exigir maiores espaços políticos e de direitos. Soma-se a isso, uma mudança no contexto mundial com a Revolução Industrial, a I Guerra Mundial, a crise econômica de 1929, tendo como estopim para as mudanças no rumo do Estado a II Grande Guerra.⁵¹ O liberalismo do Estado era ultraindividualista e egoísta,⁵² o que impossibilitava a defesa dos menos favorecidos (a emergente classe proletariada) aumentando a desigualdade social, e que, por via de consequência, majorava a desigualdade *material*, que até então não fora foco do Estado (liberal) de Direito, podendo-se concluir e extrair que o Estado Liberal de Direito nasce com uma fórmula de garantias *formais* como a liberdade dos indivíduos, a divisão/limitação dos poderes, a primazia da lei, a segurança jurídica (que estendia esta segurança à economia – segurança econômica), nada (ou pouco) se preocupando com as questões *materiais, sociais*, da

⁴⁹ *Com a separação entre teoria e prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (b), ao concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento da aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e portanto incerto.* (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. op. cit., p. 36).

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. op. cit., p. 61.

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281-283

⁵² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. op. cit., p.69.

emergente nova classe (proletariada).⁵³ O Poder Legislativo, através da lei, não alcançava os novos anseios sociais. O Estado *Liberal* de Direito necessitava passar por uma reformulação.

2.1.2 O Estado Social de Direito e a importância do Poder Executivo

Não se pode negar a importância trazida/introduzida pelo Estado Liberal de Direito à sociedade. Grandes foram as suas contribuições e transformações à época de sua implantação, como se visualizou anteriormente. Não obstante os avanços perpetrados e que permanecem em maior ou menor grau até os dias atuais, o Estado Liberal tornou-se insuficiente para as novas aspirações sociais.⁵⁴ O proletariado, classe reprimida econômica e socialmente, não se satisfaz com a liberdade *formal* implantada no Estado Liberal.⁵⁵ A igualdade (e liberdade) perante a lei (ideal do Estado Liberal de Direito), e esta, como manifestação abstrata e coletiva, de aplicação igualitária e imparcial, tornara-se apenas um discurso *burguês*, pois a disparidade entre os indivíduos (agora burgueses e proletariados) não permitia que se efetuassem os *ajustes* objetivados pela classe proletária, frente a todas as injustiças sociais.

O Poder Legislativo fora efetivo na sua proposta (à sua época) inicial (garantia de liberdade, igualdade e segurança), entretanto os anseios da sociedade que o legitimava transformaram-se. Agora, a *nova* sociedade reivindicava uma igualdade *material: de fato*, para poder usufruir da liberdade, tão venerada no ideal Liberal. O descrédito na lei estava estabelecido através da descrença da opinião pública, pois determinados grupos de pressão poderiam obter vantagens, em detrimento de outros, ainda que de duração transitória.⁵⁶ É,

⁵³ *O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletariadas da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.* (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** op. cit., p. 188).

⁵⁴ *Os fracassos do direito da fase liberal-formal-burguesa engendraram as condições para o surgimento de um direito que passou a albergar aquilo que antes era território inóspito do modelo anterior: os conflitos sociais e as possibilidades de transformação social.* (STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e hermenêutica em países periféricos.* In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. et al. (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 201).

⁵⁵ *Si la burguesía es la clase social más inclinada al mantenimiento de la legalidad formal que cubre su predominio económico, las masas ignoran las razones formales y desean ventajas sociales y económicas que alivien su situación. La proletarización de las clases medias, orientadas en principio a la legalidad y mantenimiento del status quo, ha agudizado el proceso de desequilibrio en perjuicio de la seguridad jurídica. Hemos llegado a un momento en que se da poca importancia a la vulneración de la legalidad, con tal de que las medidas políticas obtengan resultados beneficiosos en el campo social.* (VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho.** Bolonha: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975, p. 93).

⁵⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho.** op. cit., p. 93.

então, que surge a figura do Poder Executivo como ator principal, como um garantidor da igualdade material. Se no Estado Liberal o absteísmo Estatal (limitado pela lei) se impunha como forma de garantia a liberdade burguesa, no Estado Social de Direito a intervenção estatal (do Poder Executivo) é o se que impõe.⁵⁷ A mutação do Estado Liberal ao Estado Social de Direito (re)coloca uma série de questões teóricas e práticas. Neste último caso, por exemplo, há evidente alteração operativa no papel do Estado, que atribui ao Poder Executivo (Administração Pública) a tarefa de proporcionar aos proletariados as prestações necessárias e serviços públicos para o pleno desenvolvimento da liberdade.⁵⁸

Como marco histórico do Estado Social de Direito, destaca-se a Segunda Guerra Mundial⁵⁹ juntamente à promulgação da Constituição Mexicana de 1917, à Constituição Alemã de Weimar de 1919,⁶⁰ e, posteriormente, à da Lei Fundamental de Bona de 1949,⁶¹

⁵⁷ *A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal pelo intermédio de garantias coletivas. Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público. (...). A transformação do Estado Liberal de Direito não se dá, assim, apenas no seu conteúdo finalístico, mas, também, na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei.* (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. op. cit., p. 96-97).

⁵⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 224.

⁵⁹ *Assim, a participação do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público na vida social é indiscutivelmente grande em todos os momentos da cultura ocidental, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, tendo ele adquirido um conteúdo econômico e social, para realizar, dentro de seus quadros, a nova ordem de trabalho e distribuição de bens.* (LEAL, Rogério Gesta. Poder político, Estado e sociedade. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul**. Caxias do Sul, n. 11, p. 83, dez. 2000).

⁶⁰ *A constituição de Weimar de 1919 fora ela mesma uma constituição modelo, a "mãe de todas as constituições" de entre as duas guerras, como alguém afirmou na altura. A ela se deve a constitucionalização dos direitos sociais e da economia ("constituição económica"). Foi ela que pela primeira vez ensaiou um compromisso entre o sistema de governo parlamentar, com responsabilidade do Governo perante o Parlamento, com um Presidente da República directamente eleito, dotado de importantes poderes institucionais próprios. Mas algumas das suas soluções acabaram por favorecer a instabilidade política da República de Weimar e a tomada do poder por Hitler.* (MOREIRA, Vital. **50 Anos da Lei Fundamental Alemã**. Brasília, vol. 1, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm>. Acesso em: 11 jul. 2011).

⁶¹ *Não existe constituição europeia elaborada nas últimas décadas que não tenha colhido soluções na constituição alemã. Isso é evidente desde logo na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Mas tornou-se uma verdadeira vaga com as novas constituições dos países do Leste europeu, nascidas da transição democrática de há dez anos e da fragmentação da União Soviética. A Grundgesetz tornou-se um dos mais apreciados artigos alemães de exportação. E isso não se deve somente à influência da doutrina jurídica alemã em muitos países europeus, desde a Península Ibérica à Rússia, mas sim às virtudes intrínsecas da Lei Fundamental.* (MOREIRA, Vital. **50 Anos da Lei Fundamental Alemã**. op. cit.). *Esta abundancia de calificativos puede explicarse si tenemos en cuenta que todas las Constituciones nacidas después de la catástrofe del III Reich, y por eso intentan afirmar postulados contrarios a la situación política anterior. Esto no es obstáculo para que se corrija el liberalismo clasico em ciertos aspectos sociales. De manera que al lado de los derechos de libertad aparecen, como em Weimar, los derechos sociales.* (VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonha: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975, p. 82-83).

como expoentes deste novo papel do Estado.⁶² Parte-se de um absteísmo ao intervencionismo no papel do Estado.⁶³ De um Estado de funções mínimas (garantia da liberdade, propriedade e segurança) para um agigantamento de suas atribuições (saúde, previdência, moradia, trabalho, educação, etc.). O desenvolvimento do Estado Social de Direito, Estado Assistencial, ou *État Providence* ou, ainda, *Welfare State*, pode ser creditada em face de duas razões: uma de ordem política, através das lutas pelos direitos individuais, políticos e sociais, e outra de natureza econômica,⁶⁴ da transformação de sociedade agrária para industrial.⁶⁵

A propriedade, antes gozada de forma plena, agora passa a ter uma *função social*. O mercado que se regulava por suas próprias leis (econômicas), agora, limitado, precisa estar atento às normas editadas pelo Estado. O indivíduo passa a gozar de uma *liberdade limitada*. Se antes o Rei/Estado/Executivo era limitado em suas liberdades (arbitrariedades) pelo cidadão (via Parlamento), agora, com o objetivo fundamentalmente social, a própria sociedade limita-se em suas liberdades, atribuindo ao Estado/Executivo um poder/função capaz de alcançar e buscar a igualdade material: a implementação de políticas públicas/sociais.⁶⁶ Se no Estado Liberal a lei incorporava o direito, haja vista que esta

⁶² Nesta seara expõe Ferreira Filho: *A consagração do chamado Estado-Social, ou Estado de Bem-Estar, depois da Segunda Guerra Mundial, leva muito adiante a tendência desempenhada pelo intervencionismo. Faz predominar a concepção de que o Estado é como que uma divindade benevolente, onisciente, quase onipotente (recorde-se a profecia de Tocqueville), apta a transformar a sociedade e o homem, tornando aquela mais justa, este mais feliz.* (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42).

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. op. cit., p. 69.

⁶⁴ *Las funciones tradicionales del estado se modifican en primer lugar para servir a las necesidades de la economía.* (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madri: Editorial Trotta, 1997, p. 188). *As próprias necessidades da Guerra impeliam o Estado a uma intervenção decisiva na vida e econômica (com as restrições à liberdade contratual e ao direito de propriedade, a disciplina pública de importantes sectores industriais e da comercialização da generalidade de bens, o fraccionamento político dos mercados internacionais).* (...). *Estava definitivamente ultrapassada a fase da autarquia e independência da esfera econômica e social do Estado político (...). O Estado, no seu conjunto – e não apenas os mais lúcidos protagonistas – reconhecia agora a necessidade de superar os pressupostos do liberalismo e assumia, no objectivo da prossecução da justiça social, a via para a integração das camadas até então marginalizadas.* (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. op. cit., p. 182-183).

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. op. cit., p. 79. *A história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada questão social.* (Idem, ibidem, p. 149).

⁶⁶ *El paso del Estado liberal al Estado social de Derecho ha supuesto una radical mutación en su propia significación jurídico-política, pero si que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de Derecho, o que sus postulados se hayan traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y contenido institucional del Estado de Derecho. Desde esta óptica se insiste, en suma, en que, sin renunciar a las garantías jurídicas del Estado de Derecho, el Estado social de Derecho ha supuesto además la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado*

surgia como uma forma de limitar os poderes o Rei/Executivo opressor, ou seja, para o Direito, bastava a lei com a consequente abstenção estatal, os direitos sociais, buscados no Estado Social, exigiam(gem) um comportamento ativo da Administração Pública, possuindo uma dimensão positiva: a *atuação* do Estado/Poder Executivo. A ação deste Poder é que propicia ao indivíduo este alcance da igualdade, até então meramente formal. Em suma: os direitos passam a ser exercidos através do Estado (Administração). Andreas J. Krell⁶⁷ coloca que os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, impondo ao Poder Público certas prestações materiais, as chamadas políticas sociais: de educação, saúde, assistência, trabalho, habitação, etc. *O homem atual interioriza psicologicamente o seu estatuto de dependência e sublima-o numa reivindicação de atividade assistencial, numa posição essencialmente utilitarista face ao Estado.*⁶⁸ Para garantir ao que o Estado de Direito, agora, se propunha, necessitava de um Poder Executivo forte – Estado Administrativo –⁶⁹⁻⁷⁰ que, igualmente ao Poder Legislativo, devidamente legitimado pelo voto, passou a ter maior pujança frente aos demais Poderes (Legislativo e Judiciário). Comparando o Estado Liberal e Social, anota Manuel Garcia-Pelayo:⁷¹

Enquanto o Estado tradicional se apoiava na justiça comutativa, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva; enquanto o primeiro atribuía direitos sem fazer menção ao seu conteúdo, o segundo distribui bens jurídicos dotados de conteúdo material; enquanto aquele era fundamentalmente um Estado legislador, este é, basicamente, um Estado gestor, cujas condições devem submeter-se às várias modalidades de legislação (predomínio dos decretos-leis, leis-medida, etc.); enquanto um se limitava a assegurar a justiça legal de caráter formal, o outro amplia seu raio de ação até a justiça legal-material. Enquanto o adversário dos

liberal de Derecho, lo que ha exigido profundos cambios en sus técnicas operativas. (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho.** op. cit., p. 226).

⁶⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito.** op. cit., p. 186. Segue o autor citando Forsthoff: *o homem moderno, a quem foi subtraído o controlo de sua existência, não vive apenas no Estado, mas sobretudo do Estado.* (Idem, ibidem, p. 186).

⁶⁹ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade.** Tradução de Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 5.

⁷⁰ Nas palavras de Jorge Reis Novais, o Estado administrativo, caracterizar-se-ia pela passagem do centro gravitacional da vontade decisiva para a Administração, traduzindo-se no incremento das funções não jurídicas e na instrumentalização das jurídicas, na diluição das fronteiras entre lei e Administração e na prevalência do Executivo sobre o Legislativo. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito.** op. cit., p. 189-190).

⁷¹ GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo.** Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14.

valores burgueses clássicos era a expansão da ação estatal, para limitação da qual foram instituídos os mecanismos adequados – direitos individuais, princípio da legalidade, divisão de poderes, etc. –, o único caminho para assegurar a vigência dos valores sociais é a ação do Estado, para a qual também se devem desenvolver os mecanismos institucionais adequados. Ali se tratava de proteger a sociedade do Estado. Aqui se trata de proteger a sociedade através do Estado. Ali se tratava de um Estado cuja ideia se realizava pela inibição; aqui se trata de um Estado que se realiza por meio da sua própria ação, que se concretiza através de prestações sociais, de direção econômica e da distribuição do produto nacional.

Tendo em conta os direitos fundamentais, o Estado Social dá ensejo aos direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, culturais e econômicos, resultantes deste processo evolutivo histórico de formação e consolidação do Estado, agora de proposta *social*. Os direitos de segunda dimensão, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, exigem, como regra, uma não-abstenção do Estado, ou seja, uma ação, que lhes dá a característica de *positivos*. A Administração Pública assume uma função prestacional. Entretanto, observa Ingo Sarlet⁷² que:

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.

O que diferenciaria basicamente os direitos fundamentais de primeira para os de segunda dimensão é que no primeiro caso, por se tratarem de direitos de defesa frente à atuação do Rei/Executivo, exigiam(gem) uma inação do Estado (um *nom facere*),⁷³ enquanto os últimos uma atuação (um *facere*) estatal, uma prestação positiva de natureza material ou fática.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. op. cit., p. 55. No mesmo sentido afirma AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81: *Primeiramente, cumpre dizer que a identificação dos direitos sociais como positivos é artificial. Há direitos sociais que são eminentemente negativos, como o direito de sindicalização e o direito de greve, que não demandam qualquer conduta estatal intrinsecamente relacionada. Feita a ressalva, cumpre ver que há “direitos” cuja eficácia não depende necessariamente de uma ação estatal. A liberdade de expressão e de credo são bons exemplos disso. De outro lado, há “direitos” cuja eficácia depende intrinsecamente de uma conduta estatal positiva, como dos direitos ligados à assistência social.*

⁷³ *El Estado social de Derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado.* (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. op. cit., p. 229).

O Poder Judiciário ou a *aristocracia judicial*⁷⁴ fora um dos alvos da Revolução Iluminista, o que, tanto no Estado Liberal quanto no Social de Direito, determinava a baixa credibilidade dos magistrados: *os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração.*⁷⁵ Assim, com um Poder Judiciário pouco respeitado e o Poder Legislativo limitado à emissão de leis,⁷⁶ inegavelmente o Poder Executivo (Administração Pública) obteve o reconhecimento pelo trabalho alcançado frente às novas demandas sociais. No Estado Social de Direito, boa parte da legislação material é implantada pela Administração Pública (Executivo) via decretos-lei ou regulamentos.⁷⁷ Além disso, a lei (em sentido formal) passa a ter, em sua grande maioria, origem em projetos apresentados pelo Executivo.⁷⁸

Se é inegável o crescimento e fortalecimento das funções do Executivo, é evidente, também, que este Poder pecou no seu discurso, nas suas promessas. A escassez de recursos, aliada à má aplicação destes, levou a Administração a perder a confiabilidade nele depositada. Ou seja, o Poder Executivo viu-se frente a uma procura maximizada por serviços públicos, devidamente garantidos pela Lei e pela Constituição, mas que não

⁷⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p.41. Seguem os autores: *O temor de um “gouvernement des juges” pairava como uma sombra as reformas francesas pós-revolucionárias, lançando suas matizes sobre o processo de codificação. A ênfase na completa separação dos poderes, com todo o processo legislativo alocado na legislatura eleita, foi uma forma de assegurar que ao judiciário seria negado o poder de elaborar o direito.* (Idem, ibidem).

⁷⁵ Expõe Francisco José Borges Motta: *a busca pela certeza do direito, como ideal do racionalismo, foi exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura e seus compromissos com o Anicién Regime, o que desaguou na era das grandes codificações do direito (...)*. (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 129).

⁷⁶ *Se afirma así un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de leyes que simplemente indican tareas, restablece situaciones de supremacía necesarias para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización. En estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley. Em presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro un fin de interés público. (...). En estos casos, en efecto, es propio de la Administración, y no de la ley, individualizar el área sobre la que debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica. Por tanto, correspondería también a la Administración establecer la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos.* (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. op. cit., p. 35).

⁷⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. op. cit., p. 44.

⁷⁸ Idem, ibidem, p. 45.

conseguiram ser prestados eficientemente por ele. Se, na evolução histórica, o Poder Legislativo sucumbiu frente a uma nova demanda por parte da sociedade, agora quem se mostra ineficiente é a Administração Pública (Poder Executivo).

2.1.3 O Estado Democrático de Direito e o protagonismo do Poder Judiciário: o guardião da Constituição

Ainda que teoricamente exista uma simetria entre todos os Poderes, viu-se ao longo da história moderna (a partir da Revolução Francesa) que em cada período um *Poder* prevaleceu sobre o outro. Não em razão das suas funções, pois todos mantiveram as mesmas,⁷⁹ mas sim em relação ao seu prestígio frente à própria sociedade.

O Estado Social de Direito coloca(va) uma realização material das aspirações e necessidades reais da sociedade. Não obstante ser esta a sua intenção, o fracasso pelo Poder Executivo levou a sociedade a tomar *novos* rumos. Neste sentido, o Estado Democrático de Direito⁸⁰ possui um *conteúdo transformador da realidade*.⁸¹ Com a lei já

⁷⁹ Afirmativa contrária faz Nicola Picardi: *De outra parte, as várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas que estão na origem do deslocamento dos poderes ao judiciário. Trata-se do fenômeno pela qual a magistratura assume tarefas originariamente atribuídas a outros órgãos do Estado, substituindo-os.* (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6). Seguindo-se este pensamento, tem-se, necessariamente, que defender a tese de que o judiciário esta(ria) agindo contra o próprio regime constitucional, republicano e democrático, realizando funções que não lhe cabem, e invadindo as funções dos demais Poderes, o que não parece o correto. *Não se trata de o Poder Judiciário assumir o papel do Executivo ou Legislativo como elaborador e executor de políticas, e sim de definir se essas são efetivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados institucionalmente.* (DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007, p. 52).

⁸⁰ A expressão *Estado Democrático de Direito* foi cunhada pela primeira vez pelo espanhol Elías Díaz na obra *Estado de derecho y sociedad democrática* em 1966. Para este autor o Estado Social de Direito era uma realidade surgida desde a I Guerra Mundial e que é caracterizada pela institucionalização jurídico-política da democracia social e do capitalismo maduro, permitindo compatibilizar o neocapitalismo com o intervencionismo do Estado, dando espaço através de vias pacíficas e de liberdade (formal e real) a uma sociedade onde conseqüentemente podem implantar-se muitos níveis de igualdade e liberdade real, onde a democracia e o socialismo não são somente compatíveis, mas que também se fortalecem e se consolidam mutuamente. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. op. cit., p. 230). Em escrito mais recente (1978) Elías Díaz colacionou que: *capitalismo y Estado liberal eran compatibles, lo mismo que lo son neocapitalismo y Estado social de Derecho; pero lo eran con una sola condición: la de no hacer ni poder hacer efectivas para todos los hombres, ni siquiera (y esto me parece muy importante) para una considerable mayoría, las referidas exigencias – ley expresión de la voluntad popular, derechos humanos, es decir, derechos propios de todos los hombres, etc. – que se aducían como criterios legitimadores de tal Estado de Derecho. Con todo, la poca libertad que existe en el mundo se ha conquistado de modo preferente, no lo olvidemos, en el marco contradictorio de tales Estados. El objetivo del Estado democrático de Derecho es justamente el de hacer realidad aquellas exigencias incumplidas: para ello, lo que se propone como base es la liquidación del sistema neocapitalista y el paso progresivo a un modo de producción socialista (que hoy debe saber armonizar planificación y autogestión para lograr un*

sem seu prestígio das décadas liberais,⁸² e a Administração sem conseguir cumprir suas tarefas, necessita(va) o cidadão de um *documento* ou *Poder* que incorporasse suas intenções, seus direitos, suas garantias, enfim, transformasse todos seus objetivos formalmente idealizados em ações concretas. É neste sentido que se coloca o Estado Democrático de Direito: como um representante constitucional da realização do Estado Social, como um *plus* normativo.⁸³

Além deste *plus* normativo, o Estado Democrático de Direito apresenta como pressupostos: constitucionalidade (vinculação a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica); organização democrática da sociedade; justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades sociais; igualdade formal e material; divisão de Poderes ou de Funções; sistema de direitos fundamentais; segurança e certeza jurídicas, e legalidade como medida do direito, isto é, através de uma ordenação racional de regras, formas e procedimentos, excluidores de arbítrios.⁸⁴ No Brasil, o estudo acerca do Estado Democrático de Direito requer o estudo das ideias fundamentais das Constituições modernas, bem como de suas próprias Constituições, para aí, sim, chegar-se a uma conclusão conceitual do que configure o *Estado Democrático de Direito*.

Seguindo a linha acima citada de Lenio Streck e José Luis Bolzan, ainda que o Estado Democrático de Direito se apresente com diversos pressupostos, diante das limitações estabelecidas ao presente trabalho, dar-se-á ênfase ao caráter Constitucional,⁸⁵ bem como de sua *vinculação* aos demais Poderes (principalmente o Judiciário), pois *o constitucionalismo no Estado Democrático de Direito acrescenta um 'mais' ao Direito*

verdadero control colectivo de la economía). (DÍAZ, Elías. **Legalidad – legitimidad en el socialismo democrático**. Madri: Editorial Civitas, 1978, p. 157).

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. op. cit., p. 97.

⁸² *La crisis del Estado de derecho en su versión legislativa o liberal es así la crisis de la ley y del derecho, en su imagen tradicional, en tanto que mecanismos de regulación y programación social*. (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. op. cit., p. 55).

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011, p. 47.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. op. cit., p. 98-99.

⁸⁵ *O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada, no campo do direito constitucional*. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002, p. 143).

*Social, (...) porque estabelece no próprio texto constitucional os diversos mecanismos para o resgate das promessas da modernidade.*⁸⁶

2.2 Ideias fundamentais das Constituições modernas no Estado de Direito

Ainda que o tema sobre as Constituições modernas⁸⁷ seja altamente instigante e complexo, requerendo muito mais que poucas páginas para desvelá-lo pormenorizadamente, a sua abordagem delimitar-se-á acerca das ideias fundamentais, e os reflexos originados principalmente no Estado Democrático de Direito, sendo, neste caso, dada relevância ao caso brasileiro.

A Constituição, ainda que tenha sido *maximizada*⁸⁸ no Estado Democrático de Direito, não é obra exclusiva deste período jurídico-político-social. Estas Cartas vêm acompanhando o desenvolvimento (a evolução) da sociedade, e, em cada momento histórico, refletindo a visão que se tem de Estado, conjuntamente com as demandas sociais. Desta forma, necessária faz-se a reflexão de algumas ideias básicas acerca das Constituições e suas mutações, marcadas pela transformação de seu conteúdo da passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito e, ao final, para o Estado Democrático de Direito. Antes, contudo, algumas considerações. Ferdinand Lassale,⁸⁹ Carl Schmitt,⁹⁰ Hans

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** op. cit., p. 143.

⁸⁷ Paolo Di Ruffia compreende como Constituições modernas as Constituições escritas, que remontam as revoluções norte-americana e francesa, com a ressalva da Inglaterra, que, por exceção à regra, ainda possui um número considerável de regras constitucionais consuetudinárias, com frequência provenientes do medievo, mas, ainda assim, com inúmeras leis ordinárias e atos normativos de ordem materialmente constitucional como a Carta Magna de 1215, o *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Settlement* de 1701. (DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”: las constituciones modernas.** Tradução de Héctor Fix-Zamudio, México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 503). José Joaquim Gomes Canotilho entende por Constituição moderna *a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.* Desdobra este conceito em dimensões que a Constituição moderna incorporaria: *ordenação jurídico-política plasmada num ‘documento escrito’; declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de ‘direitos fundamentais’ e do respectivo modo de ‘garantia’; organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-los um ‘poder limitado e moderado’.* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52). Sobre esta perspectiva conceitual de Constituição moderna versará o presente estudo.

⁸⁸ *Plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito* (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** op. cit., p. 47).

⁸⁹ A quem se atribui um sentido sociológico de Constituição, sendo para ele: *essa é, em síntese, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país. (...). Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento,*

Kelsen,⁹¹ Konrad Hesse,⁹² José Joaquim Gomes Canotilho,⁹³ todos teóricos constitucionalistas introduziram no ordenamento jurídico (inter)nacional relevantíssimas contribuições acerca do tema *Constituição*. Entretanto, os limites estabelecidos ao presente estudo impedem o (devido) aprofundamento sobre as teorias introduzidas pelos renomados autores. Da mesma forma não se atará às mais diversas classificações dadas às Constituições, tais como: materiais ou formais, escritas ou não-escritas, promulgadas ou outorgadas. A reflexão acerca de algumas ideias das Constituições cingir-se-á ao cotejamento destas a cada momento (ultra)passado pelo Estado de Direito: do Liberal ao Democrático.

incorporamos a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. (LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Tradução de Leandro Farina. 3.ed. São Paulo: Editora Minelli, 2006, p. 35). *Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.* (Idem, ibidem, p. 64).

⁹⁰ Apresenta um sentido político de Constituição: *es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas 'leyes' constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una 'decisión política del titular del poder constituyente', es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.* (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. op. cit., p. 47).

⁹¹ Kelsen dá à Constituição um sentido jurídico, como norma superior responsável por ordenar a produção de normas inferiores. *A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas. A sua unidade é fruto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta o escalão apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do Direito positivo mais elevado.* (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 249).

⁹² *Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto 'ciência da realidade'.* (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11). Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (Idem, ibidem, p. 15-16). Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de *Constituição*. (Idem, ibidem, p. 19).

⁹³ A tese defendida pelo autor aponta a Constituição como uma *norma programática* vinculando a atividade legislante bem como os atos administrativos à Constituição. Neste sentido, *o complexo normativo-constitucional, de tarefas estaduais, de fins socio-econômicos, de directivas materiais, estaria inserido em um bloco programático-dirigente.* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Lisboa: Editora Coimbra, 2001, p. 174-175).

O primeiro grande marco constitucional escrito de relevante interesse histórico foi a declaração de independência das treze colônias norte-americanas em 4 de julho 1776, que culminou em 1787 com a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América.⁹⁴ Fora a primeira vez que pôde ser sentida por toda humanidade as primeiras afirmações de caráter universal.⁹⁵ Aliás, foi o *primeiro* em vários sentidos:

Primeiro grande Estado de tipo europeu formado fora da Europa; primeira revolução vitoriosa que se revela também como anticolonial, mas que encerra contradições de caráter racial (algumas ainda hoje por resolver); primeira e mais duradoura Constituição escrita em sentido moderno; Constituição de base legal modelada pela jurisprudência, em conexão com o controlo da constitucionalidade; primeiro Estado federal (forma de Estado mais evoluída que a união real); primeiro Estado a decretar a separação das confissões religiosas; primeira república alicerçada no princípio democrático; primeiro sistema de governo presidencial por aplicação directa da doutrina da separação dos poderes.⁹⁶

Posteriormente à Constituição norte-americana, pode-se citar como outro grande marco histórico constitucional a Constituição Francesa de 1791. Posta sobre forte influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,⁹⁷ apresenta uma estrutura bem simplificada, apresentando os direitos individuais, os limites e obrigações do poder estatal, a estrutura, atribuições e relações dos órgãos do Estado.⁹⁸ Serviu como rompimento paradigmático com o Estado absoluto, introduzindo a ideia de monarquia constitucional e um modelo representativo clássico atribuindo o poder executivo ao Rei e o Poder Legislativo a uma Assembleia,⁹⁹ ou seja, uma monarquia limitada ao poderes e vontades do Legislativo (representante do povo).¹⁰⁰

⁹⁴ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: teoría del constitucionalismo moderno.** Tradução de Francisco Javier y Manuel Martínez Neira, Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 161. É claro que esta data é mencionada apenas como marco histórico, pois sabe-se que o direito constitucional norte-americano teve origens em anos antecedentes, talvez desde as três Cartas concedidas à Companhia da Virgínia (1606, 1609 e 1612), cada uma concedendo privilégios a esta colônia. Neste sentido, talvez, as Cartas concedendo privilégios, autonomias e poderes às colônias norte-americanas, sejam as primeiras experiências escritas, que possivelmente pode ter refletido na Constituição escrita dos Estados Unidos da América. (Idem, Ibidem, p.176 e ss.).

⁹⁵ DI RUFFÌA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”: las constituciones modernas.** op. cit., p. 505.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 6.ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1997, Tomo I, p. 85.

⁹⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 462.

⁹⁸ Idem ibidem, p. 463.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** op. cit., 97.

¹⁰⁰ *Sieyès introduce en la cultura francesa un concepto que ya había sido enunciado en la Revolución americana: sólo un poder constituyente, sólo unos representantes extraordinarios, delegados ad hoc, pueden escribir el pacto constitucional. De la soberanía del pueblo pasamos así a un poder ‘constituyente’ ilimitado,*

Ainda que de realidades sociais distintas, tanto o constitucionalismo norte-americano como o francês apresentam algumas proximidades: *soberania popular, governo representativo, subordinação do poder à lei, divisão dos Poderes, reserva de lei e legalidade da administração, proteção da propriedade e da liberdade dos cidadãos*.¹⁰¹ Está-se diante dos ideais liberais que constituíram o Estado Liberal de Direito.

Assim como as primeiras Constituições representaram à sua época os anseios da sociedade liberal esculpindo o Estado Liberal de Direito, não fora diferente com o Estado Social de Direito. Foi após a I Guerra Mundial que as Constituições passaram a apresentar modificações mais substanciais. Desapareceram os grandes impérios centrais, proclamando-se sistemas republicanos em substituição.¹⁰² Começaram a aparecer, ao lado dos direitos individuais e direitos políticos (liberais), os *direitos sociais*. Neste caso, têm-se como Constituições paradigmáticas a Constituição do México de 1917¹⁰³ e de Weimar de 1919.¹⁰⁴ É a Constituição de Weimar a primeira das grandes Constituições europeias a se preocuparem com as questões sociais/econômicas, em contraste com a aparente neutralidade das constituições liberais de século passado, introduzindo em seu corpo questões como educação, vida econômica, limitações aos princípios da liberdade contratual e à propriedade privada em razão da função social e direitos sociais.¹⁰⁵ Corrompida a utilização desta Constituição pelo nazismo,¹⁰⁶ a Constituição pós II Guerra Mundial, a Lei Fundamental de Bona (1949), apresenta-se com normas sociais semelhantes, pautada,

que establece los poderes ‘constituídos’, que deberán actuar dentro de los límites marcados por la propia constitución. (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: teoría del constitucionalismo moderno.** op. cit., p. 228).

¹⁰¹ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 314.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** p. 201.

¹⁰³ *O constitucionalismo social teve como obras precursoras as Constituições da Venezuela de 1811 e do México em 1917. Entretanto, nos países europeus, passaram deslembradas, colocando em destaque a Constituição de Weimar, enquanto a do México é de dois anos antes. Homenageiam a Constituição de Cadiz, quando a Carta Venezuelana em 1811, um ano antes já trazia a mesma moldura.* (BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado.** 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 366).

¹⁰⁴ *A Constituição do Reich alemão, aprovada em 11 de agosto de 1919 na cidade de Weimar, pode considerar-se o mais importante texto nessa altura concebido e espelha bem toda a mudança do modo de encarar os problemas políticos, sociais e econômicos do século XIX para o século XX.* (Idem, ibidem, p. 201).

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 202.

¹⁰⁶ *A Constituição de Weimar centralizou os poderes da República, em detrimento dos Estados, reforçando uma tendência unitária. O seu artigo 48 possibilitava a ditadura, visto que previa a suspensão das liberdades públicas, legislando ao alvêdrio do parlamento, em circunstâncias excepcionais, apreciadas discricionariamente pelo próprio presidente. Isto explicaria a chegada ao poder de Adolf Hitler e o respaldo constitucional de seus atos.* (AGESTA, Luis Sánchez. **Curso de derecho constitucional comparado.** 7.ed. Madri: Universidade de Madri seção de publicações, 1988, p. 314).

principalmente, pela dignidade da pessoa humana. É a primeira Constituição *nominalmente* social.¹⁰⁷ A corporificação de reivindicações sociais às Constituições do século XIX marca o Estado Social de Direito.

Com relação à adjetivação *democrático* ao Estado de Direito, passa-se a ter conotações diferentes entre os países europeus/norte-americanos e o Brasil. A *democracia* não é um termo de tempos modernos, aliás, muito pelo contrário. Aristóteles em *A Política* já escrevia sobre *democracia*. Com relação a esta característica, parte-se do pressuposto de que o *povo* seja o pilar de sustentação do Estado Democrático, ou seja, *busca sua justificação – pretende sua legitimação – a partir do povo*.¹⁰⁸ Nesta linha de raciocínio, Estado Democrático seria o Estado de Direito baseado originariamente na maior ou menor participação da sociedade nas questões políticas. Pode-se, inclusive, afirmar, que tanto o Estado Liberal quanto o Estado Social de Direito, assim como já eram Estados constitucionais,¹⁰⁹ o eram também democráticos (neste último caso em maior ou menor grau dependendo de cada momento histórico).¹¹⁰

No Brasil, entretanto, a expressão Estado *Democrático* de Direito vem cunhada de forma diferenciada aos demais países que serviram de base para a caracterização do *Estado Liberal e Estado Social de Direito*, como já dito, em ambos os modelos já *democráticos e constitucionais*. Em terras brasileiras, a ótica do Estado Democrático de Direito *deve ser*

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. p. 203.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010, p. 97. Segue o autor: *por outro lado aquele que irá ditar os caminhos do Estado, no que tange às suas estruturas políticas vigentes, é o denominado povo-ativo. Aquele que se constitui no legítimo destinatário dos direitos políticos e tem soberanamente a prerrogativa de, tempo a tempo, alterar os que representam seus desejos através do processo eleitoral*. (Idem, ibidem).

¹⁰⁹ *O Estado Constitucional incorpora uma tradição jurídico-política que formata o poder político sob a lógica de um poder limitado e controlado e, além disso, reconhece os direitos humanos como conteúdos fundamentais que direcionam o poder, voltado à sua consecução como finalidade da ação estatal; e, como tal, é um produto da história, por isso, dinâmico bastando perceber a passagem – no âmbito do liberalismo – do Estado Mínimo ao Estado Social; dos direitos de liberdade aos direitos de solidariedade, etc.* (MORAIS, José Luis Bolzan de. O estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. et al. (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177).

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. op. cit., p. 83. *As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito*. (Idem, ibidem). *A expressão ‘Estado constitucional’ parece ser de origem francesa, a expressão ‘governo representativo’ de origem aglo-saxônica e a expressão ‘Estado de Direito’ de origem alemã: o Estado social de Direito é indissolúvel da estruturação democrática do Estado, o que, se por um lado exclui, como veremos, a ideia de sua eventual antinomia ao Estado democrático de Direito, rejeita desde igualmente, e desde logo, qualquer possibilidade de caracterização como Estados sociais de Direito de regimes onde não se verifique a existência de uma verdadeira democracia política*. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. op. cit., p. 209).

*vista como instrumento de transformação social.*¹¹¹ Para entender como na *República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* constitui-se o *Estado Democrático de Direito*¹¹² e, como esta adjetivação interfere no modo de agir dos Poderes, é necessária, ainda que perfunctoriamente, uma análise histórica de suas Constituições, o que se passa agora a expor.

2.2.1 As Constituições brasileiras: da Liberal à Democrática de Direito: uma breve, mas necessária, análise

A anterior análise feita sobre as ideias fundamentais das Constituições modernas possibilita demonstrar em que quadra histórica se encontra o Brasil. As Constituições brasileiras, de modo geral, têm funcionado como *locus* de ressonância das ideias do estrangeiro. Ademais, tem-se o hábito de desrespeitar os mandamentos constitucionais e, mesmo quando as Constituições alteram as normas de vida em vigor e prometem modificações substanciais, a praxe, os costumes e até as leis ordinárias se incumbem de, pouco a pouco, fazê-las regredir ao estado primitivo, impondo o espírito de conservação.¹¹³

Com traços¹¹⁴ visivelmente liberais, a constituição (outorgada) de 25 de março de 1824 foi a primeira¹¹⁵ Magna Carta brasileira: a *Constituição do Império do Brasil*, associação política de todos os cidadãos brasileiros (artigo 1º). Dividia o território em províncias, adotando como forma de governo a Monarquia constitucional, tendo Dom Pedro I como Imperador e representante do Poder Moderador.¹¹⁶ Ainda que apresentando

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** op. cit., p. 43.

¹¹² Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹¹³ Fabio Lucas. **Conteúdo social nas constituições brasileiras.** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1959, p. 43.

¹¹⁴ *A Constituição do Império, objeto agora de consideração, não foi na história do País a Constituição-modelo do nosso liberalismo. Com efeito, em matéria de texto só houve liberalismo na plenitude com o advento da República. Teve a Constituição, contudo, um alcance incomparável, pela força do equilíbrio e compromisso que significou entre o elemento liberal, disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o status quo e, se possível, tolher indefinidamente a mudança e o reformismo nas instituições.* (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 95).

¹¹⁵ Para Cesar Saldanha Souza Junior em verdade o Regimento Régio de 17 de dezembro de 1548 fora a primeira Constituição, visto que regulava minuciosamente a organização e a composição do Governo, bem como a sua forma de instalação: fundava o Estado, organizava funcionalmente o território, o poder político, cuidando desde logo a defesa do território. (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 15).

¹¹⁶ O sistema de tetrapartição de poderes foi mais formal que material porque o Imperador além do Poder Moderador (artigo 98) exercia, também, a chefia do Poder Executivo (artigo 102), reunindo na figurado do Imperador a chefia de Estado e do Governo. Materialmente a Constituição do Império era, de fato,

fortes bases liberais, com inspirações francesas e inglesas, trazia, ainda que poucas, regras sociais como o socorro público e a instrução primária gratuita.¹¹⁷ *Fomos o único país das Américas a ingressar no regime constitucional sob a inspiração monárquica,*¹¹⁸ mas, ainda assim, teve o mérito de construir uma unidade nacional bem sucedida de sistema representativo liberal de toda a América, adotando o sistema (representativo liberal) mais avançado do Ocidente, próprio de nações já urbanizadas e de industrialização já iniciada, e com um eleitorado razoavelmente independente, o que, porém, destoava das realidades nacionais: um país arcaico, eminentemente rural e um eleitorado pouquíssimo instruído.¹¹⁹ Socialmente a Constituição de 1824 representava o desejo dos ricos, proprietário de terras, latifundiários e escravocratas, imbuídos de idéias liberais.¹²⁰ Foi, entretanto, até os dias de hoje, a Constituição com vida mais longa, e que nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco justifica-se pela larga construção interpretativa possibilitada pela Carta, que *aos poucos fora se afeiçoando às condições peculiares do nosso país.*¹²¹

Enquanto a Constituição do Império sofreu forte influência francesa, a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 incorporou os ideais da Carta Magna Norte-Americana tendo como elaborador de seu projeto Rui Barbosa. O parlamentarismo monárquico, unitário e centralizado do período imperial fora substituído pelo presidencialismo democrático, republicano e federativo¹²². Da tetrapartição orgânica de Poderes, incorpora-se a tripartição de Montesquieu. Assim como aceito no costume Inglês,

presidencialista. (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** op. cit., p. 30-31). *O poder moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível, sendo a pessoa do Imperador inviolável, e sagrada, não sujeito a responsabilidade alguma* (artigo 99). (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** op. cit., p. 98). *D. Pedro I trazia no velho sangue peninsular, a tradição do poder absoluto, e que o levava a ceder sempre tardiamente aos desejos de liberdade do povo (...)*. (OTAVIO FILHO, Rodrigo. **A constituinte de 1823.** Rio de Janeiro: Renascença Editora, 1932, p. 25-26).

¹¹⁷ Artigo 179. Ver ainda: BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado.** op. cit., p. 132.

¹¹⁸ Fabio Lucas. **Conteúdo social nas constituições brasileiras.** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1959, p. 47.

¹¹⁹ SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** op. cit., p. 35-36. *O Brasil, logo após a independência, dá impressão de uma criança mal educada e a quem deram liberdade antes do tempo. O país sentiu o choque brusco demais na passagem do regime de natural opressão da metrópole para o de independência; e a reação contra o velho Portugal, não fez esperar, com a explosão de um nacionalismo bem explicável e defensivo e que visava apagar, quanto antes, da vida pública nacional, todos os vestígios da dominação lusitana.* (OTAVIO FILHO, Rodrigo. **A constituinte de 1823.** op. cit., p. 22).

¹²⁰ Fabio Lucas. **Conteúdo social nas constituições brasileiras.** op. cit., p. 49.

¹²¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 119.

¹²² *Com relação à federação brasileira há de se destacar uma distinção com a federação norte-americana. Nesta enquanto há uma união de entes inicialmente separados, no Brasil havia uma unidade consolidada, pretendendo-se com a federação uma descentralização de poder.* (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** op. cit., p. 40.)

há o funcionamento de uma Suprema Corte, apta a apreciar a validade das leis frente à Constituição (artigo 59) e a inconstitucionalidade dos atos do poder, conferindo ao Poder Judiciário *a importante prerrogativa de conferência de legalidade e constitucionalidade dos atos do poder público, com o que o elevava a uma verdadeira eminência de poder do Estado.*¹²³

Do ponto de vista ideológico, a primeira República coroa o liberalismo no Brasil.¹²⁴ Entretanto, sob o ponto de vista sociológico, o presidencialismo e a democracia-liberal acabaram ajustando-se à *velha mentalidade patrimonialista, pela qual quem ocupa o poder político, de certa forma, é o dono do País, o tutor da sociedade, o pai dos pobres.*¹²⁵

O presidencialismo democrático, trazido da experiência Norte-Americana, não gozou de eficácia imediata, pois se tem que ter presente que o Brasil por mais de trezentos anos somente conhecera a monarquia e o Estado centralizado, e desde 1840, praticava o parlamentarismo.¹²⁶ A sociedade, definitivamente, não estava culturalmente preparada para esta mudança. Nesta esteira, escreveu José Murilo de Carvalho:

Mais difícil de avaliar é o impacto da proclamação do novo regime a nível das mentalidades. Entre as elites, houve sem dúvida a sensação geral de libertação, que atingiu não só o mundo das ideias mas também dos sentimentos e das atitudes. Não há estudos sobre este ponto, mas não seria exagerado dizer que a saída da figura austera e patriarcal do velho imperador, que imprimia forte marca em toda a elite política e mesmo em setores mais amplos da população, significou a emancipação dos que seriam simbolicamente seus filhos¹²⁷

¹²³ PACHECO, Claudio. **Novo tratado das constituições brasileiras: direito constitucional geral e brasileiro: noções gerais e história constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 1990, v.1, p. 67. *A revolução verificada no início do século XIX nos Estados Unidos, com a decisão ‘Marbury vs. Madison’, em que o Tribunal Supremo dos Estados Unidos reivindicou para si o direito de aferir a conformidade constitucional do conteúdo e do modo de formação das próprias leis do Congresso, permaneceu durante um século uma instituição puramente norte-americana.* (MOREIRA, Vital. **O futuro da constituição.** op. cit., p. 317).

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** op. cit., p. 249. O estatuto brasileiro, diz Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, é um dos mais liberais do universo, pois em quase todos os outros amparam somente o *cidadão* contra os abusos do Executivo, o brasileiro, protege inclusive os estrangeiros residentes no país contra qualquer dos poderes. (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Commentários à Constituição brasileira.** op. cit., p. 689).

¹²⁵ *A democracia vestia-se no estilo liberal, mesmo porque, à época, era o único modelo de democracia disponível no Ocidente. Sociologicamente, porém, o processo político liberal não logrou efetividade. A Constituição real consistia na política dos governadores e no coronelismo.* (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** op. cit., p. 43).

¹²⁶ SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** op. cit., p. 44.

¹²⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi.** 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 26. Segue o autor: *Alguns anos mais tarde, depois de assistir aos acontecimentos que cercaram a proclamação da República, o representante francês, Blondel, observou que o povo do Rio, “antes surpreso que entusiasmado não pode compreender o que se passa”. (...). O que na realidade diziam os representantes era que qualquer semelhança entre os sistemas políticos do Brasil e da*

Ainda assim, não se pode retirar da Carta de 1891 sua importância enquanto consagração da garantia dos direitos do cidadão (ainda que estes, à semelhança da Carta Imperial, só viessem elencados no artigo 72 – última seção do penúltimo título, sendo que o último tratava das disposições gerais) e a implementação, em definitivo, do espírito liberal.

Fruto do movimento (crise política) de 1930, o governo provisório, que perdurou de 1930 a 1934, chefiado por Getúlio Vargas, marca uma nova *era* na história do Brasil e de suas Constituições. Com forte inspiração Mexicana e Alemã (Constituição de Weimar), a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil é promulgada pela Assembleia Constituinte (a mesma que elegeu, pelo voto indireto, Getúlio Vargas Presidente) em 16 de julho de 1934, e incorpora ao seu texto um capítulo – *da ordem econômica e social* (artigo 115 a 143) – que mesmo sem se afastar dos valores liberais (direitos políticos e civis de liberdade e propriedade) agrega ao seu corpo as reivindicações sociais, como direitos trabalhistas, sindicalismo,¹²⁸ função social da propriedade, fruto de postulados pós I Guerra Mundial. Traz ainda em seu texto, um capítulo destinado à família, educação e cultura, e outro, à segurança nacional, que, no futuro, será largamente utilizado pelos militares (Constituições de 1967 e 1969).

A democracia (social) permanece, assim como o presidencialismo e a tripartição orgânica dos Poderes, entretanto, com um Poder Executivo fortalecido, com ampliação de suas atribuições (poderia monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, por exemplo), aliado a um desejo de regular todas as instâncias do corpo social, ou seja, com

*Europa era enganadora, superficial, mera coincidência. Tratava-se de realidades totalmente distintas. Afirmavam, mais especificamente, que, à diferença da Europa, o Brasil, não havia participação do povo nos negócios públicos, nem mesmo do povo entendido como burguesia à maneira de Couty. No Brasil, não havia povo político, nem havia cidadãos, nem mesmo na capital do país. A política era, na melhor das hipóteses, assunto dos estados-maiores das classes dominantes. Na pior, produto das rivalidades de chefes militares, entrando o povo apenas fortuitamente como massa de manobra. Estas observações não estão, no entanto, distantes da frase de Aristides Lobo, segundo o qual o povo teria assistido “bestializados” à proclamação da República, sem entender o que se passava. (Idem, ibidem, p. 68-69). Fez-se a independência praticamente a revelia do povo, isto lhe poupou sacrifícios, também afastou por completo a sua participação na nova ordem política. A independência brasileira é fruto mais de uma classe que da nação tomada em conjunto. (PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: ensaio de interpretação materialista da história brasileira**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1953, p. 50).*

¹²⁸ *Aquilo, a que, no primeiro quartel do Século XX, se chama sindicalismo, é a teoria da reorganização social pelas corporações profissionais, obrigatoriamente constituídas por todos os que exercem a mesma profissão. Aos poucos os sindicatos assumiram a direção das empresas, socializando-se, progressivamente, os serviços, destruída a construção capitalista. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937, Tomo II, p. 288).*

uma intervenção maciça do Estado na economia e na sociedade.¹²⁹ A intervenção do estado na esfera dos interesses privados apresenta-se como remédio para a correção dos males da desigualdade econômica, que leva ao desequilíbrio social. Ainda que com duração efêmera, foi historicamente muito importante.¹³⁰ Tem-se, neste momento histórico nacional, a incorporação de valores liberais e sociais, e inspirações na França, Estados Unidos, Inglaterra, México e Alemanha.

O *Estado Novo*, que nada mais foi que *um golpe dentre de um golpe*,¹³¹ é como se apresenta o Brasil de 1937, e a sua Constituição outorgada, conhecida como Constituição *polaca*, por assimilar em muitos elementos a Constituição da Polônia.¹³² Com apoio das Forças Armadas, Getúlio Vargas explorou o medo do povo pelos regimes totalitários,¹³³ e outorgou a Carta em 10 de novembro de 1937, com o *imperativo de salvação nacional*. É isso que se apura da breve leitura das *justificativas* apresentadas como *preâmbulo* da Constituição de 37:

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;
 ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;
 ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;
 Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. op. cit., p. 320.

¹³⁰ *Com efeito, diante da escassa efetividade da primeira Constituição Republicana – resultante da inadequação à cultura e à realidade nacionais de uma organização política abruptamente importada – a Constituição de 1934 albergou criações, algumas delas originais, imaginadas, ao longo de quatro décadas, pela inteligência brasileira, visando adaptá-las e ajusta-las às nossas peculiaridades.* (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil**. op. cit., p. 49).

¹³¹ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de país em construção**. São Paulo: Leya, 2010, p. 340. Getúlio Vargas, próximo da sucessão presidencial e vendo a instabilidade política no panorama internacional com a decadência das democracias e o fortalecimento dos regimes totalitários, ordenou que tropas da polícia militar cercassem o Congresso Nacional e impedissem a entrada dos congressistas. O autoritarismo de Vargas era imposto, por mais paradoxal que possa ser, para impedir o autoritarismo. (FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010, p. 200) e (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil**. op. cit., p. 126).

¹³² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. op. cit., p. 339.

¹³³ SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil**. op. cit., p. 51. Ver também: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil**. op. cit., p. 127.

nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;
Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País.

Se na Constituição brasileira de 1934 o Poder Executivo já possuía maiores atribuições e competências frente às demais Cartas, na de 1937 o Presidente da República exerce poder, praticamente, absoluto,¹³⁴ dilatado ao máximo,¹³⁵ reintroduzindo o voto indireto (retoma a Carta Imperial), anulando como poder político o Supremo Tribunal Federal, podendo, ainda, dissolver a Câmara dos Deputados e reduzir as garantias individuais, já bastante diminuídas.¹³⁶ A Constituição de 1937 é, seguindo Karl Loewenstein,¹³⁷ a mais *semântica* das Cartas:¹³⁸ *tudo estava enfeixado nas mãos da onipresente personalidade do Presidente da República.*¹³⁹

Com a queda do *Estado Novo* (meados de 1945), o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, assume a Presidência da República e convoca uma nova Assembleia Constituinte, a quarta da nossa história. Internacionalmente estava acabando a II Grande Guerra, *determinando a independência de vários povos que se organizaram em novos Estados soberanos,*¹⁴⁰ alterando significativamente o alinhamento político e a

¹³⁴ *A nova lei fundamental estabeleceu a preeminência do executivo frente aos poderes clássicos do legislativo e do judiciário, criando uma ditadura sui-generis, que se propunha a conciliar os interesses do trabalhismo incipiente com as tendências conservadoras do capitalismo.* (FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais de direito constitucional moderno.** José Konfino: Rio de Janeiro, 1955, Tomo I, p. 129). *Estabeleceu a preeminência incontestável do executivo.* Pedro Calmom. **Curso de direito constitucional brasileiro: constituição de 1946.** 3.ed. 1954. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, p. 14.

¹³⁵ PACHECO, Claudio. **Novo tratado das constituições brasileiras: direito constitucional geral e brasileiro: noções gerais e história constitucional.** op. cit., p. 83.

¹³⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil.** op. cit., p. 127. Ver ainda: PACHECO, Claudio. **Novo tratado das constituições brasileiras: direito constitucional geral e brasileiro: noções gerais e história constitucional.** op. cit., p. 82 a 90.

¹³⁷ *Mientras la tarea original de la constitución escrita fue limitar la concentración del poder, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder. La conformación del poder está congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que estos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido. Este tipo se puede designar como constitución semántica. En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores facticos de la localización del poder político.* (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 218-219).

¹³⁸ SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil.** op. cit., p. 54. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** op. cit., p. 331.

¹³⁹ Fabio Lucas. **Conteúdo social das constituições brasileiras.** op. cit., p. 72.

¹⁴⁰ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil.** op. cit., p. 127.

estrutura social mundial o que acelerou os movimentos de descolonização na Ásia e na África, enquanto a Europa ocidental dava início a um movimento de recuperação econômica e integração política. No Brasil, o término da II Guerra é visualizada com a promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946, que retoma as linhas traçadas na Carta de 1934, recuperando o sistema presidencialista, republicano, periódico e democrático, com liberdades e garantias individuais que não poderiam mais ser facilmente cerceadas, recolocando, também, em pauta os direitos econômicos e sociais: *a Constituição de 1946 assegurava, pois um Estado social de direito vazado na mais ampla tradição liberal dos juristas brasileiros.*¹⁴¹

O Poder Executivo visivelmente perde força (retira-se-lhe, por exemplo, a expedição de decretos-lei), revigorando o espaço político dos Poderes Legislativo e Judiciário, não excluindo deste último, pela primeira vez, por exemplo, a apreciação de qualquer lesão a direito individual.¹⁴² À primeira vista, a Constituição de 1946 tinha tudo para ter longa duração, mas os movimentos sócio-políticos-econômicos que precederam a Constituição de 1967, como a inflação anual de mais de cinquenta por cento (em 1962),¹⁴³ a corrupção entranhada na Administração Pública, a possibilidade de o presidente e de o vice-presidente serem eleitos por partidos diferentes,¹⁴⁴ promessas não cumpridas como a participação dos empregados nos lucros das empresas, foram *justificadoras* para a *intervenção* militar, iniciada em 1964, através de inúmeros Atos Complementares e Institucionais, culminando em 1967 com promulgação da Constituição, e posteriormente com a (alteração) de 1969. Em verdade a Constituição de 1967, nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco,¹⁴⁵ era uma busca na tentativa de acomodação entre o sistema de 1946 e a revolução de 1964 (que tentava livrar o país das mazelas instauradas). Teoricamente, manter-se-ia a normalidade democrática nacional, sendo militarmente o movimento de 1964 *pouco mais do que um desfile de tropas.*¹⁴⁶ Entretanto, em 27 de

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** op. cit., p. 412. Neste particular, ver ainda: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Henrique Cahen editor, 1947. Vol. IV, p. 7-27.

¹⁴² Artigo 141, §4º: *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*

¹⁴³ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil.** op. cit., p. 251.

¹⁴⁴ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil.** op. cit., p. 128.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 132

¹⁴⁶ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de país em construção.** op. cit., p.33.

outubro de 1965, Castelo Branco publicou o Ato Institucional nº 2, suspendendo a Constituição (de 1946), ingressando o país em uma verdadeira *ditadura militar*.¹⁴⁷

A *intenção* dos militares era a de *devolver o Brasil à democracia*,¹⁴⁸ e, para tanto, uma nova Constituição era necessária, centralizando e fortalecendo o Poder Executivo.¹⁴⁹ Para o exercício deste centralismo e força, utilizou-se a *doutrina da Segurança Nacional* (artigos 89 a 91, bem como o artigo 152, §3º, dentre outros), incorporando-a à Constituição de 1967, a qual teve seu trâmite rito altamente acelerado, os ideais da *revolução* de 1964. Há de se observar, que:

O período de transição da ditadura militar instalada em 1964 para a Nova República foi, certamente, o mais doloroso de todos quantos a história marcou em nosso país. Da Monarquia para a República não se observaram excessos que registrassem, como neste período, a violência do poder autoritário, com presos políticos sem culpa formada, torturas nos cárceres, assassinios cometidos em todo o País sob a égide de uma doutrina de segurança que não era outra coisa senão a segurança do poder arbitrário fugindo ao debate público e à eleição do presidente da República, dos governadores e dos prefeitos.¹⁵⁰

O que se verificou foi a anulação do Poder Legislativo, como poder governante, de capacidade decisória, já que ao Executivo se deram prerrogativas e atribuições que o transformaram em poder sobre-excelente, superior e incontestável.¹⁵¹

Com a primeira crise instaurada (provocada) entre Executivo e Legislativo, em 13 de dezembro de 1968 é editado o Ato Institucional nº 5 (AI-5), suspendendo direitos e garantias como: suspensão dos direitos políticos; cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política. Como se não bastasse, o ato que decretasse a suspensão dos direitos políticos poderia fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. Ficavam, ainda, suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade,

¹⁴⁷ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de país em construção**. op. cit., p.33.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. op. cit., p. 429.

¹⁴⁹ *O sistema presidencial de governo seria o modo teoricamente mais válido e desejável de organizar a democracia. Entretanto, pelas deficiências estruturais da formação e da psicologia da sociedade brasileira, o povo brasileiro 'ainda não estaria preparado para a democracia'. Por isso, seria necessário um executivo forte, centralizado, nacionalista e intervencionista, durante um certo período de tempo, o suficiente para desenvolver uma cultura política que habilitasse o povo à prática da democracia plena.* (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil**. op. cit., p. 67).

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. op. cit., p. 444.

¹⁵¹ CORREA, Oscar Dias **A constituição de 1967: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: forense, 1969, p. 44.

inamovibilidade e estabilidade, além de também ter suspenso o *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. O Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, sendo que, provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-ia sua restituição (visivelmente nota-se uma presunção de *culpa* e não de inocência). O Poder Judiciário fora, praticamente, dizimado, em suas funções excluindo-se de sua apreciação todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional nº 5 e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. O mesmo aconteceu com o Poder Legislativo, na qual o Presidente da República poderia decretar o seu recesso, em estado de sítio ou fora dele, só voltando o mesmo a funcionar quando convocado pelo Presidente da República, podendo, neste caso, o Poder Executivo legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios: estava de fato estabelecido o Regime Militar.¹⁵²

A Emenda Constitucional nº 1 de outubro de 1969 (ainda que nominada de *emenda*, muitos a consideram como verdadeira Constituição, discussão esta irrelevante frente ao estudo proposto) incorporou o nome que até hoje utiliza o País: *República Federativa do Brasil*, não passando, entretanto, desta a novidade, pois de fato o Ato Institucional nº 5 e posteriores continuavam em vigor, como determinava seu artigo 182. A centralização de Poder nas mãos do Executivo, possibilitando, inclusive, a edição dos decretos-leis, bem como a concentração ainda mais das rendas em favor da União, levaram os Estados e Municípios a sucumbirem politicamente, frente ao *Grande Ente*.

Os últimos presidentes militares, Ernesto Geisel e João Figueiredo, iniciaram um processo de abertura política, lenta, gradual e segura.¹⁵³ As liberdades públicas foram progressivamente sendo retomadas, o que se tornou irreversível quando, em 1985, Tancredo de Almeida Neves fora eleito Presidente. Tancredo nunca chegou a assumir a

¹⁵² Com o AI-5, o Presidente da República Costa e Silva, fechou o Congresso Nacional, derrubou a ordem constitucional vigente (Constituição de 1967) e, conseqüentemente, o Estado de Direito. (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil**. op. cit., p. 73).

¹⁵³ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. op. cit., p. 270.

Presidência da República (faleceu em 21 de abril de 1985), mas seu sucessor, José Sarney, dera continuidade às *promessas* de Neves, uma delas a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita em 1986, e reunida pela primeira vez em 1º de fevereiro de 1987, que encerrou seus trabalhos em 5 de outubro de 1988 com a promulgação da: *Constituição da República Federativa do Brasil*, que já em seu artigo 1º diz constituir-se de um *Estado Democrático de Direito*.

Além do rompimento paradigmático com o regime opressor que fora o Regime Militar, a Carta de 1988 retoma (e agrega outros como os direitos *difusos* – de terceira dimensão) muitos valores já consagrados em Constituições anteriores, como os direitos e garantias individuais/liberais (fundamentais), como nas Constituições de 1824 e 1891, e os direitos sociais assegurados nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Contudo se a Constituição de 1988 foi idealizada como programática ou dirigente como prega(va) J.J. Gomes Canotilho,¹⁵⁴ a omissão do legislador e a ineficiência da Administração Pública (poderes que parecem não levar a sério a força normativa da Constituição)¹⁵⁵ fizeram com que outro *Poder* agisse de forma a concretizar/materializar as *ordens* constitucionais. *O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um ‘plus’ normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito.*¹⁵⁶ Assim, o Estado Democrático de Direito, incorporado pela Constituição de 1988, tem a intenção (obrigação) de ultrapassar o Estado Liberal e Social de Direito *impondo à ordem jurídica e*

¹⁵⁴ *A constituição é programática porque contém inúmeras normas-tarefas e normas-fim, definidoras de programas de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. A ideia de programa associava-se ao caráter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas.* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** op. cit., p. 217). *O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** op. cit., p. 11). *Como elementos dirigentes de uma constituição consideraram-se também os princípios constitucionais, os preceitos determinadores de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado, que, no seu conjunto, definem o programa constitucional.* (Idem, ibidem, p. 462).

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. et al. (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** op. cit., p. 47.

à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade,¹⁵⁷ estando indissociavelmente ligada à realização de direitos fundamentais.¹⁵⁸

Passados mais de vinte anos da promulgação da Carta de 88, muitos dos direitos sociais (ainda) não foram cumpridos, não superando, o Brasil, o *Welfare State* (o Estado Social de Direito – o Estado do bem-estar social). Mas, com relação a esta omissão, a própria Constituição trouxe instrumentos processuais para buscar/resgatar os direitos de segunda (e terceira) dimensão como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de segurança coletivo, citados, somente, a título exemplificativo. Note-se que tais instrumentos já foram idealizados, tendo-se por base a (eventual) (in)ação tanto do Poder Legislativo quanto do Executivo, carregando tais discussões para âmbito do Poder Judiciário que *deve assumir uma postura diferenciada, longe da postura absteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica.*¹⁵⁹ Por tal razão que:

É possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário.¹⁶⁰

Assim, torna-se necessário (re)discutir o papel destinado ao Poder Judiciário estabelecido na Constituição *Democrática de Direito*, como um Poder, também, legitimado (obrigado) a buscar a máxima efetividade (normatividade) às normas constitucionais –

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado.** op. cit., p. 99. *A novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.* (STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado.** op. cit., p. 103).

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** op. cit., p. 53.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, p. 59. Com uma advertência, diz o autor gaúcho: *quando estou falando de uma função diferenciada do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais.* (Idem, ibidem, p. 60).

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** op. cit, p. 63.

seguindo a linha traçada por Konrad Hesse –, como um papel *transformador da sociedade*.¹⁶¹

2.2.2 A legitimidade do Poder Judiciário para a concretização das normas constitucionais no Estado Democrático de Direito

Ainda que as funções do Judiciário estejam dispostas na Constituição, é fato que, salvo os ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁶² (e do Superior Tribunal de Justiça¹⁶³) que são indicados pelo Presidente da República,¹⁶⁴ o que, mesmo que por via reflexa, já os legitimaria democraticamente pela *representação* (ainda que indireta), os demais membros (salvo a figura do quinto constitucional)¹⁶⁵ que os integra preenchem seus cargos através de concurso público,¹⁶⁶ o que está longe de uma aproximação com o sistema *representativo* de legitimação. Nesta seara, Mauro Cappelletti¹⁶⁷ expõe diversas formas *democráticas* que legitimariam a *ação* do Poder Judiciário através de suas decisões, o que se poderia, no Brasil, transplantar como as possibilidades legitimadoras/democráticas das decisões oriundas do Poder Judiciário capazes de *transformar a sociedade*, de *concretizar os mandamentos constitucionais*. Não só os Poderes políticos (Legislativo e Executivo) são diretamente responsáveis perante o povo por suas ações. Ainda que os integrantes do Judiciário não sejam escolhidos diretamente pelo voto, também possuem responsabilidades e estão obrigados por vários mecanismos formais e informais a uma *prestação de contas* a exemplo a de seus julgamentos públicos e decisões fundamentadas.¹⁶⁸

A nomeação dos Ministros da Suprema Corte por parte do representante do Poder Executivo permite, por si só, uma renovação de *pensamentos* e o controle da *filosofia política* da Corte, o que não permitiria esta *destoar* da *ideologia política* escolhida pelo cidadão através do voto. Ademais, enquanto a proteção de grupos sociais no sistema eleitoral *representativo* (Legislativo e Executivo) dá-se através do voto, no Poder

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. op. cit, p 52.

¹⁶² Artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶³ Artigo 104, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁴ Artigo 84, XIV da Constituição Federal.

¹⁶⁵ Artigo 94 da Constituição Federal.

¹⁶⁶ Que também não deixa de ser uma forma de acesso universal, ainda que inevitável a exigência de alguns requisitos educacionais. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 105).

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** op. cit., p. 92-107.

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** op. cit., p. 96.

Judiciário esta proteção é viabilizada pelo acesso às manifestações judiciais, *acesso à justiça*, e, daí vem a importância de sua aplicação: quanto maior o acesso ao Poder Judiciário, maior será a sua legitimidade e a das suas decisões.¹⁶⁹ Além disso,

A ideia de democracia dominante ao longo dos mais de dois séculos de modernidade passou a sofrer uma série de questionamentos, especialmente a partir de uma alteração de percepção social desencadeada pelas lutas sociais de minorias realizadas a partir da década de sessenta do século passado. Durante a maior parte da modernidade a ideia de democracia esteve praticamente arraigada à concepção de regra da maioria.¹⁷⁰

O contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do magistrado seriam também essencialmente democráticos e, por isso, também, legitimadores de suas ações (decisões).¹⁷¹ E por último, aponta Cappelletti,¹⁷² que qualquer decisão efetuada pelo Poder Judiciário deve ter por base a *lei*, acrescentando-se, necessariamente, e antes de tudo, a Constituição.¹⁷³⁻¹⁷⁴ Logo, se tanto a Lei como a Constituição possuem *origens* democráticas, as decisões são, conseqüentemente, democráticas. Além disso, quando o Legislador não esgota a sua função, permitindo (exigindo) a manifestação do Magistrado, indiretamente aí está também sua legitimidade, uma vez que a atividade jurisdicional (assim como a do Executivo) é baseada na Lei/Constituição. Em definitivo, a noção de

¹⁶⁹ Neste sentido afirma Cappelletti: *A história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos sociais (raciais, religiosos, econômicos, etc.) encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.* (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** op. cit., p. 100.) Ignacio Sánchez-Cuenca na mesma linha coloca: *Por un lado, quien se encuentre en una posición minoritaria en el seno de la sociedad preferirá que el asunto lo diriman los jueces y no los ciudadanos, pues sólo así podrá compensar su desventaja numérica. Por otro lado, los propios representantes pueden considerar conveniente quitarse de encima la responsabilidad de tener que decidir sobre asuntos muy divisivos, dejando que sean los jueces quienes tengan la última palabra.* (SANCHÉZ-CUENCA, Ignacio. **Más democracia, menos liberalismo.** Buenos Aires: Katz editores, 2010, p. 174).

¹⁷⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional.** op. cit., p. 171. Nesta perspectiva, não são somente as monarquias que se apresentam abusivas. As maiorias podem apresentar-se tão agressivas e orgulhosas quanto.

¹⁷¹ *Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad substantiam da jurisdição, como se viu no §11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.* (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** op. cit., p. 100).

¹⁷² Idem, ibidem, p. 102-103.

¹⁷³ E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** op. cit., p. 474).

¹⁷⁴ Atuar de acordo com a lei, neste sentido, não significa simplesmente reproduzi-la, em uma perspectiva exegética.

democracia através do voto (*representativa*) já não se apresenta como a única forma de democracia.

2.2.3 O dever de fundamentar as decisões judiciais como legitimador da (nova) jurisdição a partir de um diálogo (necessário) entre Ovídio Baptista da Silva e Lenio Streck

Toda a legitimidade, hoje, advém da Constituição, responsável pela *re-fundação da sociedade*.¹⁷⁵ Em seu artigo 93, IX, a Carta Constitucional estabelece que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões (...)*. Fundamentar uma decisão não é limitar-se à simples alegação de que *tendo em vista a incidência da norma y, ou pelos fatos demonstrados a lei x ou y tem aplicabilidade*, comum no Estado Liberal de Direito, do *velho positivismo exegético*,¹⁷⁶ em que o magistrado era meramente um *repetidor* da lei (garantidora da liberdade e da propriedade), *la bouche de la loi*. Os artigos de uma lei nada mais são que textos na qual, para se tornarem normas, necessitam de interpretação, ou seja, *a 'norma' representa o produto da interpretação de um texto, isto é, produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica*,¹⁷⁷ pois o *sentido* não está no *texto*, o sentido é dado pelo juiz.¹⁷⁸ Ora, se os preceitos jurídicos (termos-textos) em sua ampla maioria das vezes possuem mais de uma *interpretação legítima*, só há(veria) uma forma de eliminar o arbítrio judicial: através da fundamentação exaustivamente adequada e coerente.¹⁷⁹ Não basta o julgador estar convencido. Deve-se-lhe demonstrar as razões de seu convencimento refutando as alegações da parte vencida, e explanando o porquê do (in)sucesso da tese vencedora(vencida), sendo assim, possível *dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes*.¹⁸⁰ É imprescindível analisar qualitativamente todos os pontos, ou seja, argumentos de fato e de direito invocados pelas partes, não bastando, para tanto,

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. op. cit., p. 144.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010, p. 76.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. op. cit., p. 504.

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

¹⁷⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. op. cit.

afirmar que a escolha de um argumento jurídico, de determinados fatos ou provas, em detrimento de outros, exclui automaticamente aqueles contrários, bastando, assim, a motivação de forma *implícita*,¹⁸¹ pois

A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Isto é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no art. 93, inc. IX da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. (...). Máxima justificação/fundamentação aqui é entendida no plano da *applicatio* de que fala Gadamer – porque interpretar é sempre aplicar – e tem função de evitar arbitrariedades na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é a própria hermenêutica filosófica.¹⁸²

De nada adiantaria a existência do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição da República) se o juiz ao fundamentar a sua decisão apresentasse apenas aqueles motivos pelos quais aceitou como válidos entendendo aquela parte vencedora, sem nada referir sobre os argumentos da parte vencida: se foram impróprios ou insuficientes.¹⁸³ Assim, *para uma motivação ser completa e corresponder à pretensão à tutela jurídica, o julgador, além de confirmar por ‘modus ponens’ as hipóteses do vencedor, deve negar por ‘modus tollens’ o alvitre do vencido.*¹⁸⁴

Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no sólo en apelación sino también en casación. Tanto la argumentación jurídica como a fáctica, tal como han sido analizadas en los apartados 9 y 10, responden efectivamente a la lógica judicial, deductiva e inductiva, respectivamente. Y son

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza**. Pádua: CEDAM, 1975, p. 436. Nessa linha, assevera Michele Taruffo que: *si trata però di una semplificazione eccessiva, e quindi inaccetabile, del problema. Da una lato, la contrapposizione logica tra due asserzione non è sempre di necessaria alternatività, sicché è possibile che l'una non contenga in sé le ragioni di esclusione dell'altra. Da un altro lato, non sempre le soluzioni possibili di una questione sono soltanto due, ed anzi in linea di principio le scelte del giudice vertono su un raggio alquanto ampio di possibilità diverse e non necessariamente contrapposte sul piano logico* (Idem. Ibidem. p. 436). Conforme Calmon de Passos: *A bilateralidade do processo, que é garantia do devido processo legal, impõe ao juiz que ele diga, explicitamente, porque a versão contrária, da parte adversária, é repelida (...). Sentença que na sua motivação não torna explícito porque determinado fato é aceito pelo juiz, com base em determinadas provas, e porque as provas contrárias a essas provas que ele acolheu foram por ele repelidas, é sentença sem legitimidade.* (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões**. In: TUBENCHLAK, James (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.3, p. 12).

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e hermenêutica em países periféricos**. op. cit., p. 212-213.

¹⁸³ *O direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas, perante o tribunal, mas compreende, antes de mais nada, o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes.* (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. op. cit.).

¹⁸⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 43.

vicio lógicos, censurables también en casación, no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica inductiva probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por modus ponens las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas por modus tollens, o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por modus tollens las contrahipótesis defensivas.¹⁸⁵

Nesta perspectiva o dever de fundamentar no Estado Democrático de Direito não pode, nem deve, se esgotar na decisão *simplesmente/suficientemente* fundamentada (que conduz à arbitrariedade),¹⁸⁶ mas sim na fundamentação *completa/exaustiva*, incluindo-se aí, como sustenta Ovídio Baptista, não só as alegações da parte vitoriosa, mas, também, o contraponto argumentativo da parte sucumbente (que permite o controle da discricionariedade exercida pelo juiz).¹⁸⁷ Não pode, também, o magistrado, ao fundamentar *exaustivamente* sua decisão dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, o que necessariamente levaria ao arbítrio da decisão, e a fundamentação deve constituir-se verdadeira garantia contra o isso,¹⁸⁸ na medida em que será mais imparcial o juiz, quanto mais fundamentada for a sua decisão.

O direito não é algo *dado*, mas sim algo *construído*, e por isso a importância da fundamentação exaustiva, e não *simples* ou *suficiente*. No Estado Democrático de Direito,

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 5.ed. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 623.

¹⁸⁶ O que se pretende ver expurgado do sistema jurídico são decisões como a proferida no Agravo de Instrumento nº 790.040/RS, tendo como relatora a Ministra Carmem Lúcia, julgado em 12/03/2010, estabelecendo que uma fundamentação suficiente não é passível de anulação: *inicialmente, cumpre anotar que não prospera a alegação de nulidade do acórdão por falta de fundamentação. O Tribunal a quo apreciou as questões suscitadas e fundamentou-as de modo suficiente a demonstrar as razões objetivas do convencimento do julgador.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614716>>. Acesso em: 10 nov. 2011. E infelizmente esta não é uma decisão isolada, procedendo da mesma forma a Corte Constitucional Agravo de Instrumento nº 735.609 AgR/SC: *Não procede a alegação de falta de fundamentação do acórdão recorrido. Decisão que contém motivação suficiente e adequada, embora contrária aos interesses da parte, não configura ofensa ao art. 93, IX, da CF.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617264>>. Acesso em: 10 nov.2011.

¹⁸⁷ O juiz deve justificar quais razões fizeram considerar uma tese com credibilidade ou não (...). É necessário que o juiz desenvolva sua motivação não somente com referência às provas que valorou positivamente, e das quais - portanto - se serviu para fundar a decisão, mas também - e especialmente - com referência às provas que considerou inúteis, em particular se eram contrárias à reconstrução dos fatos que o próprio juiz elaborou. (...) Portanto, a valoração negativa das provas contrárias é indispensável para justificar o fundamento da decisão: a prova contrária é o instrumento de controle da validade racional e do fundamento probatório de cada reconstrução dos fatos, a demonstração da sua aplicabilidade é condição necessária para a confiabilidade das provas favoráveis a tal reconstrução. (TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de processo**, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 238, set. 2007).

¹⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, ano VIII, n. 29, p. 80, jan./mar. 1983.

lei não é sinônimo de *direito* (se o foi, fora no Estado Liberal de Direito).¹⁸⁹ É preciso ter-se presente que a *interpretação jurídica tradicionalmente derivada da racionalidade do Estado Liberal* deve ser revista.¹⁹⁰ A interpretação do texto legal efetuada pelo juiz, adaptando o *texto* ao *fato* a ele apresentado, faz com que aí se construa a *norma*. A *norma*, portanto, é fruto da interpretação de um texto.¹⁹¹

Com Gadamer (e a hermenêutica filosófica) primeiramente superamos a divisão clássica hermenêutica entre compreensão, interpretação e aplicação. *A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é uma forma explícita da compreensão. (...). A aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação.*¹⁹² Como um texto só é compreendido a cada caso concreto,¹⁹³ ou seja, na sua aplicação, e, sendo a interpretação a forma explícita da compreensão, então a distinção entre todos estes elementos está superada.¹⁹⁴

A função do magistrado é exteriorizada através de suas decisões que ao invés de reproduzir, produz/cria no caso concreto a norma, por tal motivo é que suas decisões devem ser exaustivamente (maximamente) fundamentadas.

A construção da norma (direito) feita pelo intérprete integra uma historicidade, que, ao mesmo tempo em que busca no passado suas fontes, inova, frente ao caso concreto, servindo de fonte para as futuras decisões (ainda que não seja essa a intenção do julgador, ao decidir o caso posto). Isto quer dizer: o juiz não é *livre para atribuir sentidos*.¹⁹⁵ *A decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que o antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a*

¹⁸⁹ Neste particular consultar obrigatoriamente a obra de GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 40-52.

¹⁹⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2.ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 107.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. op. cit., p. 504.

¹⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 459.

¹⁹³ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. op. cit., p. 110: *O sentido do Direito é complementado pelo contexto*.

¹⁹⁴ Idem, ibidem, p. 461. *Interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (Auslegung) é, agora, produtiva (Sinngebung)*. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** op. cit., p. 73).

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** op. cit., p. 99.

*compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (...).*¹⁹⁶ Sob esta perspectiva o intérprete (juiz) possui sempre sua atuação vinculada a uma construção histórica do direito (e necessariamente à Constituição), levando-se em consideração a própria *evolução/transformação* da sociedade. E daí também a necessidade da fundamentação da decisão como forma de legitimação deste ato.

Tendo-se por pressuposto que alguns princípios e regras (Constitucionais) sejam reconhecidos como obrigatórios pelos intérpretes, como necessários para chegarem a certas decisões, é assim que se sustenta a *vinculação* destes: *A compreensão de que a atividade decisória dos juízes não se produz no vácuo, mas sim em constante diálogo com a história, revela influências da hermenêutica gadameriana.*¹⁹⁷ Com o advento do Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões, além de servir de freio contra eventuais arbitrariedades do julgador, *é elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça*, é onde se dá a construção da *norma*, do *direito*. A máxima fundamentação, ou seja, o momento da aplicação da (pré)compreensão, existe como função de evitar a arbitrariedade na atribuição de sentido¹⁹⁸ e, ao mesmo tempo, como legitimadora da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, possibilitando, como se verá ao fim, inclusive, o (re)direcionamento na atuação da Administração Pública.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** op. cit., p. 98.

¹⁹⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, nº 45, abr./jun. 2009, p. 105.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e hermenêutica em países periféricos.** op. cit., p. 213.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PATRIMONIALISTA, BUROCRÁTICA E GERENCIAL: A (TENTATIVA DE) EVOLUÇÃO

Para aprofundar o estudo acerca da Administração Pública, parte-se do pressuposto necessário da divisão orgânica dos poderes idealizada por Montesquieu. Apresentado o estudo sobre a evolução do Estado de Direito, bem como sobre as ideias incorporadas pelas Constituições (inclusive as brasileiras) referentes a cada período, passa-se, para alcançar o objetivo estabelecido, a aprofundar o estudo acerca da Administração Pública brasileira.

Demonstrou-se que a cada período do Estado de Direito um *Poder* prevaleceu sobre outro na concretização dos interesses estabelecidos pela sociedade (muitos deles nas Constituições). No Estado Liberal o Poder Legislativo, no Estado Social o Executivo, no (atual) Estado de Direito, o Poder Judiciário. Contudo, mesmo havendo uma disparidade entre as posições assumidas, estes Poderes mantiveram as suas funções. Se o Estado existe para alcançar/buscar o interesse público, o bem-estar da sociedade/coletividade, o Poder Executivo *administra a coisa pública – Administração Pública* – como forma de concretizar este interesse. Se cumpre ou não com este papel, voluntária ou compulsoriamente, é na formação histórica que se pode encontrar as respostas, afinal: *qualquer política pública administrativa precisa ser conectada com o seu tempo e espaço*.¹⁹⁹ Entretanto, antes de se passar a estudar a evolução da Administração Pública brasileira, obrigatória é a sua definição.

3.1 Definição de Administração Pública

Para poder-se estudar a atuação (o comportamento) processual que deva ter a Administração Pública no Estado Democrático de Direito, faz-se necessário convencionar o que se entenderá por Administração Pública, bem como se deu no Brasil a sua formação, para, ao fim, buscarem-se as soluções processuais na busca pela efetividade do processo civil, quando esta participa em um de seus polos.

É, sem sombra de dúvidas, que desde as formações das primeiras comunidades humanas e, quase concomitante a elas, deva ter iniciado uma Administração Pública, ainda

¹⁹⁹ LEAL, Rogério Gesta. Considerações preliminares sobre o direito administrativo brasileiro contemporâneo e seus pressupostos informativos. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do sul**, Porto Alegre, ano XXVII, n. 84, p. 279, dez. 2001.

que rudimentar.²⁰⁰ Em todos os casos a existência de um *chefe*, um *líder*, uma estrutura, indivíduos dispostos a acatar este *chefe*, necessidades/interesses comuns, eram condicionantes para esta Administração.²⁰¹ José Cretella Junior²⁰² aponta como origem do vocábulo *administração* o radical *min* que viria da mesma raiz da palavra *manus* e *mandare* ou da raiz da palavra *minus*, mas que em ambos os casos estaria presente a ideia de *comando* (ativo e passivo, respectivamente), de relação hierárquica entre subordinado e subordinante.²⁰³ Do ponto de vista epistemológico, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁰⁴ a palavra “*administrar*” significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil. A palavra *administração*, segue escrevendo o autor, vem do latim *ad* (preposição) e *ministro-as-are* (verbo), significando servir, executar, sendo que outros afirmariam que *administrar* viria do latim *ad manus trahere*, envolvendo a ideia de gestão ou direção.²⁰⁵ Massimo Severo Giannini, diferentemente, aborda em sua obra um estudo cultural sobre o termo *administração*. Expõe o autor:

En la obra de los historiadores leemos, por ejemplo, que las dinastías del Imperio Medio faraónico cuidaron, de modo particular, la “organización administrativa” del país, y tenemos noticias de “funcionarios”, los cuales nos han legado importantes documentos sobre el alto “nivel administrativo” que había sido alcanzado; (...). Se lee que el Imperio bizantino, si bien lleno de sombras, tuvo la agudeza de conservar “la excelente organización administrativa” de los Romanos y de perfeccionarla hasta el punto que hasta ellos se remonta la adopción de la

²⁰⁰ Em termos históricos, a criação do Direito Administrativo é uma realidade recente: a história revela que antes da revolução Francesa já existia um Direito regulador da Administração Pública, sujeita que estava ao Direito Comum, sendo visível, por consequência, a existência de uma Administração Pública sem Direito Administrativo. (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 810). Forsthoff vai além: *allí donde hay Estado, hay Administración, y allí donde hay Administración há Derecho Administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del Derecho, también una ciencia del Derecho Administrativo*. (FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madri: Instituto de estudios políticos, 1958, p. 70).

²⁰¹ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Edições Depalma, 1989, p. 33. Em qualquer destas sociedades, segue o autor, existiriam, ainda que timidamente a ideia de *interesse público ou geral*.

²⁰² CRETELLA JUNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 15.

²⁰³ Do vocábulo “*administração*” brota, sempre a ideia de uma vontade organizada do homem orientada para um fim, que pode ser de natureza econômica ou não, de natureza privada ou pública. Além das acepções da linguagem vulgar, ocorre a acepção chamada técnica-jurídica. É preciso, então, indagar qual o sentido jurídico do vocábulo “*administração*”. Na linguagem técnica do direito público, o vocábulo “*administração*” é uma realidade verbal, definitivamente incorporado à ciência jurídica e que reflete uma tomada de posição de quem a emprega e que nem por ter sido mal empregado deve ser deixado de lado, porque esclarece grande parte dos raciocínios posteriores. (...). Em todo caso, é preciso não esquecer que a *Administração, no campo do direito público, é sinônimo perfeito de Administração Pública; é sinônimo de Administração do Estado*. (CRETELLA JUNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. op. cit., p. 16).

²⁰⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 33.

²⁰⁵ Idem, ibidem, p. 34.

estructura organizativa del “ministerio”. (...). En el medievo la administrativo comienza a consolidarse en un significado jurídico e indicaba una ‘actividad’ que, según el más antiguo modelo lingüístico, era la actividad de administrar, así como la alimentación es la actividad de alimentar y la conducción es la actividad de conducir.²⁰⁶

Sem avançar sobre as ideias etimológicas ou cultural do termo, é certo que a Administração Pública moderna surge com a Revolução Francesa.²⁰⁷ Adolf Merkel²⁰⁸ apresentava a *Administração* como uma função jurídica, ou seja, como aplicação do direito, em especial do Direito Administrativo. Contemporaneamente, Renato Alessi²⁰⁹ trata como fundamental ao estudo do direito administrativo a noção de *funcione amministrativa*, usada normalmente como *pubblica amministrazione*, expondo que: *in base a criteri e concetti più tecnico-amministrativi che giuridici, la funzione amministrativa (o pubblica amministrazione in senso materiale) viene di solito defenita come aquella diretta alla realizzazione di concreti interessi di ordine collettivo mediante una attività concreta.*^{210 211}

²⁰⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho administrativo**. Tradução de Luis Ortega. Madri: Ministério para las administraciones publicas, 1991, p. 37.

²⁰⁷ A ideia anterior ao *Antigo Regimen* era baseada fundamentalmente na figura do rei como representante divino na Terra logo, sem limites jurídicos. Ainda que com forte caráter religioso, a Revolução Francesa possuiu um ideário político, consubstanciado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É justamente com a separação dos Poderes e a diferenciação entre o Parlamento/Legislativo, como representantes do povo/nação (único detentor da soberania – indivisível – inalienável – imprescritível) e o Rei/Poder Executivo um mero agente/funcionário/administrador/executor da Lei que se pode dar início ao que contemporaneamente denomina-se de *Administração Pública*.

²⁰⁸ MERKEL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Editora Nacional, 1980, p. 211.

²⁰⁹ ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 2.ed. Milão: Giuffrè Editora, 1958, p. 2.

²¹⁰ Para Héctor Escola *Administração Pública é aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta y continuada, práctica y espontánea, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico establecido y con arreglo a éste.* (ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. op. cit., p. 42).

²¹¹ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández tecem verdadeira crítica quanto a esta distinção da Administração Pública como função objetiva ou material para do Direito Administrativo. Escrevem os autores: *Lo primero que hay que notar, en efecto, es que la Administración Pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. (...). La movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo – material o formal – de administrar. Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también em función del contexto socioeconómico en el que se produce. (...). Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él, se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de patrimonio, es responsable, es judicial, etc.* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 31-32).

Toda a *Administração* é uma atividade estruturada e objetiva alcançar fins humanos. No caso de uma Administração Pública estes fins podem ser encontrados no *interesse público*.²¹² Tendo como pressuposto a distribuição de funções entre os Poderes, entender-se-á como Administração Pública a expressão sinônima de Poder Executivo, a qual possui por função primária a *gestão/comando/direção dos interesses públicos, da coisa pública*, ou seja, estar-se-á excluindo do conceito qualquer outra função por ele (Poder Executivo) realizada, ainda que secundariamente como legislativa ou judicial.²¹³ Para melhor compreender, ainda, o sentido dado ao termo, além das Entidades Políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) responsáveis diretamente (Administração Direta) pela execução dos preceitos legais/constitucionais, incluir-se-ão no conceito as Autarquias e as Fundações Públicas (unicamente as que adquirem personalidade de direito público). Ainda que as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista quando prestadoras de serviços públicos *apresentem-se* como espécies de Autarquias,²¹⁴ não serão,

²¹² *La administración pública, concebida desde este punto de vista, no sería sino aquella actividad que se lleva a cabo para alcanzar la realización de fines que son públicos, generales o comunes, es decir, que interesan al público, o por lo menos a una mayoría de ese público.* (ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo.** op. cit., p. 37).

²¹³ Sabe-se que ainda que o Poder Executivo exerça tipicamente a função administrativa, exerce atipicamente, as funções legislativa e judicial, entendendo-se, neste último caso, por hora, simplesmente a função de processar e julgar (excluindo-se o efeito da coisa julgada, exclusiva do Poder Judiciário). Já expunha Seabra Fagundes: *o exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante.* (FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 5-6).

²¹⁴ Neste caso há de se apontar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 220.906/DF (Ministro Relator Maurício Correa, julgado em 16/11/2000) equiparando a Empresa Pública de Correios e Telégrafos à Fazenda Pública: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>>. Acesso em: 22 nov. 2011. No mesmo sentido fora a decisão da Corte no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 380.939, Ministro Relator Eros Grau, julgado em 09/10/2007, em relação à Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APPA - ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA. ENTIDADE AUTÁRQUICA. SERVIÇO PÚBLICO. EXECUÇÃO POR PRECATÓRIO. 1. Os débitos trabalhistas da APPA - Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, entidade autárquica que presta serviço público, devem ser executados pelo regime de precatórios. Precedente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em:

contudo, tomadas por base para as proposições aqui sustentadas, o que não impede de a estas se lhe aproveitarem as ideias.

3.2 A Administração Pública Patrimonialista: as primeiras impressões de uma Administração Pública nacional

Conceituado o termo *Administração Pública*, passa-se ao estudo de sua evolução histórica nacional, vez que a partir desta contextualização será possível ao fim expor as dificuldades e sugerir as soluções no âmbito processual civil em ações que a envolvam. *O homem é um ser essencialmente histórico e a sua temporalidade radical é historicidade, que brota do passado, presente e futuro, não como etapas sucessivas de uma conjugação linear, mas como totalidade.*²¹⁵ A consciência histórica, ou a consciência da continuidade da história, irá permitir chegar a determinadas conclusões que sem este levantamento se tornariam resultados simples e óbvios que sequer mereceriam estudo, ou, até mesmo, absurdos ou inconcebíveis.

Em 22 de abril de 1500 chegavam ao Brasil 13 caravelas portuguesas (por acaso ou não)²¹⁶ lideradas por Pedro Álvares Cabral, sendo, entretanto, que em 1492 Cristóvão Colombo, navegando pela Espanha, já havia chegado à América. A descoberta do Brasil

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497558>>. Acesso em: 22 nov. 2011. As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista quando exploradoras de atividades econômicas (artigo 173 da Constituição Federal) fogem aos fins estatais propriamente dito (interesse público), motivo pelo qual não devem ser incluídas no conceito de Administração Pública, isso porque, submetem-se ao regime das empresas privadas, que por sua vez, visam o (lucro). Aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *quando o Estado exerce uma atividade que não é definida legalmente como serviço público, não se cogita de descentralização propriamente dita. É o que ocorre quando ele assume uma atividade econômica com base no art. 173 da Constituição Federal; ao criar uma empresa estatal para desempenhar essa atividade, o Estado não está transferindo uma atividade sua (pois ninguém transfere mais poderes do que tem) mas sim saindo de sua órbita própria de ação para atuar no âmbito da atividade privada, a título de intervenção no domínio econômico.* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 6.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 44).

²¹⁵ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetivação do regime administrativo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (coord.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito.** São Leopoldo: Unisinos Editora, 2003, p. 282. Segue o autor: *não se trata, simplesmente, da tarefa de definir marcos históricos, atividade típica da historiografia, mas de compreensão da histórica concreta na qual ele acontece. Não se pode olvidar que a tradição na qual os entes jurídicos estão imersos é um verdadeiro acontecimento.* (Idem, ibidem).

²¹⁶ A Carta escrita por Pero Vaz de Caminha fala em *achamento*, nem em *descobrimento* ou *casualidade*. (RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** 7.reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 35). Entretanto, este mesmo autor em sua obra, ainda que não faça nenhum destaque, utiliza o termo *invasão*. Apontados os termos para reflexão, seguir-se-á utilizando *descoberta*, ainda que para o velho mundo.

ocorreu no período das grandes navegações, quando Portugal e Espanha exploravam o(s) oceano(s) em busca de novas terras,²¹⁷ e o episódio de o Brasil ter sido descoberto por Portugal somente em 1500 o foi para o *mundo Europeu*. Mesmo com a existência prévia e forma de organização embrionária/primitiva dos índios no *novo continente*, pensa-se (ou prefere-se pensar) que nossa história começa em 1500.²¹⁸ Por não se tratar este estudo de uma reflexão ou crítica a este *nosso início histórico* é, entretanto, fundamental como um passo inicial, que se parta daqui para observar a formação do nosso Estado, mas, principalmente, a formação de nossa Administração Pública. Como uma crítica à colonização, principalmente portuguesa, destaca Gilberto Freire²¹⁹ que:

Os portugueses, além de menos ardentes na ortodoxia que os espanhóis e menos estritos que os ingleses nos preconceitos de cor e de moral cristã, vieram defrontar-se na América, não com nenhum povo articulado em império ou em um sistema vigoroso de cultura moral e material (...) mas, ao contrário, com uma das populações mais rasteiras do continente.

Desta feita a invasão/achamento/descobrimto do Brasil não o foi por quem a sociedade portuguesa tinha como *nobreza*, constituída de indivíduos aptos e/ou poderoso, mas sim a quem não lhes interessava (*populações rasteiras*).²²⁰ Assim, já se parte de um início um tanto não *virtuoso*, que, certamente, refletirá na formação Administrativa Pública.

No recém-pedaço de terras encontrado/achado/invadido *Brasil* (ainda mesmo antes de sua *independência política*) vê-se a *tentativa de implantação da cultura europeia*.²²¹ A

²¹⁷ *Desde cedo, aprendemos em casa ou na escola que o Brasil foi descoberto por Pedro Álvares Cabral, em abril de 1500. Esse fato constitui um dos episódios da expansão marítima portuguesa, iniciada em princípios do século XV.* (FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. op. cit., p. 9).

²¹⁸ *A 29 de março de 1549 desembarcava Tomé de Sousa nas costas da Bahia, trazendo consigo a estrutura completa do Estado. Construiu a primeira capital do Brasil, onde instalou a sede do primeiro Governo Geral.* (SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil**. op. cit., p. 11). Antes mesmo de tornar-se um espaço territorialmente delimitado, antes de organizar-se, ainda que minimamente, em uma sociedade propriamente dita já possuía uma estrutura político-jurídica. (Idem, ibidem, p. 13).

²¹⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51.ed. São Paulo: Global, 2006, p. 157-158.

²²⁰ *Para a formidável tarefa de colonizar uma extensão como o Brasil, teve Portugal de valer-se no século XVI do resto de homens que lhe deixara a aventura da Índia. E não seria com esse sobejo de gente, quase toda miúda (considerada nos seus recursos econômicos), em grande parte plebeia, e, além do mais, moçárabe, isto é, com a consciência de raça ainda mais fraca que os portugueses fidalgos ou nos do Norte, que se estabeleceria na América um domínio português exclusivamente branco ou rigorosamente europeu.* (Idem, ibidem, p. 161).

²²¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31. Segue o Autor: *Toda a estrutura de nossa sociedade colonial teve sua base fora dos meios urbanos. É preciso considerar esse fato para se compreenderem exatamente as condições que, por via direta ou*

*colonização do Brasil se processou aristocraticamente – mais do que de qualquer outra parte da América. Aristocrático, patriarcal, escravocrata. O português fez-se aqui senhor de terras mais vastas, dono de homens mais numerosos que qualquer outro colonizador da América.*²²² Leve-se em consideração, então, que nos séculos XVI e XVII a forma de Governo preponderante na Europa era a Monarquia, o que conseqüentemente refletira no Brasil. Contudo, é bom destacar que no Brasil nunca se instaurou efetivamente uma Monarquia *tradicional*.²²³ O que se experimentavam eram ordens do(s) Rei(s) Português(es) aplicadas pelos *Príncipes do Brasil*.²²⁴ Contudo, mesmo não sendo uma Monarquia *tradicional* a forma de Administração Pública implantada a seguiu fielmente: a Administração Pública Patrimonialista.

E assim fez-se o início da Administração Pública e do Brasil: *dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para o funcionário.*²²⁵ É desta forma que expõe Raymundo Faoro:

O Estado, envolvido por uma camada de domínio, um estado-maior de governo, o estamento de feição burocrática, se alimenta de uma classe, a classe comercial, que ele despreza e avilta. (...). Aristocrático é só o estamento, só ele está junto da corte, só ele influencia as decisões da Coroa. O comércio enriquece; o estamento consome senhorialmente, pouco preocupado com a sorte da galinha os ovos de ouro.²²⁶

O que realmente fomos: nulos, graças à monarquia aristocrática! Essa monarquia acostumando o povo a servir, habituando-o à inércia de quem espera tudo de cima, obliterou o sentimento instintivo da liberdade, quebrou a energia das vontades, adormeceu a iniciativa; quando mais tarde lhe deram liberdade, não a compreendeu; ainda hoje não a compreende, nem sabe usar dela. (...). É o fruto que colhemos duma educação secular de tradições guerreiras e enfáticas.²²⁷

O Estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos. (...). A minoria exerce o governo em nome próprio, não se

indireta, nos governaram até muito depois de proclamada nossa independência política e cujos reflexos não se apagaram ainda hoje. (Idem. Ibidem, p. 73).

²²² FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** op. cit., p. 266.

²²³ A monarquia que o Brasil nunca experimentou foi aquela vivida nos países Europeus, como Inglaterra, França, Espanha ou Portugal, apegada às tradições ainda, que a Constituição de 1824 em seu artigo 3º afirmasse que no *Império do Brasil o seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo*, e em seu artigo 4º que *A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.*

²²⁴ Como Dom Teodósio, Dom Afonso, Dom João I, Dom João II, Dom Pedro, entre outros.

²²⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 35.

²²⁶ Idem, ibidem, p. 91.

²²⁷ Idem, ibidem, p. 105-106.

socorre da nação para justificar o poder, ou para legitimá-lo juridicamente ou moralmente.²²⁸

As citações dos diversos trechos da obra do autor gaúcho apontam uma realidade que parece ter-se incorporado ao Poder Executivo (e até mesmo ao Legislativo) brasileiro. Uma aristocracia (ou um *seleto* grupo de pessoas) que *encarnava* a autoridade advinda do rei, capaz de gerir algo que dificilmente conseguia-se enxergar como *público*. Quem ocupava cargo público era detentor de autoridade *real*, e só por isso, requeria/impunha obrigações (e respeito).²²⁹ A legitimidade de suas ações era *Real*. Nesta *pseudomonarquia* eram os *fazendeiros escravocratas e eram os filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus*

²²⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 108-109. Segue o autor: *Fazenda, guerra e justiça são as funções dos reis, no século XVI, funções que se expandem e se enleiam no controle e aproveitamento da vida econômica. Uma constelação de cargos, já separada a administração pública da casa real, realiza as tarefas públicas, com as nomeações e delegações de autoridade. Separação, na verdade, tênue, em que o valido da corte transmuta em funcionário ou soldado, num processo de nobilitação, que abrange o letrado e o homem das armas. O patrimônio do soberano se converte, gradativamente, no Estado, gerido por um estamento, cada vez mais burocrático. (...). O funcionário é o outro eu do rei, um outro eu muitas vezes extraviado da fonte de sue poder. (...). O senhor de tudo, das atribuições e das incumbências, é o rei – o funcionário será apenas a sombra real. (...). A objetividade, a impessoalidade das relações entre súditos e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro; do distante e incerto futuro. (...). O funcionário recebe retribuição monetária, o agente desfruta de vantagens indiretas, com títulos e patentes, que compensam a gratuidade forma. Os ordenados dos funcionários pouco crescem no curso dos anos numa despesa global fixa, com o aumento de tenças e dos juros nas despesas públicas, o que sugere a expansão da nobreza e do comércio (...). Essa degradação dos vencimentos explicará as inúmeras denúncias de corrupção, aliada à violência, instrumento, esta, para garrotar os súditos. (idem, ibidem, p. 197-199). E mais ao fim diz: O burocrata, já desenvolvido do embrião estamental do cortesão, furta e drena o suor do povo porque a seu cargo estão presos os interesses materiais da colônia e do reino. (...). A burguesia, domesticada e agrilhoadada, vinga-se do funcionário, sussurrando ou bradando contra a corrupção. O funcionário, de sue lado, acostado ao fidalgo, desdenha o comerciante no seu parasitismo e seu aproveitamento do trabalho alheio para enriquecer. (...). A função pública congrega, reúne e domina a economia. Ela é o “instrumento legalista da classe dominante”, formando um “patriciado administrativo”. (...). Nas duas expressões – o funcionário de origem cortesã e o agente local recrutado pelo rei – fixa-se a transação entre centralização governamental e as correntes desintegradoras dos núcleos locais e provinciais. (...). O cargo público em sentido amplo, a comissão do rei, transforma o titular em portador de autoridade. Confere-lhe marca de nobreza, por um fenômeno de interpenetração inversa de valores. Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos. Para a investidura em muitas funções públicas era condição essencial que o candidato fosse “homem fidalgo, de limpo sangue” (Ordenações Filipinas, L. I, tít. I), ou de boa linhagem (idem, tít. II). Nas Câmaras se exigia igual qualificação para a escolha dos vereadores entre os “homens bons” – embora esses caracteres fossem muitas vezes ignorados. (Idem, ibidem, p. 201-202).*

²²⁹ Por exemplo: *O donatário era um grão-senhor investido de poderes feudais pelo rei para governar sua gleba de trinta léguas de cara. Com o poder político de fundar vilas, conceder sesmarias, licenciar artesãos e comerciantes, e o poder econômico de explorar diretamente ou através de intermediários suas terras e até com o direito de impor a pena capital. (RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. op. cit., p. 78).*

*candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse contestado domínio.*²³⁰

A independência do Brasil é oficialmente datada de 7 de setembro de 1822, ainda que a moderna historiografia do Brasil remeta o início do processo de independência à transferência da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808 (a 1821). As formas de ingresso no serviço público davam-se de forma *pessoalizada/apadrinhada*, carecedoras de qualquer critério técnico, sem qualquer preocupação com a impessoalidade, aliás, muito pelo contrário, o laço parental, a confiança, a fidúcia eram uma das condições de se galgar espaço no emprego público, senão vejamos:

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza o estado Burocrático. (...). No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo da nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio e impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força (...).²³¹

Não se pode afirmar, também, que esta importância dada à família era uma novidade (pós-independência) na realidade brasileira. O *cunhadismo*,²³² por exemplo, foi o que possibilitou a formação do povo brasileiro: *velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade*. Os índios ofereciam uma moça índia como esposa, e assim que o *colonizador* a assumisse estabelecia, automaticamente, laços que o aparentavam com todos os membros do grupo. Mais uma vez a instituição *família* era fundamental na formação social.

²³⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. op. cit., p. 73.

²³¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. op. cit., p. 145-146. É a partir desta premissa que Sérgio Buarque de Holanda denomina de *homem cordial* aquele ligado à *cordialidade*. *A inimizade bem pode ser tão ‘cordial’ como a amizade, nisto que uma ou outra nascem do ‘coração’, procedem, assim, da esfera do íntimo, do familiar, do privado*. (Idem, ibidem, p. 205).

²³² RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. op. cit., p. 72. A ameaça pelo *cunhadismo* era tamanha que para preservar os interesses da Coroa portuguesa, esta, em 1532, impôs o regime de donatárias com o fim de povoar e fazer produzir as novas terras. (Idem, ibidem, p. 76).

Mais contemporaneamente (no final do século XVIII início do século XIX), Victor Nunes Leal, referindo-se à formação dos municípios brasileiros, (ainda com fortes bases rurais) aponta que *os mais opulentos fazendeiros ou os comerciantes e industriais mais abastados, os que exerciam, em cada município, o comando-em-chefe da Guarda Nacional, ao mesmo tempo que o governo provincial. Tal estado de coisas passou a Monarquia para a República (...).*²³³ É o que o Autor denomina de *coronelismo*. O *coronel* era quem detinha ao mesmo tempo o *poder político* e *poder econômico* (talvez aquele em decorrência deste), a ponto de em quem o *coronel* votasse (ou indicasse a votação) carregava consigo um lote considerável de *votos de cabresto*.²³⁴ A bem da verdade o trabalhador rural via, na grande maioria dos casos, o seu patrão como um benfeitor. Logo, nada mais natural que votar em quem ele indicasse.²³⁵

Percebe-se que aqui, mesmo após séculos de colonização e mesmo muito tempo após a independência, o *patrimonialismo* continuava a ser a forma predominante na Administração Pública, claro que agora sem a figura do Monarca/Imperador como legitimador do *poder público*, substituído pela democracia representativa, pelo voto, tudo, no entanto, sem substituir os vínculos familiares ou a prática da troca de favores. A legitimação, na República, dava-se pelo sufrágio, não necessariamente secreto, não necessariamente livre, mas de qualquer forma, sob a alegação da legitimação do poder pelo povo. Nesta esteira, não era raro acontecer de

Se uma pessoa vem a ocupar um posto de comando na organização político-administrativa, não é raro presenciar-se a ascensão de grande número de pessoas da “terra dele”. Não só parentes de todos os graus, mas também amigos de infância, antigos colegas de trabalho, vizinhos, parentes e amigos desses vizinhos ocupam cargos “de responsabilidade” ou de “confiança” em torno do novo potentado. O chamado familiarismo e outras formas de nepotismo podem ser classificados como aspectos do patrimonialismo.²³⁶

Ainda que o objeto do estudo seja a Administração Pública, é fácil vislumbrar que o apadrinhamento como forma de conquistar o poder *político* alcançava, também, o Poder

²³³ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, p. 20: *Esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isto se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável.*

²³⁴ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. op. cit., p. 23.

²³⁵ *No plano político, ele luta com o “coronel” e pelo “coronel”. Aí estão os votos de cabresto, que resultam, em grande parte, da nossa organização econômica rural.* (Idem, ibidem, p. 25).

²³⁶ Idem, ibidem, p. 43.

Legislativo, superando o estágio histórico colonial, estendendo-se ao período republicano. As eleições, em face de a própria formação cultural nacional, não fora efetivamente a forma ideal de superar o patriarcalismo que *contagiou* o próprio sistema sufragista.

3.2.1 O princípio da legalidade como reflexo da Revolução Francesa e a sua introdução no Brasil: um limite aos poderes do Estado

Uma das maiores heranças – pelo menos para o Direito Administrativo²³⁷ – deixada pela Revolução Francesa foi o princípio da legalidade.²³⁸ Além da implantação do Estado Liberal de Direito, o princípio da legalidade irradia-se como fundamento da garantia da liberdade e do patrimônio, protegendo o indivíduo contra os atos absolutistas do Governo/Rei,²³⁹ bem como trazendo segurança (jurídica) às relações comerciais, outro anseio da *nova* sociedade ascendente: a burguesa. Antes de melhor explorá-lo, convém observar que este princípio foi expressamente constitucionalizado no Brasil somente em 1988 no artigo 37, tendo como atual redação a seguinte: *a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.*²⁴⁰ Contudo, as Constituições Brasileiras

²³⁷ *Uno dei principi fondamentali del diritto amministrativo è quello di legalità. Secondo l'opinione più diffusa, tale espressione indica la sottomissione della pubblica amministrazione alla legge. (...) Diverse sono le ragioni della sottoposizione dell'organizzazione e dell'attività amministrative alla legge, a seconda delle fasi storiche dell'evoluzione costituzionale. In una prima fase, quella del cosiddetto dualismo tra Parlamento e governo, in cui tali poteri erano separati e contrapposti, affermare che il potere amministrativo può svolgersi nell'ambito delle determinazioni della legge, voleva dire sottoporre il governo, che è al vértice dell'amministrazione, al vincolo delle norme dettate dal Parlamento. Dunque, in questa fase, il principio di legalità aveva il significato di limite parlamentare dell'attività governativa. Nella fase seguente, detta della parlamentarizzazione dello Stato, il principio di legalità ha assunto, invece, un significato diverso, quello del primato della legge sull'atto amministrativo. Questa evoluzione corrisponde allo sviluppo del sistema costituzionale. Infatti, con l'estensione del suffragio, muta il rapporto tra Parlamento e governo. Non vi è più contrapposizione tra legislativo ed esecutivo, ma subordinazione del governo al Parlamento, in forza dell'investitura popolare di quest'ultimo.* (CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 213-214).

²³⁸ *Talvez a mais importante contribuição dos teóricos para a formulação da teoria do governo limitado seja o princípio da legalidade, também fruto da concepção de Estado de Direito que passa a vigorar a partir da Revolução Francesa.* (FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, nº 13, jan/mar 2009, p. 250).

²³⁹ TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 1997, p. 143.

²⁴⁰ *A constitucionalização da administração pública é fenômeno contemporâneo, iniciada após a Primeira Guerra Mundial, cristalizando-se nas constituições Italiana de 1947, Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, tendo como escopo a submissão da administração pública do direito como um todo, além do controle*

(desde 1824) dispunham sobre a noção de lei como medida necessária de deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas como públicas.²⁴¹

Como fora visto, até a Revolução Francesa o Rei apresentava-se como uma figura divina e, portanto, com poderes *quase* ilimitados, sendo limitado somente ao poder absoluto de Deus. Com a Revolução Francesa, a legitimação do poder foi deslocada: *do céu para a terra*, quer dizer, de Deus para o homem. É neste cenário que se dá o surgimento da legalidade, como uma forma de conter os poderes do Rei/Estado, e submetê-lo ao poder dos indivíduos, através dos seus representantes: o Legislativo/Parlamento.²⁴²

É sem sombra de dúvida o princípio da legalidade *fruto histórico do liberalismo*, significando num primeiro momento que os atos da Administração não poderiam contrariar as normas legais (*princípio da precedência da lei*) e num momento posterior que a prática dos atos da Administração tivessem como previsão uma lei (*princípio da reserva legal ou da conformidade*).²⁴³ *O papel fundamental do princípio da legalidade é garantístico. Ele*

jurisdicional de sua atividade. (OHLWEILER, Leonel. **Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetivação do regime administrativo**. op. cit., p. 292).

²⁴¹ Idem, ibidem, p. 144. *No direito brasileiro, a constitucionalização do direito administrativo, sob certo aspecto, sempre existiu, especialmente a partir da Constituição de 1934, onde se encontram normas sobre servidor público, responsabilidade civil do Estado, desapropriação, mandado de segurança ação popular, atribuição de atividades à competência exclusiva da União, previsão sobre concessão de serviços públicos. Nas Constituições posteriores manteve-se a mesma sistemática, que se acentuou consideravelmente na Constituição de 1988 e, ainda mais, com alterações introduzidas por Emendas à Constituição. (...) Nesse sentido, pode-se afirmar que a constitucionalização do direito administrativo brasileiro não constitui um dado novo; ela sempre existiu, em maior ou menor grau, em praticamente todas as Constituições e vem crescendo até o momento atual, especialmente por força de Emendas à Constituição.* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos da legalidade e da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 179-180).

²⁴² *No bastaba con trasladar la titularidad del poder desde el monarca al pueblo, poder que éste ha de ejercer a través de sus representantes y de sus agentes, como hemos visto. La gran, la formidable novedad es que ese poder el pueblo va a ejercerlo precisamente a través de la Ley. La relación entre el poder que los ciudadanos crean por el pacto social y estos mismos ciudadanos, que han de soportar el ejercicio de esse poder, ha de realizarse precisamente a través de la Ley, que es la expresión de la voluntad general, según el dogma rousseauniano.* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. op. cit., p. 109). Escreve o autor: *Por lo que a nuestra materia interesa, lo sustancial del mecanismo que permanece no es que la Ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa. (...) La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad.* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernádes. **Curso de derecho administrativo**. op. cit., p. 441-442).

²⁴³ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 18-19. Garcia de Enterría apresenta estes princípios, como *aplicación singular de la Ley y doctrina de la vinculación e la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad*, respectivamente. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernádes. **Curso de derecho administrativo**. op. cit., p. 443-448).

*impede que os indivíduos sejam surpreendidos com ações estatais que não foram autorizadas e/ou com exigências que não eram previamente conhecidas ou estipuladas.*²⁴⁴

Indiscutível que o princípio da legalidade possua inúmeras outras particularidades como as hipóteses de *reserva legal*,²⁴⁵ de *atos administrativos autônomos ou independentes*,²⁴⁶ e a própria *discricionariedade*,²⁴⁷ etc. Entretanto, convém destacar que *a Administração Pública num regime de legalidade está submissa à lei*,²⁴⁸ pondo de um lado os agentes públicos na dependência das leis emitidas pelo Legislativo e, por outro, submetendo estas mesmas autoridades ao controle judicial, sendo que sua essência *se estriba en la comprensión de la ley como autodeterminación, como decisión autónoma sobre los propios asuntos.*²⁴⁹

A legalidade aparece como a primeira *fonte* limitadora (e legitimadora) dos poderes estatais, no caso, da Administração Pública, não sendo o governo uma atividade livre de

²⁴⁴ FONTE, Felipe de Melo. **Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas.** op. cit., p. 257.

²⁴⁵ Por *reserva legal* entende-se os atos emanados pela Administração Pública que estariam submetidos expressamente à lei. Os demais poderiam ser expedidos autonomamente. A doutrina Alemã divide-se em quatro posições distintas acerca da reserva legal: *a dos que (minoritários) entendem que se mantem no âmbito tradicional; a dos que (muito minoritários) consideram extinta a reserva legal e tão só existentes algumas reservas especiais próprias de certos direitos fundamentais; a dos que sustentam que a reserva é total, abarcando por isso todos os sectores e todos os planos de cada sector da actividade administrativa, finalmente – e é essa a posição maioritária – há os que defendem que se alargou o âmbito tradicional da reserva de lei sem que se tenha ainda atingido o estágio de reserva total. (...). Para estes autores, a função da reserva consiste em garantir a liberdade de actuação e a propriedade das pessoas físicas e colectivas, de tal modo que a esfera individual assim composta só possa ser atingida por actos ablativos mediante uma autorização legal.* (SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** op. cit., p. 84).

²⁴⁶ Os atos administrativos autônomos ou independentes, no Brasil, são aqueles emanados pela Administração, mas que não dependem de lei em sentido formal, tendo como fonte a própria Constituição Federal. Estão previstos no artigo 84, VI da Constituição Federal de 1988: artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

²⁴⁷ A discricionariedade compreende a possibilidade de a lei conferir ao administrador sob certas circunstâncias uma solução possível, dentre diversas apresentadas, ou seja, haveria a concessão pelo legislador de uma *certa* margem de liberdade ao agente público selecionando dentre as várias medidas possíveis e admissíveis a que melhor soluciona a questão. *O instituto jurídico do poder discricionário tem o seu sentido e sua razão também, e exatamente, no estado de direito. O dador de leis, muitas vezes, não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e adotar uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas práticas. O poder discricionário da administração se oferece como recurso. O dador da lei delimita o quadro e indica a direção de objetivos, a administração encontra, sob a observância desses ajustes legais e sob a consideração das circunstâncias concretas, uma solução conveniente ao caso particular e ajustada à coisa.* (MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 49).

²⁴⁸ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo.** 2.reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p.79.

²⁴⁹ *Legislación es, pues, autogobernación.* (JESCH, Dietrich. **Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad.** Tradução de Manuel Heredero. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 34-35).

legislação, senão submetida a ela e *que se el Poder Ejecutivo o Gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para actuar, ello es sólo gracias a que su influencia en el Parlamento le permite obtener-la en algunos casos.*²⁵⁰ A proteção da liberdade garantida pelo Estado Liberal de Direito exigia que as intervenções do Estado-Administração somente se admittissem como exceção, ou seja, se previstas em lei.

No Brasil, como já afirmado, o princípio da legalidade apresentou-se resguardado constitucionalmente apenas na Constituição de 1988,²⁵¹ o que não impediu, contudo, sua defesa teórica como se observa nas obras de Castro (Tratado de Ciência da Administração e do Direito Administrativo, de 1906), Alcides Cruz (Direito Administrativo Brasileiro, de 1910), Manuel Porfírio de Oliveira Santos (Direito administrativo e Ciência da Administração, de 1919), Carlos Porto Carneiro (Lições de Direito Administrativo, de 1916) e Arão Reis (Direito Administrativo Brasileiro, de 1923) e, mais contemporaneamente nas obras de Ruy Cirne Lime (Princípios de direito administrativo brasileiro, 1934), Themístocles Brandão Cavalcanti (Instituições de Direito Administrativo, de 1936), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Princípios gerais de direito administrativo, com 1ª edição datada de 1969), Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo brasileiro. de 1964), dentre outros.²⁵²

A Revolução Francesa foi um marco histórico para a sociedade, e o foi, principalmente, também a Administração Pública, pela implantação do princípio da

²⁵⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo I, p. VII-13.

²⁵¹ *Nenhuma das Constituições anteriores havia constitucionalizado os princípios e preceitos básicos do Direito Administrativo de maneira tão detalhada e completa quanto a atual Constituição Federal de 1988.* (FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 267.)

²⁵² Esta ausência legal sobre o princípio da legalidade acompanha, de certa parte a própria ausência de existência do direito administrativo, enquanto ramo autônomo do direito, pois como destaca Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: *durante o período colonial inexistiram no Brasil cultores especializados do Direito Administrativo. Nessa fase da nossa história, esteve o país submetido às instituições portuguesas. Então, as matérias sobre esse ramo jurídico, ainda não constituído em disciplina autônoma, eram objeto de consideração acidental em obras de direito público dos autores lusitanos.* (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. op. cit., p. 117). São também as palavras de Ruy Cirne Lima: *corrida a primeira metade do século XIX, já se não discute, a sério, no Brasil a existência do Direito Administrativo. (...). Desde essa época se reconhece, entretanto, a existência do Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma.* (LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954, p. 15). *O trabalho doutrinário foi muito pobre no âmbito do direito administrativo, nessa primeira fase do período republicano, iniciada com a Proclamação da República, e 1889. (...). A partir de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico.* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, n. 26, jan. 2000, p. 45).

legalidade, que vinha para coibir os abusos praticados pelo Rei/Estado. No Brasil, em 1789, tinha-se a Conjuração Mineira (ou Inconfidência Mineira) que, ao contrário da Revolução Iluminista, que se propunha a ser um marco para toda a sociedade, e não apenas para a França, não passava de um descontentamento regional, e não propriamente uma revolução.²⁵³ Poder-se-ia afirmar que no Brasil o princípio da legalidade não chegou a ser uma tentativa de romper com o patrimonialismo instaurado. Mesmo após a proclamação da independência, o Brasil *independente* continuou a ser uma *espécie* de monarquia tendo como Imperador/Regente Dom Pedro I, não passando a independência e a Constituição de 1824 de mera alteração formal na relação política Brasil/Portugal e demais países, não produzindo resultados efetivos no sentimento da sociedade nacional, no propósito de alterar as relações público-privadas tipicamente coloniais: *em que pese ter sido reconhecida a cidadania do ponto de vista jurídico formal, os brasileiros eram os mesmos.*²⁵⁴

Somente no continente colonizador, com a Revolução Francesa, a figura de um *Estado* surgia para garantir a propriedade, a liberdade e a segurança jurídica, através da legalidade. No Brasil, a figura do *Estado* continuava como uma *caricatura* (cunhadista/cordialista/familista/patrimonialista) longe de ideais liberais.²⁵⁵ É claro que afirmar não ter havido *nenhuma* influência das revoluções européias e americana na independência do Brasil é, no mínimo, temerário. Entretanto, no Brasil, falar em Estado Liberal de Direito e princípio da legalidade pode não soar como parece. Isso porque o estado liberal no Brasil nasceria em virtude da vontade do próprio governo e não em

²⁵³ *Ao mesmo tempo que a Coroa lusa mantinha uma política de reforma do absolutismo, surgiram na Colônia várias conspirações contra Portugal e tentativas de independência. Elas tinham a ver com as novas ideias e os fatos ocorridos na esfera internacional, mas refletiam também a realidade local. Podemos mesmo dizer que foram movimentos de revolta regional e não revoluções nacionais. (...). A manifestação de rebeldia mais importante ocorrida no Brasil, a partir de fins do século XVIII, foi a chamada Inconfidência Mineira (Minas Gerais, 1789). Sua importância não decorre do fato material, mas da construção simbólica de que foi objeto. O movimento teve relação direta com o agravamento dos problemas da sociedade regional daquele período. Ao mesmo tempo, seus integrantes foram influenciados pelas novas ideias que surgiram na Europa e na América do Norte.* (FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. op. cit., p. 62-63).

²⁵⁴ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 91.

²⁵⁵ *Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar as mudanças que tais condições lhe imporiam. Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incomoda, conformando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas.* (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. op. cit., p. 160).

virtude de um processo revolucionário.²⁵⁶ Enquanto na França o *povo* (burguesia) depôs o antigo regime, guilhotinando o Rei Luis XVI em 1793, aqui Dom Pedro I tentava-se legitimar com um diálogo direto com o povo. *Os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo.*²⁵⁷ Ou seja, se o Estado Liberal de Direito e o princípio da legalidade surgiam em terras europeias como verdadeiras ambições da nova sociedade (burguesa), no Brasil, introduziram-se mais como legitimadora do que limitadora de poder, o que não fora diferente na proclamação da República, estando a explicação, provavelmente, na própria formação histórica da sociedade brasileira, que em momento algum se via(u) representada ou inserida nas decisões políticas do país,²⁵⁸ constituindo-se obra de minorias (políticas).²⁵⁹ A lei converte-se, assim, em um instrumento ao serviço de determinados interesses, de certos grupos de sujeitos, organizados em partidos políticos. Enfim, enquanto a Revolução Francesa movimentava a Europa, nós continuávamos(amos) fixados às vicissitudes do *Brasil colônia*. Vendo o *Estado* como um prolongamento da casa de onde se espera apoio nas *horas difíceis*, mas que nos *bons momentos* não deseja ser incomodado. Estávamos mais próximos de um *Estado Corporativo ou Estamental*²⁶⁰ que de um *Estado Liberal*.

²⁵⁶ Sobre o tema aconselha-se a leitura da obra de BARRETO, Vicente, PAIM, Antonio. **Evolução do pensamento político brasileiro**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989.

²⁵⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. op. cit., p. 161.

²⁵⁸ *O cidadão comum, na maioria das vezes, não se sente comprometido com suas atitudes com relação ao Estado. O Estado é para ele vinculado com a idéia de governo, e dele não se sente parte integrante, fazendo com que suas atividades da vida hodierna ocorram de uma forma completamente dissociada.* (LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31-33).

²⁵⁹ *A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrática-plebéia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre.* (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. op. cit., p. 836-837). *As ideias políticas que prevaleciam nas lideranças brasileiras da época, formadas, na maior parte, na Faculdade de Direito de Coimbra, cabem dentro do conceito vigente na época de liberalismo. Entretanto, não o liberalismo revolucionário, racionalista, negador do passado, que caracterizou o liberalismo jacobino da revolução francesa, que praticamente todas rejeitavam. Mas, o liberalismo inglês da revolução gloriosa de 1689, um liberalismo reformador, pragmático e que não pretendia romper com a história passada. O liberalismo que vai penetrar na Constituição de 1824 é aquele de tradição de Locke, que se inspira no denominado constitucionalismo medieval. Vai combinar-se coma doutrina de Francisco Suarez (1546-1619) igualmente fundada no pensamento político da escolástica medieval, pensamento que vertebrou o movimento da restauração portuguesa de 1640.* (SOUSA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. op. cit., p. 22-23).

²⁶⁰ *O Estado corporativo é o subtipo do Estado moderno característico da Fase da Monarquia limitada pelas ordens, também conhecido por estamental – séculos XV e XVI, início do século XVII. Os principais caracteres políticos são: forma de transição entre o Estado medieval e o Estado moderno; organização do elemento humano do Estado em ordens ou estados – clero, nobreza e povo – e sua representação em Cortes; existência de uma dualidade política Rei-ordens; multiplicidade das instituições de caráter corporativo – ordens, corporações, grêmios, mesteres, associações, cada qual com seu estatuto privativo; atribuição dos*

De qualquer sorte as Constituições brasileiras de 1824 e 1891 apresentaram o *espírito liberalista*, destacando a atuação do Poder Legislativo (através da criação de leis) frente aos demais poderes. Contudo, a *estrita legalidade* vislumbrada nesta quadra histórica passou a ter seu declínio, principalmente com a reivindicação da nova classe (operária/proletariada) por *novos* direitos, classificados como sociais. Não se trata de negar os valores estabelecidos no Estado Liberal, como a lei e seus objetivos, mas sim de agregar novos (complementares) significados.²⁶¹ Soma-se a essas novas postulações, uma proliferação incontável de normas que quebrariam a ideia de *segurança jurídica* garantido pelo pensamento liberal. Não obstante tais argumentos sobre o declínio (crise) da legalidade formal, aponta Gustavo Binembom, também: a constatação histórica de que muitas vezes a lei além de veicular a injustiça foi fundamento para a barbárie,²⁶² deixando de ser a mais importante forma de manifestação geral do povo, passando tal atributo para a Constituição; que atualmente existe a criação de uma série de atos normativos que servem de fundamento para o Executivo (uma espécie de deslegalização) e, por último, o fato de que muitas vezes o Executivo *controla* o processo legislativo, *seja por meios legítimos, seja por métodos menos nobres*, limitando sensivelmente a importância do Legislativo enquanto órgão normatizador por excelência, esvaziando o sentido da lei formal.^{263 264}

principais direitos e privilégios às ordens ou às corporações e não às pessoas; fortalecimento e crescente do poder real; progressão lenta, ou nula das garantias individuais. (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. Vol. I, p. 63-64). Para Max Weber: *la dominación estamental significa también: limitación permanente de la libre selección del cuadro administrativo por parte del soberano, en virtud de apropiación de los cargos o poderes políticos. El poseedor estamental de poderes políticos apropiados sufraga los costos de la administración con sus propios medios administrativos apropiados en forma indivisa.* (WEBER, Max. **Economía y sociedad**. 13. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 185-186).

²⁶¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. op. cit., p. 42. *La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente “garantizadora” y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos.* (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. op. cit., p. 34).

²⁶² *Historicamente, a lei começa a perder sua majestade em meados do século XX, quando é utilizada a serviço dos projetos totalitários, dentre os quais sobressaem o nazismo e o fascismo. (...). De outro lado, Estado-providência fez surgir a necessidade de edição de dezenas de leis de intervenção da economia, provocando um fenômeno que seria conhecida por ‘inflação legislativa’.* (FONTE, Felipe de Melo. **Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas**. op.cit., p. 258).

²⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 127-134.

²⁶⁴ Paulo Otero destaca vários *novos desafios da legalidade administrativa* tais como: a intervenção dos partidos políticos funcionando como centros de recrutamento de titulares dos poderes legislativo e executivo (até judicial) que exerceriam influência direta sobre a *classe média* e outros setores da sociedade; a neocorporativização da decisão política surgindo o Estado como um interlocutor junto aos diversos grupos de interesses econômicos, sociais e culturais existentes; a desmistificação da perfeição lei saindo do escopo de

3.2.2 Da legalidade à juridicidade: a inclusão de outras fontes legitimadoras e/ou limitadoras da atuação da Administração Pública

Se a *lei* já se apresentou como única forma de limitação e legitimação do *Rei/Poder Executivo/Administração Pública (legicentrismo)*,²⁶⁵ esta fonte bastou-se no modelo de Estado Liberal. Com o seu desprestígio, e a superação do Estado Liberal, pelo Estado Social e Democrático de Direito, mostrando-se, este, como um *plus* normativo, outras bases têm-se apresentado com estas características (legitimadoras e/ou limitadoras), podendo-se, citar, principalmente, a Constituição e as decisões oriundas dos Tribunais Superiores. Esta associação à lei de novas fontes limitadoras e legitimadoras da ação da Administração Pública convencionou-se denominar de *princípio da juridicidade*, ou seja, de uma única para uma pluralidade de fontes do direito administrativo.

Afirmar, contudo, que a *juridicidade* tenha surgido com o Estado Social ou Democrático de Direito não é uma verdade. Adolf Merkel em 1935 já escrevia sobre a juridicidade. Para este autor tanto a legalidade como a juridicidade não se apresentam de forma diversas, sendo o princípio da legalidade uma *especial* aplicação do princípio da juridicidade.²⁶⁶ A lei seria, aí sim, uma fonte jurídica (qualificada) dentre várias:

Este principio de la juridicidad de la administración no constituye un postulado jurídico-político, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el

que a lei traduzia, segundo os postulados liberais, um produto da razão, encontrando-se apta a regular todas as matérias sobre as quais um Estado mínimo sentia necessidade de intervir, assumindo a natureza de um instrumento de garantia do cidadão perante o poder, para a profunda evolução do significado e do valor da Constituição e a radical mudança do modelo de Estado do liberal para o social ou do bem-estar; a imperfeição intrínseca da lei face o aumento das tarefas confiadas à tutela do Estado, bem como às crescentes necessidades coletivas exigindo uma especialização e rapidez decisórias que o poder Legislativo se mostra incapaz de responder, o que geraria uma crescente valorização do papel da função administrativa (falando-se aqui em transição de um modelo de Estado-legislador, para um Estado-administrador); a normatividade *principlista* tendo a grande maioria dos textos constitucionais surgidos na segunda metade do século XX uma natureza compromissória, substituindo as normas constitucionais baseadas quase exclusivamente em regras pela consagração preferencial de princípios, refletindo uma postura constituinte pluralista e própria de uma sociedade aberta; explanado ainda sobre a *diversificação material da legalidade administrativa* com a quebra do mito da onipotência da lei face à Administração (a substituição da lei pela Constituição), a juridicação administrativa e a administrativização do Direito Privado. (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. op. cit., p. 137-179 e 733-803).

²⁶⁵ *O legicentrismo significou a centralidade do Direito nas leis formais, e não em outras figuras jurídicas, tal como a Constituição. O século XIX assistiu ao auge da era das codificações, com a edição de monumentos legislativos com milhares de artigos regulando minuciosamente as relações jurídicas entre os cidadãos.* (FONTE, Felipe de Melo. **Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas**. op. cit., p. 252).

²⁶⁶ MERKEL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. op. cit., p. 215.

derecho o que descansa en él. (...).²⁶⁷ Con este principio de la juridicidad de la administración ésta no se diferencia esencialmente de las otras actividades estatales, porque el derecho es también supuesto previo de la legislación y de la justicia.²⁶⁸

Daqui se extrai que a *antiga* posição da *lei* cede espaço ao *direito*. Se antes (Estado Liberal) bastava o respeito à lei, hoje, no Estado Democrático do Direito, a Administração Pública deve respeito ao *Direito*, ao *ordenamento jurídico*, à *Constituição*, às *decisões das Cortes Superiores*.²⁶⁹ Gustavo Binbenojm²⁷⁰ apresenta a *juridicidade* como uma *vinculação ao direito não plasmado na lei*, superando uma ideia positivista e abrindo caminho para um *modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas*. Paulo Otero, em estudo sobre a legalidade, traz a *juridicidade administrativa* como:

Uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se em uma verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona.²⁷¹

Sob esta perspectiva, a legitimação e limitação da Administração Pública, *agora*, dá-se além da (lei) legalidade, incluindo também, o respeito à Constituição²⁷² e às decisões oriundas das Cortes Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). A juridicidade, convém destacar, não se apresenta necessariamente como uma *evolução* do princípio da legalidade. Isto se deve ao fato de que na modelagem Liberal de Estado, a lei

²⁶⁷ MERKEL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. op. cit., p. 212.

²⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 214.

²⁶⁹ *A expansão do Direito além da lei, exigindo uma reavaliação do papel da norma legal*. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34).

²⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. op. cit., p. 141.

²⁷¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. op. cit., p. 15.

²⁷² *Permitir que a Administração Pública pautar sua atividade pela normatividade constitucional pode atuar como mecanismo de redução do 'déficit' de operatividade do princípio mencionado. E isto acontece através do chamado princípio da juridicidade. Dito princípio, também chamado de princípio da constitucionalidade (em contraposição à legalidade, muito embora jamais se negue a vinculação do Estado ao direito como um todo) confere à Administração Pública, como parâmetro de atuação, não apenas a lei, mas também a própria Constituição, subvertendo o conhecimento convencional sobre o tema*. (FONTE, Felipe de Melo. **Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas**. op. cit., p. 259).

incorporava o Direito. Assim, a Administração Pública sempre deveu respeito ao Direito, e o conceito de Direito foi ampliado, é decorrência lógica que a legalidade também sofra os influxos deste alargamento. Em suma, com a evolução do conceito do termo *Direito* e de suas fontes, a *estrita legalidade* (lei em sentido formal) cedeu lugar ao *ordenamento jurídico* e, por via de consequência, a várias fontes.²⁷³

3.3 Administração Pública Burocrática e o pensamento Weberiano: como a burocracia (não)foi incorporada à Administração Pública como forma de superação do patrimonialismo

A apresentação inicial da formação do Estado (Administração Pública) brasileiro claramente demonstra a sua cultura *patrimonialista/cunhadista/cordial*, ou seja, pouco ou nada preocupada com fins públicos ou estatais. Via-se uma administração corrompida, familiarista, sendo o Estado muito mais uma fonte de apadrinhamentos e indicações àqueles que de alguma forma contribuíram para determinada linha ideológica/política, que um ente com objetivos claros, comuns, coletivos.²⁷⁴

Como uma tentativa de superar as *essas décadas*, Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes objetivaram instaurar no país, em 1936, uma Administração Pública Burocrática como forma de combater o nepotismo e a corrupção.²⁷⁵ A forma de administrar

²⁷³ A obrigatoriedade do cumprimento de decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal ficou evidente com a publicação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e a inserção do artigo 103-A na Constituição Federal de 1988, que com a criação da *súmula vinculante* não só em relação aos órgãos do Poder Judiciário, mas também à Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, cabendo inclusive *reclamação* à mesma Corte no caso de descumprimento/violação ou decisão contrária ao estabelecido na súmula. A Lei nº 11.417/2006 regulamentou o artigo constitucional citado, alterando a Lei nº 9.784/99 passando a prever que: *acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.*

²⁷⁴ *Nitidamente, há uma estrutura de classes – banqueiros, comerciantes e fazendeiros – obre outra estrutura de titulares, encobrendo-a e esfumando-lhe os contornos. É a camada da penumbra que decide os destinos políticos, designa os deputados e distribui empregos públicos. São as “influências”, os homens que mandam, que se entendem com os executores e dirigentes das decisões do Estado.* (FAORO, Raymundo. **Machado se Assis: a pirâmide e o trapézio**. 4.ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 14).

²⁷⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 241. Segue o ex-ministro em sua exposição: *a administração pública burocrática foi adotada em substituição à administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas e na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. (...)* (Idem, ibidem). A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a estabelecer a exigência da realização de concurso público para o preenchimento de cargos públicos (artigo 169). A mesma regra foi mantida na Constituição de 1937 (artigo 156, b), na de 1947 (artigo 186), na Constituição de 1967 (artigo 95) e 1969 (artigo 97).

burocraticamente deveria seguir o modelo de Max Weber, que, muito embora não seja o *criador* deste modelo, foi o que melhor o sistematizou, apresentando a *burocracia moderna* da seguinte forma:

- I. Rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou normas administrativas. (...)
- II. Os princípios da hierarquia dos postos e dos níveis de autoridades significam um sistema firmemente ordenado de mando e subordinação, no qual há uma supervisão dos postos inferiores pelos superiores. Esse sistema oferece aos governados a possibilidade de recorrer de uma decisão de uma autoridade inferior para a sua superior, se uma forma regulada com precisão. (...)
- III. A administração de um cargo moderno se baseia em documentos escritos (“arquivos”), preservados em sua forma original ou em esboço. (...)
- IV. A administração burocrática, pelo menos toda a administração especializada – que é característica moderna – pressupõe habitualmente um treino especializado e completo.
- V. Quando o cargo está plenamente desenvolvido, a atividade oficial exige a plena capacidade de trabalho do funcionário, a despeito do fato de ser rigorosamente delimitado no tempo de permanência na repartição, que lhe é exigido. Normalmente, isso é apenas o produto de uma longa evolução, tanto nos cargos públicos como privados.
- VI. O desempenho do cargo segue as regras gerais, mais ou menos estáveis, mais ou menos exaustivas, e que podem ser aprendidas. O conhecimento dessas regras representa um aprendizado técnico especial, a que se submetem esses funcionários.²⁷⁶

Através Administração Pública Burocrática consegue-se visualizar o exercício do *poder hierárquico* administrativo, calcado na prerrogativa atribuída ao Poder Executivo de organizar-se, de estruturar-se, distribuindo e escalonando cargos e funções, possibilitando, inclusive tanto a delegação quanto a avocação de competências/atribuições, tudo sob o manto da lei.²⁷⁷ No entanto, mais uma vez, o Brasil apresentava-se com um passo atrás na

²⁷⁶ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979, p. 229-231.

²⁷⁷ A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, apresenta de forma bem clara a construção formulada por Weber, e assim dispõe em seus artigos: Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes. Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial. § 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada. § 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante. § 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado. Art. 15. Será permitida,

história. A (não)implantação da forma burocrática de administração em 1936 no Brasil foi a *nova* Administração estabelecida no momento pós Revolução Francesa (e em definitivo na era Napoleônica). O culto à lei (legalidade) abstrata e racionalmente estatuídas, permitia a introdução de uma organização devidamente estruturada sistematizada por Weber: *el tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático.*²⁷⁸ A burocracia surgia pós-revolução como a forma mais capaz de um dominação da impessoalidade formalista.²⁷⁹ ²⁸⁰ Este fato demonstra que a burocracia weberiana não estaria ligada necessariamente ao Estado Social ou Democrático de Direito, ainda que tenha sido este no Brasil argumento para sua introdução.

O Brasil de 1936, dirigido por Getúlio Vargas, começava a implantar (desde 1934) um Estado Social de Direito, o que consequentemente tornaria a Administração Pública muito maior do que aquela até então idealizada (nos moldes liberais). Maior porque agora suas obrigações não se limitariam à busca pela igualdade formal,²⁸¹ liberdade, propriedade e segurança jurídica, mas focalizariam, sim, a igualdade material, diminuindo as desigualdades criadas e aprofundadas pelas leis do capitalismo, e que, para tanto, precisaria implantar um modelo diferente de gestão administrativa, na tentativa de superar/ultrapassar o modelo patrimonialista, enraizado na estrutura administrativa, com o estabelecimento de

em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior. Art. 16. Os órgãos e entidades administrativas divulgarão publicamente os locais das respectivas sedes e, quando conveniente, a unidade fundacional competente em matéria de interesse especial. Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

²⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa.** op. cit., p. 133.

²⁷⁹ Idem, ibidem.

²⁸⁰ *El cuerpo de funcionarios profesionales es, en cambio, sintomático de la Administración en la época del absolutismo. Aquí no hemos de detenemos en su tan debatido origen histórico, sino que lo consideraremos tal y como se nos ofrece formado ya a comienzo del siglo XVIII. No se trata todavía del cuerpo de funcionario de la época posterior, especialmente de la época contemporánea, pero en él se encuentran ya los caracteres que separan estrictamente la Administración burocrática de la Administración estamental. Lo característico y nuevo de la burocracia consiste en la unión de la idea de la profesión con el desempeño de los negocios públicos. En sus orígenes, por eso, la burocracia se halla vinculada al mundo burgués, en el cual tiene su nacimiento histórico la idea profesional. En la burocracia se pone al servicio de los fines estatales el espíritu de la racionalización propio del mundo burgués.* (FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo.** op. cit., p. 44-45).

²⁸¹ A “igualdade perante a lei” e a exigência de garantias legais contra a arbitrariedade requerem uma “objetividade” de administração formal e racional, em oposição à discricão pessoalmente livre, que vem da “graça” do velho domínio patrimonial. (WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** op. cit., p. 256).

distinção entre o público e privado,²⁸² a distribuição de competências entre diversas esferas hierárquicas, na criação de um *funcionario* (um saber profissional especializado/técnico), como forma de *racionalizar* o serviço, excluindo, por consequência, as paixões, amizades, trocas de favores, imputando uma forma *imparcial/impeçoal* de agir, em que a *precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discricção, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal* – são levado ao ponto ótimo na administração burocrática.²⁸³

Entretanto, a tentativa de implementação não obteve o êxito esperado. Isso porque desde sua (pseudo)implantação, incluindo o regime militar (1964-1984), este ainda que materializando a descentralização dos serviços públicos, ao invés de consolidarem este modelo administrativo, com a implantação de concursos públicos, e compras através de sistema licitatório, por exemplo, preferiram o recrutamento através de indicações, o que inviabilizou a proposta de construção de uma burocracia forte.²⁸⁴ Consegue-se, contudo, visualizar normas que se inspiram nesta espécie de Administração, ainda que publicada em tempos recentes, como é o caso da lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93).

²⁸² *Los funcionarios, empleados y trabajadores al servicio de una administración no son propietarios de los medios materiales de administración y producción, sino que reciben éstos en especie o dinero y están sujetos a redacción de cuentas. Existe el principio de la separación completa entre el patrimonio público, del cargo (o de la explotación: capital) y el patrimonio privado (hacienda individual) y entre la “oficina” e el “hogar”.* (WEBER, Max. **Economia y sociedad**. 13ª reimp. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 175). Owen Fiss diz que o burocrata weberiano é um funcionário regido por regras que o proíbem tomar decisões individuais, sendo uma patologia da burocracia o comportamento excessivamente rígido, que obriga o burocrata a seguir regras gerais que definem seus poderes e obrigações. (FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Tradução de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 106).

²⁸³ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. op. cit., p. 249.

²⁸⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. op. cit., p. 239-240. *A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se saltou para o outro extremo e a administração pública brasileira passou a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo.* Desta forma a administração pública burocrática passou-se a se apresentar como engessada, lenta, mais preocupada com os meios *anti-patrimonialistas* que com os fins *públicos*. (Idem, *ibidem*). A burocracia, no entanto, não era totalmente isenta de falhas, como aponta Anthony Giddens ao comentar as ideias de Weber: *de acordo com Weber, a relação entre democracia e burocracia teria criado uma das mais profundas fontes de tensão na ordem social moderna. Haveria uma antinomia básica entre democracia e burocracia, porque o acúmulo de provisões legais abstratas que necessariamente teriam de implementar os próprios procedimentos democráticos implicava a criação de uma nova forma intransigente de monopólio (a expansão do controle do funcionalismo burocrático). Enquanto a extensão dos direitos democráticos demandava o crescimento de uma centralização burocrática, o contrário não acontecia.* (GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora UNESP, 1998, p. 33).

A Administração Pública Burocrática em *terra brasilis* acabou sendo vista como concentrada no processo, no rigorismo formal, rígido, autorreferente (no sentido de evolver-se/preocupar-se com seus próprios interesses/instrumentos), lenta e onerosa.²⁸⁵ É com este cenário que surge então a reforma administrativa de 1998, pela Emenda Constitucional nº 19. Não obstante a sua implantação não ter se dado de forma completa e devida, a *burocracia* vislumbrada por Weber, tinha por objetivo funcionar como uma máquina, sendo cada um de seus membros peças de um mecanismo móvel, capaz de executar tarefas específicas ou diversas, funcionando eficientemente, isso porque seus integrantes seriam *puramente racionais* (desumanizados) eliminando das atribuições dos funcionários amor, ódio e outros elementos pessoais, irracionais ou emocionais.²⁸⁶ O funcionário público interpretaria a lei de modo *racional* com base em conceitos rigorosamente formais, sem ressaltar a liberdade criadora (muitas vezes confundida com arbitrariedade) e predomínio das circunstâncias individuais, das influências, e preferências.²⁸⁷

Longe, no entanto, de alcançar as finalidades sistematizadas por Weber, com o aumento expressivo das funções estatais, muitas delas de alta complexidade, o termo *burocracia* na Administração Pública nacional tornou-se sinônimo de demora, de não realização, de desculpa para o (des)cumprimento do pré-determinado (pela lei), porque sem se desvencilhar do patrimonialismo, do apadrinhamento, os trâmites burocráticos permitiam(em) justificativas para a (não)realização do estabelecido.

²⁸⁵ *O conceito de burocracia no Brasil é entendido com sentido depreciativo, qual seja, algo que emperra, dificulta. Desgarrou-se do seu conceito original proposto por Max Webber. Em sua proposição de Estado-Racional, Weber busca expungir o caráter político-partidário com as características de objetividade-neutralidade da estrutura burocrática, a fim de prestar o serviço público de uma maneira técnica, sem os favorecimentos da pessoalidade. O Estado racional encontra seus alicerces na burocracia profissional e no direito racional. Os funcionários de carreira devem garantir a prestação de serviço público independente das forças partidárias que se modificam periodicamente. Assim, visa-se assegurar a prestação do serviço público de maneira continuada sem as oscilações que, por vezes, ocorrem na política.* (LIMBERGER, Têmis. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271).

²⁸⁶ GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora UNESP, 1998, p. 58.

²⁸⁷ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. op. cit., p. 255.

3.4 Das primeiras ideias de *eficiência* na Administração Pública brasileira à sua inserção como princípio fundamental/básico no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: a implantação da Administração Pública Gerencial

Desde a publicação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, iniciou-se uma reflexão acerca da inserção do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Entretanto, antes de aprofundar-se no *atual* estudo e o que representou(a) a inserção deste princípio como básico da Administração Pública, convém observar que a *eficiência* não é uma experiência nova na legislação ou no Direito Administrativo pátrio. O que talvez seja uma novidade é o que a *moderna* eficiência represente para a Administração, ou seja: a eficiência não é uma novidade, a novidade é a nova eficiência.

O primeiro experimento de eficiência inserida de forma expressa na legislação pátria deu-se ainda no período militar como pode se observar nos artigos nº 26, III²⁸⁸, 100²⁸⁹ ou 116²⁹⁰, todos do Decreto-Lei nº 200/67. Naquele momento, a eficiência administrativa apresentava-se através da descentralização da prestação de serviços pelos entes políticos outorgando-os a empresas estatais como Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista (Decreto-Lei nº 200/67, artigo 5º). Foi a primeira tentativa de reforma gerencial na Administração Pública brasileira que,

Entretanto, só aconteceu no final dos anos 60, através do Decreto-Lei nº200, de 1967, sob o comando de Amaral Peixoto e a inspiração de Hélio Beltrão, que iria ser o pioneiro das novas ideias no Brasil.

A reforma iniciada pelo Decreto-Lei nº 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Colocou-se toda a ênfase na descentralização, mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada.²⁹¹

²⁸⁸ Artigo 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: III - A eficiência administrativa.

²⁸⁹ Artigo 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

²⁹⁰ Artigo 116. Ao Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) incumbe: I - Cuidar dos assuntos referentes ao pessoal civil da União, adotando medidas visando ao seu aprimoramento e maior eficiência

²⁹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. op. cit., p. 243-244.

Por este motivo, tanto a legislação (lei nº 8.987/95 em seu artigo 6º, §1º,²⁹² por exemplo) quanto a própria Constituição Federal de 1988 em seus artigos 74, II²⁹³ e 144, §7º²⁹⁴ já mencionavam o termo *eficiência*. No entanto, essa primeira experiência pecou em, no mínimo, dois aspectos: o primeiro foi possibilitando a contratação de servidores sem concurso público, o que facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas, e o segundo foi por não ter se preocupado diretamente com a Administração Pública Direta, vista como altamente burocrática.²⁹⁵

A positivação da eficiência como um novo princípio básico introduziu (ou tenta introduzir) o que se convencionou denominar de *forma gerencial de administração pública*.²⁹⁶ A crise do Estado Social, principalmente norte-americano e europeu, influenciou políticas econômicas e sociais dos Estados Unidos (governo Reagan) e Inglaterra (Margaret Thatcher) de forma a diminuir o seu *gigantismo*: houve um *enxugamento da máquina administrativa*.²⁹⁷ Impulsionado pelo *Consenso de Washington* (grupo de economistas e funcionários das instituições de *Bretton Woods* no *Intitute foi Internacional Economics* que objetivava estabelecer novas diretrizes econômicas para a crise da América Latina que se arrastava ao longo da década de 80), o então governo da época, Fernando Henrique Cardoso, promulgou a Emenda Constitucional nº 19, em 04 de junho de 1998, inaugurando uma forma *gerencial* de administrar o Poder Executivo,

²⁹² Artigo 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²⁹³ Artigo 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado

²⁹⁴ Artigo 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: §7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

²⁹⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. op. cit., p. 244.

²⁹⁶ *Ocorre que, salvo melhor juízo, esta perspectiva de Administração Gerencial se afigura muito mais como uma técnica administrativa do que a uma política de gestão, eis que este **managerialism** é visto como um conjunto de ideias e crenças que tomam como valores máximos a própria gerência, o objetivo de aumento constante da produtividade, e a orientação para o consumidor.* (LEAL, Rogério Gesta. Administração Pública e Constituição no Brasil: uma revisão necessária. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 338, out. 2003).

²⁹⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “À BRASILEIRA”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 230, p. 48, out./dez. 2002.

pautado pela lógica da relação *custo-benefício*.²⁹⁸ Se o Estado Democrático de Direito coloca-se como um *plus* normativo, uma das formas de concretizar as normas (sociais) constitucionais foi (está sendo) experimentada após a Emenda Constitucional nº 19,²⁹⁹ em que esta concretização deixou de ser uma obrigação a ser suportada diretamente pela Administração Pública, passando este *encargo* à iniciativa privada. O Poder Executivo deixa de ser um prestador de serviços públicos, para ser (apenas) um *gerenciador/regulador*, incumbência exercida através das agências reguladoras.³⁰⁰ Note-se que, desde a subida de Getúlio Vargas ao poder, as funções desempenhadas pelo Executivo brasileiro passaram a ter maior destaque frente aos demais poderes, face à assunção de inúmeros compromissos (sociais) até então pouco/nada explorados. Isso fez com que fossem criadas diversas empresas estatais, como a Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia Vale do Rio Doce, Companhia Hidrelétrica do São Francisco, Instituto Nacional do Mate, Instituto Nacional do Pinho, Viação Aérea de São Paulo, Instituto de Resseguros do Brasil e a Petrobrás. Esta importância ganhou contornos gigantescos com a tomada do poder pelos militares (Criação do Banco Nacional de Desenvolvimento

²⁹⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 182. *A melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, na ação administrativa pública, simultaneamente, como um atributo técnico da administração pública, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos.* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. op. cit., p. 311).

²⁹⁹ *O estado democrático de direito busca, ainda, agregar alguns elementos ao conceito de estado de direito, com o objetivo de oportunizar o aprofundamento da questão da igualdade. Assim, se no Estado social um dos objetivos primordiais é melhorar as condições sociais, quer dizer, desenvolver a procura existencial, no estado democrático de direito há um “plus” em relação ao papel do ente público, pois deverá desempenhar papel transformador da realidade, incidindo este novo ‘ethos’ sobre a atividade da administração. O conjunto de prerrogativas e limites do poder público deverá de ser direcionado para propiciar o desenvolvimento dos cidadãos nos planos social, econômico e cultural.* (OHLWEILER, Leonel. **Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetivação do regime administrativo**. op. cit., p. 289).

³⁰⁰ As Agências Reguladoras no sistema administrativo brasileiro aparecem como Autarquias sob regime especial, possuindo todas as características atribuídas às Autarquias, agregando-se, no entanto, outros (amplos) poderes normativos, fiscalizadores e decisórios. Com forte influência neoliberal norte-americana (*independent agencies*) com a criação das Agências Reguladoras almeja-se espécie de administrações independentes, buscando-se *uma administração pública neutralizada politicamente, na qual a legitimidade é técnica* (LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.138). *A independência do governo é uma característica estrutural, e a neutralidade política de sua gestão é de índole funcional. No contexto das administrações independentes, a neutralidade tem o significado de favorecimento da tomada de decisões, a chamada neutralidade dos técnicos* (Idem, ibidem, p. 147). A expansão deste tipo de administração estaria ligada ao conflito gerado entre o modelo econômico adotado (capitalista) e o Estado, enquanto, Social. Com a implantação do Programa Nacional de Desestatização (PND - Lei nº 9.491/97), surgiu ao Estado o dever de regular a prestação dos serviços públicos, que *agora* não mais são prestados diretamente pelo Estado, mas sim por empresas privadas (por meio de permissões, concessões ou autorização) ou privatizadas, como, por exemplo, a Embraer, que *nasceu* estatal, mas foi privatizada em 1994, ainda sob a égide da Lei nº 8.031/90, antigo PND.

Econômico, ELETROBRAS - Centrais Elétricas Brasileiras, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais, Companhia Siderúrgica Paulista, Rede Ferroviária Federal S.A, Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil - NOVACAP, surgida em 1956 para dirigir os trabalhos de construção de Brasília, dentre inúmeras outras), que com a política da *segurança nacional* e do *ultranacionalismo*³⁰¹ aumentou ainda mais a presença do Estado nas áreas de serviços públicos e exploração de atividade econômica, sem perder de vista que neste período (militar) eficiência era sinônimo de descentralização.³⁰²

Ignorou, porém, este período de hipertrofia estatal que tanto o aumento das responsabilidades, quanto o aumento de seu tamanho, gerava maiores gastos/custos, que a Administração Pública não soube sopesar, levando a um forte desequilíbrio nas contas públicas e uma grande ineficiência na prestação dos serviços. Somado a este imoderado crescimento, tem-se a (re)tomada da democracia e a formulação da nova Constituição (que se encarregou de implantar o Estado Democrático de Direito), que mantiveram nas mãos da Administração Pública a incumbência de atuar nas áreas tanto exploradoras de atividades econômicas como prestadoras de serviços públicos sem, no entanto, conseguir alcançar os objetivos traçados (agora) constitucionalmente. Em 1995, com a Emenda Constitucional nº 5 foi iniciada a flexibilização dos monopólios estatais,³⁰³ alterando-se a redação do § 2º do artigo 25, abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado. O mesmo caminho seguiu a Emenda Constitucional nº 8, também de 1995, permitindo que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens fossem explorados diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão. A Emenda Constitucional nº 9 rompeu, igualmente, com o monopólio estatal do petróleo, facultando à União a contratação com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e

³⁰¹ Algumas frases ufanistas utilizadas pelo regime militar já em 1964 demonstravam o *ultranacionalismo* pregado pelos militares como: *Brasil ame-o ou deixe-o* ou ainda *quem não vive para servir ao Brasil, não serve para viver no Brasil*.

³⁰² *Foi a era das empresas "brás". Em setembro de 1981, recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais.* (BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática.* *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, v. 229, p. 287, jul. 2002).

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática.* op. cit., p. 288.

derivados básicos de petróleo,³⁰⁴ abrindo mão da execução, sem, entretanto, dispensar a normatização e fiscalização do serviço que seria (é) feito por órgão regulador hoje: a Agência (reguladora) Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustível (Lei nº 9.478/97). Estas alterações constitucionais preparam/precederam o que viria a ser a publicação da Emenda nº 19 em 1998 e a *Reforma Administrativa*, com a respectiva inserção ao *caput* do artigo 37 do princípio da eficiência, e a forma gerencial de Administração Pública,³⁰⁵ devida à falência do *mega-Estado* ressurgindo a consciência de que certos problemas não conseguem ser resolvidos por um poder centralizado, por mais hipertrofiado e poderoso que fosse sendo esta, aliás, a razão da ineficiência: o seu gigantismo.³⁰⁶

Contudo, a eficiência de 1998 ganhou contornos maiores ao de 1967, refletindo não apenas no campo econômico estatal, mas, também, e, principalmente, na área de serviços públicos. Ainda que recebendo críticas acerca da positivação do princípio da eficiência no direito administrativo brasileiro,³⁰⁷ parte da doutrina passou a apresentar a eficiência como a consagração do *princípio da boa administração pública*.³⁰⁸

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática.** op. cit., p. 288.

³⁰⁵ Autores, como Juan Carlos Cassagne, sustentam que este novo modelo de Administração/Estado equivaler-se-ia ao *Estado Subsidiário: La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares iure proprio. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales, y, aun, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares. (...). Paralelamente, se desencadena un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal, inclusive aquellas prestaciones que se engloban bajo la figura del servicio público, lo cual acentúa la colaboración de los administrados en la gestión pública, que no pierde este carácter por el hecho de ser gestionada por personas privadas.* (CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo.** 9.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010. Tomo I, p. 61).

³⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 106. Reportando-se à frase paradigmática e paradoxal de Daniel Bell: *o Estado se tornou grande demais para os pequenos problemas da vida e pequeno demais para os grandes problemas da vida.* (Idem, ibidem).

³⁰⁷ *A eficiência torna a relação de trabalho no serviço público em atividade matematizada. O que importam não são os fins que um serviço público poderia alcançar (por exemplo: redução do analfabetismo, redução da exclusão social, etc.), mas sim a produtividade numérica e estatística que se poderia verificar, voltada, é claro, para “otimização” dos gastos.* (MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito.** op. cit., p. 195). *Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda a sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais ressaltar óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca da eficiência justificaria a postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da*

eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado de que há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104). Nesta mesma linha vai Rogério Gesta Leal: *ocorre é que a mesma emenda não indicou quais os critérios e indicadores para aferir tal eficiência, mas por certo, eles estão sendo fornecidos pela iniciativa privada, com explícito intento de instituir um discurso de fragilização ainda maior da máquina estatal e justificar o projeto de privatização do espaço público.* (LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 132).

³⁰⁸ Juarez Freitas compreende como direito fundamental à boa administração pública: *o direito à administração eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.* (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125 e 455). Para Diogenes Gasparini *conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade.* (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76). Na doutrina italiana, a *eficiência* possui, também, íntima ligação com o *dever à boa administração pública: strettamente concesso con il principio de imparzialità è quello del buon andamento dell’amministrazione. (...). Buon andamento è sinonimo di efficienza. Nel caso di impresa privata, la gestione della stessa (essendo improntata ontologicamente dall’interesse individuale), si considera efficiente nei termini in cui sai stato raggiunto un profitto, ovvero l’utile economico dell’imprenditore. Diversamente nel settore della P.A., essendo la sua attività funzionalizzata al raggiungimento dell’interesse pubblico primario, fissato cioè dal legislatore, il buono andamento à misturato dall’utile sociale, ovvero dal massimo grado de aggiungimento del benessere dalla comunità com il minore sacrificio delle posizioni soggettive (interesse secondario e/o privati) che com esso interagiscono o confliggono nella fattispecie concreta.* (DELPINO, Luigi. **Compendi di diritto amministrativo**. 19.ed. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri, 2009, p. 18). O *princípio/dever da boa administração* foi, inclusive, incorporado à Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, proclamada, em dezembro de 2000, no Parlamento europeu, que em seu artigo 41 expõe: *1) ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell’Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, b) il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, c) l’obbligo per l’amministrazione di motivare le proprie decisioni. Quali che siano le ragioni di fondo della dinamicità dei contenuti, sta di fatto che, storicamente, ai principi di imparzialità e di buon andamento, applicati al diritto amministrativo, più assegnarsi un duplice significato. Da un lato, un senso ristretto, più risalente ed aderente all’accezione letterale del termine: imparzialità come divieto di far preferenze; buon andamento come esigenza di buona amministrazione. Dall’altro, un significato più ampio, maggiormente attuale e determinato dalla necessità contingente di attribuire valenza costituzionale alle regole di garanzia e di efficienza dell’azione amministrativa: imparzialità come potere-dovere dell’amministrazione di valutare ponderare gli interessi emergenti nell’ambito del procedimento e di adottare le scelte conseguenti; buon andamento come necessità di efficacia e di efficienza dell’azione, in modo da consentire il perseguimento di risultati adeguati.* (CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto amministrativo**. op. cit., p. 238). *In questo nuovo disegno, ciò che assume rilievo — ai fini che qui interessano — non è più la mera legittimità degli atti amministrativi posti in essere dai dirigenti, ma (oltre ad essa) i tempi, i modi, i costi, la razionalità degli assetti organizzativi, la snellezza dei procedimenti istruttori e di spesa, la capacità di motivare il personale e quant’altro è necessario per conseguire, secondo i canoni della buona amministrazione e, ciò a, con efficienza, economicità, efficacia, i risultati attesi.* (Idem, ibidem, p. 1.364).

Por vezes apresenta-se a *eficiência*, *eficácia* e *efetividade* como sinônimos³⁰⁹ e, em outros momentos, os se diferencia. De fato, estes termos possuem significados distintos nas mais diversas ciências como economia, administração, comércio exterior, etc. o que gera grande confusão dos conceitos. Para (tentar) estabelecer pelo menos uma *direção* adotar-se-á como o vocábulo *eficiência* como sendo a utilização dos *meios/procedimentos* (atrelado aos *meios*), a *eficácia* direcionada ao cumprimento dos *fins/objetivos*, e a *efetividade*, por sua vez, o cumprimento dos *fins* com a utilização correta dos *meios*, desde já ressaltando não ser esta conceituação a única ou mais correta, mas unicamente, um padrão a ser seguido.

Mas a distinção/diferenciação bem como as suas respectivas conceituações não foi objeto de debate na referida Reforma Administrativa de 1998. A discussão sobre a *eficiência* gira(va), efetivamente, em torno dos impactos/transformações que trouxeram a sua posituação como princípio básico para a Administração Pública. A intenção do legislador constituinte foi, sim, mudar o perfil *burocrático/engessado/patriarcalista* da Administração Pública para uma forma *gerencial*.³¹⁰ É neste sentido que, ao estudar-se a *nova* eficiência administrativa, são fundamentais trazer as palavras do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso:

³⁰⁹ *Eficiência e eficácia são comumente designadas como sinônimos, para tanto valorizando o aspecto teleológico (em nível dos fins) dos termos. Entretanto, procurando-se conferir uma análise cognoscitiva mais acurada, a questão apresenta-se muito complexa, não sendo válida tal simplificação.* (GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24). É o caso, por exemplo, de Roberto Dromi ao afirmar: *la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber de dar satisfacción concreta a una situación de requerimiento en la forma, cantidad y calidad, y con los medios y recursos que resultan idóneos para la gestión.* (DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 12.ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009, p. 229).

³¹⁰ Escreve Gesta Leal: *A partir da edição da referida Reforma Administrativa, o Estado deveria passar, por exemplo, a travar uma relação diferenciada com o servidor, exigindo profissionalismo, eficiência e orientação para resultados, a fim de limitar privilégios, garantir melhora qualitativa do desempenho do setor público, pôr fim à cultura burocrática, combater o nepotismo e racionalizar o aproveitamento das receitas públicas, o que materialmente não tem acontecido.* (LEAL, Rogério Gesta. **Administração Pública e Constituição no Brasil: uma revisão necessária**. op. cit., p. 333). Critica este posicionamento Marcelo Elias Sanches: *sob outra ótica, não há que afirmar que com a inserção do Princípio da Eficiência ocorreu mudança na ideologia estatal quanto à prestação de serviço público, de burocrático para gerencial. Esta alteração independe da existência de norma jurídica, mas sim da aplicação imediata da forma pela qual se expressa a eficiência estatal e como são conduzidas as políticas públicas, sendo uma questão ciência política e não se ciência jurídica.* (SANCHES, Marcelo Elias. O conceito do princípio da eficiência. **Revista tributária e de finanças públicas**, ano 12, n. 55, p. 19, mar./abr. 2004). Ainda que com (parcial) razão deve-se ter como ponto de partida a tradição/sistema adotado no Brasil, qual seja, a *civil law*, na qual toda e qualquer grande transformação na atuação não só do Estado, mas da própria sociedade, é precedida de uma alteração/reforma legislativa.

Reformar o Estado não significa desmantelá-lo. Pelo contrário, a reforma jamais significar uma desorganização do sistema administrativo e do sistema político de decisões e, muito menos, é claro, levar à diminuição da capacidade regulatória do Estado, ou ainda, à diminuição do seu poder de liderar o processo de mudanças, definindo o seu rumo.

Mudar o Estado significa, antes de tudo, abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, de um Estado que, por força de circunstâncias, concentrava-se em larga medida na ação direta para a produção de bens e serviços. Hoje, todos sabemos que a produção de bens e serviços deve ser transferida à sociedade, à iniciativa privada, com grande eficiência e com menor custo para o consumidor.³¹¹

Assim, a *eficiência*, aos olhos de seus idealizadores, não possuiu uma discussão propriamente epistemológica, e sequer foi pensada como importação do Direito Administrativo Italiano do princípio da *boa administração pública*. A introdução do (novo) princípio da eficiência, juntamente com uma série de mudanças estruturais,³¹² foi sim muito mais uma técnica administrativa,³¹³ atribuindo à Administração uma perspectiva Gerencial. A eficiência surge com forte intuito de desburocratizar, delegando serviços públicos à iniciativa privada. Contudo, ainda que o intuito originário tenha sido *estrutural*, inegável é seu impacto em *áreas específicas* da Administração Pública como a sua atuação no âmbito processual. Não se pode deixar de vislumbrar sempre, que ainda que alteração tenha se dado na estrutura da Administração, não o foi jamais desvinculada dos *fins do Estado*. Muito pelo contrário. Toda a mudança veio exatamente para que o *interesse público* fosse de fato alcançado, interesse este muitas vezes (ou na sua maioria) conquistado unicamente no âmbito processual (jurisdicional). Com esta perspectiva, pode-se idealizar uma Administração baseada em *resultados*, ou seja, *em resultados concretos e materializados em boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas como um*

³¹¹ CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 15-16. E conclui o ex-presidente: *Estamos vivendo um momento de transição de um modelo de administração que foi inicialmente assistencialista e patrimonialista (que mais tarde deu um passo adiante, burocratizando-se, no sentido weberiano da palavra) para um novo modelo, no qual não basta mais a existência de uma burocracia competente na definição dos meios para atingir fins*. (Idem, ibidem).

³¹² *O verdadeiro processo de redefinição do Estado para que ele possa realmente atender os seus objetivos contemporâneos é um processo, não um ato. Envolve toda uma mudança de mentalidade*. (CARDOSO, Fernando Henrique. **Reforma do Estado**. op. cit., p.16). Pode-se citar exemplificativamente, a criação do pregão (Lei nº 10.520/02), tornado esta modalidade mais rápida e eficiente em relação à concorrência; a possibilidade da instituição de entidades paraestatais como as Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs (Lei nº 9.790/99) ambas com intuito claro de passar a prestação de determinadas funções públicas (não privativas) para as mãos da iniciativa privada.

³¹³ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas**. op. cit., p. 147.

*'proprium' da função administrativa.*³¹⁴ Neste sentido, a *eficiência* não estaria somente ligada aos *resultados dos processos administrativos legítimos e eficientes*, mas também, a *um resultado administrativo legítimo e eficiente.*³¹⁵ Em suma, se o interesse público no mais das vezes é realizado via Poder Judiciário, uma vez que nem todo serviço público é delegável à iniciativa privada, permanecendo nas *mãos* do Estado o seu cumprimento, a atuação da Administração Pública no âmbito processual civil ganha considerável contorno, motivo pelo qual, necessariamente, passa a ser relevante visualizar a sua *eficiência* nesta área de atuação, logo: *uma Administração Pública eficiente processualmente.*

3.5 A Administração Pública e a (efetiva) busca pelo interesse público

A Administração Pública só se concebe enquanto efetivadora dos interesses públicos,³¹⁶ sendo a atividade administrativa uma modalidade particular de buscá-los e alcançá-los. Neste aspecto, a ideia de *interesse público* se apresenta como um elemento determinante na constituição e configuração não só do próprio Estado, mas principalmente da Administração Pública.³¹⁷ A positivação da eficiência é mais uma forma de se vislumbrar efetivamente a persecução deste interesse (público), vinculando seus atos aos mandamentos constitucionais. Vista a eficiência como a busca por algum resultado, este seria nada mais nada menos que o próprio interesse público, através da utilização de instrumentos menos custosos. Pode-se, também, afirmar que o fator (custo) temporal no processo, excessivamente longo, seja ele administrativo ou judicial, implicaria uma atuação administrativa ineficiente.

³¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados.** op. cit., p. 133.

³¹⁵ Idem, ibidem, p. 136. Gesta Leal compartilha do mesmo posicionamento ao expor que: *ao alçar-se a eficiência no plano constitucional à condição de princípio básico da atividade administrativa, deve-se dar destaque ao desejo de maximizar-se sempre os resultados em toda e qualquer atuação da ação e do serviço público.* (LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas.** op. cit., p. 134).

³¹⁶ *O titular único do interesse público, pois, é a Sociedade e, sua representação jurídico-institucional, o Estado, como síntese dos poderes soberanos.* Por isso, o interesse público, dever ser sempre compreendido como o que diz respeito à Sociedade, enquanto sujeito político que é fonte e fim do Estado. (LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas.** op. cit., p. 116).

³¹⁷ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo.** op. cit., p. 45. *La comunidad, la colectividad, no existe para la administración pública, ni para ninguna de las otras funciones del Estado, sino éstas para aquélla (...) que pueden sintetizarse en el de obtener el "bienestar general".* (Idem, ibidem).

Considerações sobre a inserção da *eficiência* à parte, se é uma imposição econômica, ou capitalista, ou global,³¹⁸ se se implantou (ou se está implantando) um sistema (*neo*)liberal de *Estado/Administração*, o fato é que a Administração Pública brasileira, por todo seu levantamento histórico, muito pouco esteve preocupada com o interesse público. Mas o que se poderia dizer do *interesse público* além da busca pelo *bem-estar da sociedade/coletividade*, não diminuindo, é claro, a dimensão e grandiosidade já causadora por esta afirmativa?

O termo *interesse público* insere-se no que tradicionalmente se conceitua como *conceito jurídico indeterminado*.³¹⁹ Fernando Sainz Moreno, ao escrever sobre ao que se deve a indeterminação dos conceitos, expõe especificamente sobre o interesse público como conceito jurídico, constituindo este um dos fins do Estado e que justificaria a sua existência. Entretanto, aponta que decidir a cada caso concreto se convém ao *interesse público* exige operar com critérios e técnicas. Por isso, para que a noção de bem público ou interesse público seja operativa, seria necessário delimitá-la juridicamente, cabendo esta tarefa ao legislador e à Administração. Assim, a cada decisão administrativa fundada no que convém ou é prejudicial ao interesse público, seria uma decisão jurídica, ou seja, uma decisão que dependeria para sua validade da concordância com todo o ordenamento

³¹⁸ A internacionalização não teve apenas uma dimensão econômica. De um lado, assistiu-se uma homogeneização dos estilos de vida, dos modelos de consumo, dos padrões culturais (...). A internacionalização conheceu, no entanto, um verdadeiro salto qualitativo, sofreu uma mudança de escala a partir dos anos 1990: o termo globalização traduz a existência de uma nova dinâmica que, escapando muito largamente ao controle do Estado, atinge a todos os países e toca a todos os níveis de organização social; a interdependência sempre cada vez maior das sociedades tende a desenhar a imagem de um “mundo sem fronteiras”, de uma “sociedade global”. A globalização seria caracterizada segundo Z. LAÏDI (1996), pela conjugação de cinco grandes mutações: a globalização dos mercados, (...), da comunicação (...), cultural (...), ideológica (...), política (...). (CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 33).

³¹⁹ Primeiramente quanto a própria terminologia *conceito jurídico indeterminado* tece contestação Eros Grau explicitando que *não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. (...). Insisto: todo o conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito.* (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238-239), concluindo o autor que a indeterminação apontada não é do conceito, mas sim de seus termos (expressões). Por esta razão deveríamos falar em *termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos indeterminados*. (Idem, ibidem, p. 239). Hartmut Maurer, diz: *enquanto o poder discricionário aparece no lado da consequência jurídica, o conceito jurídico indeterminado está localizado do lado do tipo da regulação legal. Ele leva uma problemática correspondente ao poder discricionário, ou seja, a questão se a administração obtém pelo emprego de conceitos jurídicos indeterminados um espaço de apreciação que judicialmente, só limitadamente, pode ser examinado. (...). Antigamente, o conceito jurídico indeterminado foi associado ao poder discricionário. (...). Depois de 1949, portanto, depois da promulgação da Lei Fundamental e da fundação da República Federal da Alemanha, consumou-se, todavia, uma mudança fundamental.* (MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo Alemão**. op. cit., p. 54-56).

jurídico (princípio da juridicidade), apontando, ainda, que o ordenamento jurídico utiliza a noção de interesse público como *princípio político*, como *conceito legal* e elemento nuclear das decisões administrativas.³²⁰

A questão *interesse público* e a sua (in)determinabilidade foi, modernamente, (re)definida no Brasil pelos escritos de Celso Antonio Bandeira de Mello, que importou da Itália o conceito de *interesse público* apregoado por Renato Alessi. Para este último autor, haveria duas espécies de interesse público: o *primário* e o *secundário*:

(...) peculiarità della posizione della pubblica amministrazione, quali appaiono in sintesi dalla formula usata più sopra per definire l'amministrazione stessa, si ricollega alla sua funzione: funzione, come si è posto in rilievo, di realizzazione degli interessi pubblici, collettivi. Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo 'primario', formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno allà collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario.³²¹

Sumariamente, o interesse público primário atenderia às necessidades da sociedade/coletividade, enquanto o interesse público secundário corresponderia aos interesses do Estado para atendimento de suas próprias necessidades, enquanto instituição, enquanto pessoa jurídica e, nesta qualidade, possuidora de responsabilidades, deveres, direitos e obrigações. Os atos emitidos tendo por fundamento o interesse público secundário para que fossem considerados lícitos deveriam sempre observar a primazia do primeiro.³²²

Mesmo sabendo que a *polis* de Aristóteles e Platão não se enquadre perfeitamente no conceito de moderno de Estado,³²³ certo é que desde aqueles primórdios a *cidade* era

³²⁰ MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976, p. 313-331.

³²¹ ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. op. cit., p. 179-180.

³²² Sinteticamente é assim, também, que expõe: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. op. cit., p. 357.

³²³ Jellinek aponta como elementos do Estado o território, a população e o poder. (JELLINEK, George. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2005, p. 495-542). Na mesma linha é o pensamento de Darcy Azambuja. (AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 4.ed. São Paulo: Editora Globo, 2008, p. 34). Dalmo de Abreu Dallari acrescenta ao povo, território e soberania, a finalidade. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. op. cit., p. 72). Modernamente Jacques

organizada para preservar a existência e, também, para buscar o *bem-estar*.³²⁴ *O Estado não é a sociedade, mas é a realização de fins da Sociedade*.³²⁵ Nesta perspectiva a associação de pessoas em cidades serviria exatamente para buscar um bem, que nos dias atuais se sintetizaria no *bem comum*, no *interesse comum*, no *interesse público*. Para Locke, por exemplo,³²⁶ o homem no estado de natureza é senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, e a única justificativa da união destes homens em sociedades e a submissão destes a governos seria exatamente a preservação desta propriedade. Já em Hobbes,³²⁷ *o fim último, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si para viver nos Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia da vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra (...)*. Rousseau ao idealizar o *contrato social* procurou uma forma de os homens defenderem e protegerem como toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado. David Hume, sob uma ótica inglesa, escreve que todos os governos estariam fundados sobre três opiniões: *o interesse público, o direito ao poder e o direito à propriedade*.³²⁸ Como fim do Estado, aponta Juan Carlos Cassagne:

En lo que concierne a la causa final o fin del Estado, ella es el bien común, razón de ser del Estado. En la idea de bien (ontológicamente considerado) anida la perfección en sí misma, que debe acompañar al obrar voluntario del hombre singularmente considerado: el bien se torna “común” cuando los individuos se agrupan y actúan el mecanismo de la sociabilidad natural, constituyendo las diversas comunidades, de las cuales el Estado constituye la comunidad perfecta. (...).

Chevallier sobre os elementos essenciais do Estado cita: a existência de um grupo humano, *nação* sobre um *território*; a construção de uma figura abstrata, o *Estado* depositário da identidade social e fonte de toda autoridade; a ordem e a coesão social, ou seja, o Estado percebido como a expressão “interesse geral”; o monopólio da coerção, incluído no conceito de soberania, e a existência de um aparelho burocrático, estruturado. (CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. op. cit., p. 24-25).

³²⁴ Aristóteles. **A política**. op. cit., p. 4. *La historia de las doctrinas de los fines del Estado es tan antigua como la historia de la ciencia del Estado*. (JELLINEK, George. **Teoría general del estado**. op. cit., p. 322). Para o autor, toda a atividade do Estado tem um fim último, qual seja, cooperar com a evolução progressiva de seus membros, presentes e futuros, além de colaborar com a evolução da espécie. (Idem, ibidem, p. 349). Sob este enfoque, o Estado funciona, mais uma vez, para o bem estar de seus membros. Teleologicamente, o Estado teria para Jellinek *el carácter de asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común*. (Idem, ibidem, p. 350).

³²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1934. Tomo II, p. 288.

³²⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. op. cit., p. 156.

³²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. op. cit., p. 123.

³²⁸ HUME, David. **Ensaio político**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2006, p. 30.

La doctrina del bien común como razón del ser y fin del Estado se encuentra claramente expuesta en las Encíclicas papales y de un modo especial, en la *Pacem in Terris*, de Juan XXIII, en la que se señala: “todos los individuos y grupos de intermedios tienen el deber de prestar su colaboración personal al bien común. De donde se sigue la conclusión fundamental de que todos ellos han de acomodar sus intereses a las necesidades de los demás y la de que deben enderezar sus prestaciones en bienes o servicios al fin que los gobernantes han establecido, según normas de justicia y respetando los procedimientos y límites fijados por el gobierno”.³²⁹

Ainda que nestas primeiras ideias o Estado tivesse por interesse público primário, primordialmente, a defesa dos bens, da liberdade, da vida de seus integrantes, seus *fins* são grandiosamente ampliados durante o Estado Social encontrando-se, no Estado Democrático de Direito, estabelecidos na Constituição, e para a Administração Pública no respeito à *juridicidade*. Neste sentir, buscar o interesse público primário é a Administração incansavelmente (fazer) cumprir as leis, os princípios, as normas constitucionais, as súmulas, as decisões das Cortes Superiores, em fim, o ordenamento jurídico, incluindo-se, *agora*, o *dever de ser eficiente*.

A Administração Pública Gerencial surge como uma *nova* forma de a Administração Pública nacional ser vista como nunca o foi (e para isso basta olhar brevemente a história): com *bons olhos*. Mesmo incorporando à Administração Pública a *burocracia*, sistematizada por Weber, exatamente com o intuito de romper com os pensamentos patrimoniais/cordiais/cunhadistas da Administração Patrimonialista, estes não restaram superados. Além de uma Administração *corrompida*, a burocracia também a tornou *engessada*, lenta, cara e totalmente ineficiente, ainda que não tenha sido, para isso, idealizada. A própria legalidade (lei), como legitimadora e limitadora das ações da Administração Pública não conseguiu corrigir a sua caminhada histórica (às avessas). A *juridicidade* surge com o mesmo intuito, não se limitando, *agora*, o respeito da Administração somente à lei, mas também à Constituição, princípios e às decisões das Cortes Superiores, que assumiram posição de destaque no *Estado Democrático de Direito*.

A *eficiência* incorporada em 1998 à Constituição Federal como princípio básico a ser seguido pelo Poder Executivo não vem unicamente impor um *simples* objetivo à Administração. Busca, também, implantar outras formas de atuação deste Poder. Indo além da *economicidade*, que vislumbrava somente os valores (mais baixos), a *eficiência* procura

³²⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. op. cit., p. 41.

implantar um novo sistema de administrar *a coisa pública*, com ou sem a adoção do direito fundamental à boa administração pública (do direito Italiano), não analisa somente o viés econômico, mas também outras particularidades como o respeito fundamental à Constituição, que representa/incorpora o *interesse público primário*.

Busca a eficiência uma inversão dos valores até então deturpados, como o próprio *interesse público*, que sempre foi (ou deveria ter sido) o fim (maior ou único) do Estado, mas que no Brasil acabou sendo *justificativa* de inúmeras condutas ilícitas e, que na verdade, não passava de mero *adorno* em suas decisões, vez que os fins buscados eram de fato *privatísticos* (interesse público secundário). Tais condutas fizeram com que cada vez mais a sociedade se visse menos representada pelos seus governantes, o que a fez recorrer ao Poder Judiciário para buscar/garantir seus direitos. Sob esta perspectiva, a *eficiência administrativa* e a *juridicidade* surgem como *novos* paradigmas; modelos que podem/devem refletir na atuação da *Administração* frente ao processo, como se verá.

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO, A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA (NOVA) PERSPECTIVA ACERCA DO REEXAME NECESSÁRIO E DA OBRIGATORIEDADE EM RECORRER

Até o momento o presente estudo cuidou de fazer um levantamento histórico acerca do Estado – do Liberal ao Democrático – de Direito, bem como pretendeu, da mesma forma, apresentar a evolução da Administração Pública nacional, conceituando-a e estabelecendo alguns *novos* parâmetros a serem seguidos. Pode-se observar que o Poder Executivo vem pecando no cumprimento de suas tarefas constitucionais e legais, falha esta que impele o particular/administrado de buscar a satisfação de seus direitos através do Poder Judiciário, colocando este numa atual posição de destaque.

O Judiciário, por sua vez, é um poder, geralmente, inerte, pois, somente se manifesta depois de compelido a isto. Esta movimentação dá-se via ajuizamento de uma ação: via processo (civil). Assim como a própria Administração Pública, o processo civil reflete a organização política em que está inserido, porquanto produto de uma cultura.³³⁰ Os diferentes perfis assumidos pelo Estado refletiram na estruturação do processo, o que leva, necessariamente, ao estudo desta trajetória.

4.1 O processo civil como reflexo do Estado: do Liberal ao Democrático de Direito

Durante o Estado Liberal de Direito vigorava um modelo legalista-normativista de produção do direito, fundamentado na prevalência da lei (manifestação da razão e da soberania da vontade geral expressada no Parlamento através de normas gerais e abstratas). O direito era identificado (na) pela lei, sendo o legislador o protagonista e o intérprete um mero articulador das *letras da lei*. Neste passo, o processo civil acaba refletindo a forma negativa e limitadora das ações do Estado.³³¹ Sendo o Estado Liberal uma forma estatal

³³⁰ Sobre as relações entre processo e cultura, consultar a clássica obra de: CHAISE, Oscar. **Derecho, cultura y ritual**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

³³¹ Mirjan Damaska localiza os objetivos do processo em dois tipos de Estado: o reactivo e o ativo. O primeiro proporciona que os próprios cidadãos persigam os objetivos escolhidos, prevalecendo os interesses individuais. Nesta perspectiva, tem-se um Estado *minimalista*, neutro, responsável somente por proteger a ordem e oferecer um foro para resolver as controvérsias entre os indivíduos. Seus cidadãos não estão

caracterizada pela autonomia/liberdade das partes com o processo civil não fora diferente.³³² Os atores processuais dispunham livremente de todos os instrumentos processuais necessários para desenvolver um embate individual, permanecendo o juiz como um verdadeiro árbitro, com função de somente assegurar o respeito às *regras do jogo*.³³³ O processo estava no domínio absoluto dos particulares. Este perfil de processo verte das legislações processuais liberais (individualistas), perceptível nas duas principais legislações processuais liberais dos anos de 1800: o Código napoleônico de 1806 e o Código italiano de 1865.³³⁴ A intervenção do juiz era reduzida ao mínimo. Construiu-se, assim, um papel de juiz passivo,³³⁵

Que deveria evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados. Ao mesmo tempo moldou os contornos do processo civil a partir de um forte controle estatal sobre o juiz no momento de decidir, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo

vinculados por um desejo mútuo de conseguir um objetivo comum, mas estão conectados com o Estado em sua qualidade de foro neutro para resolver as disputas. O direito, no Estado reativo, ressalta a soberania individual. Cabe ao Estado dizer aos cidadãos o que devem fazer ou acordar, senão como chegar a acordos, fazê-los vinculantes, e como devem comportar-se em juízo, ou seja, facilita e apóia a regulação autônoma dos membros criando *instrumentos de negociação* e transação. Quanto à administração da justiça, o Estado se compromete numa administração residual, ou seja, o Estado criou espaços para resolução de conflitos exatamente com o intuito de não estender este litígio para outras áreas do Estado. Neste sentido, o processo legal no Estado reativo recorda o que se pode chamar de *processo adversarial* ou *processo governado pelas partes: processo de resolução de conflitos*. Já como Estado ativo este faz muito mais que adotar políticas e programas de bem estar. Trata de usar sua base para um programa completo de melhora material e moral dos cidadãos. O Estado, e não mais os grupos sociais, volta-se como único foro de atividade política: a sociedade encontra-se estatizada pelo Estado. Este, agora, busca criar o bem estar social, comprometido com a transformação da sociedade. O propósito da administração da justiça é implementar uma política de Estado nos casos em que chegam ante ao judiciário. É o que o autor denomina de *processo implementador de políticas*. (DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Tradução de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 2000, p. 125-153).

³³² *A perspectiva liberal, fruto da concepção do Estado Liberal-burgês, própria do período pós-revolucionário, pressupõe a existência de cidadãos auto-suficientes, que não precisam de qualquer auxílio estatal para defender seus direitos.* (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57).

³³³ Alf Ross utiliza o jogo de xadrez com as suas respectivas regras como paralelo ao comportamento das partes e do juiz frente ao direito, cabendo a este último, assegurar que as aquelas fossem cumpridas: *a ação do juiz é uma resposta a muitas condições determinadas pelas normas jurídicas*. (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007, p. 39-62).

³³⁴ RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 105, jul./set. 2011. Escreve Barbosa Moreira: *A ciência do direito processual civil nasceu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo individualista. Era natural que o Zeitgeist impregnasse a doutrina das grandes codificações oitocentistas. Naquela e nestas avultava como traço característico o papel passivo atribuído ao juiz; assim como se queria o Estado tanto quanto possível alheio, na economia, ao livre jogo das forças do mercado (laissez faire), também se propugnava, para o órgão judicial, posição de distanciamento em face da luta entre as partes, reservada a estas, com exclusividade, não só a iniciativa do processo, mas a introdução de elementos probatórios e, em boa medida, a própria condução do feito.* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 7).

³³⁵ Idem, ibidem, p. 6.

(...). Obtinha-se, dessa forma, um amplo controle sobre as decisões tomadas pelos juízes, de modo a garantir a supremacia da legislação sob os auspícios do positivismo-exegético.³³⁶

Reflexo da própria mutação do papel do Estado, o processo civil também se obrigou a alterar sua formatação. Com o advento do Estado Social de Direito, surgiram as primeiras linhas da sua publicização³³⁷ – que hoje (Estado Democrático de Direito) tem sua mais forte expressão na constitucionalização do processo.

Viu-se que o setor oprimido social e economicamente (o proletariado) pelo Estado Liberal (burguês) passou a reivindicar direitos, participação na política e na economia, eclodindo na segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio pôr em cheque a (in)suficiência do marco de liberdade e igualdade (formal) burguesa. O Estado passa a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social,³³⁸ rompendo com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal, devendo, a partir deste momento, o Estado, pela sua *nova* finalidade, a realização da igualdade (material) a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais.

³³⁶ RAATZ, Igor; SCALABRIN, Felipe. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, n. 14, p. 275, jan./mar. 2011. Nos ensinamentos de Caenegem: *O Direito dos legisladores foi claramente predominante na França revolucionária e do século XIX. O mesmo se aplica à Bélgica no século XIX, e um dos mais famosos apóstolos da Escola Exegética, que dominou a doutrina na França e na Bélgica, foi o professor na Universidade de Gante, François Laurent (falecido em 1887). A Escola tirou seu nome do termo grego exegesis, que significa exposição e interpretação, particularmente das escrituras. A escola epônima foi assim chamada porque reduziu o ensino e a escrita jurídica a uma explicação exata e literal do texto dos sagrados códigos napoleônicos. Não é de surpreender que o termo ‘exegese’, originalmente associado aos estudos bíblicos, tenha sido aplicado a essa Escola, já que ela acreditava em um número limitado de livros sagrados contendo o Direito e nada mais que o Direito. Não havia nenhum Direito fora dos códigos e nenhum Direito antes deles: a Escola era totalmente a-histórica. (...). Napoleão proibira comentários sobre os códigos porque eles logo tomariam o lugar dos textos originais: portanto, tudo o que a faculdade tinha de fazer era oferecer uma leitura correta e um entendimento preciso das ipsissima verba dos códigos. Quanto aos juízes, sua contribuição criativa para o desenvolvimento do Direito fora rudemente restringida ou mesmo eliminada, quando a Revolução os reduzira ao papel passivo das famosas ‘bouches de la loi’, um tipo de autômato que apresentava os textos do Direito aplicáveis a qualquer caso dado, meramente repetindo o que o legislador dissera.* (CAENEGEM, R.C. Van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 62-63). *Imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo Processo de Conhecimento (ordinário) seja a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de pura ‘inteligência’, a ‘vontade’ do legislador, confirmando o pressuposto de que o juiz é tão-somente a ‘boca que pronuncia as palavras da lei’ ou, como disse Chiovenda, o juiz ‘atua a vontade concreta da lei’, nunca sua própria vontade.* (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182).

³³⁷ *O fim público do processo, sobrepassa ao seu fim privado.* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. op. cit. p. 7).

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. op. cit., p. 47.

A socialização do Estado reflete na *socialização/publicização* do processo, deixando de ser um ambiente de cultura liberal-individualista, para incluir *ideias sociais* ao processo civil, ou seja, um juiz com papel ativo, reforçando-se a *busca pela igualdade material* idealizada neste tipo de Estado, tendo por expoentes Anton Menger³³⁹ e seu aluno Franz Klein.³⁴⁰ O juiz, agora fortalecido, é visto como um *compensador*, um *engenheiro social*³⁴¹ além de que,

Na esteira do pensamento mengeriano, deveria auxiliar as partes buscando o esclarecimento dos requerimentos obscuros sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento.³⁴²

A doutrina processual, então, passou a repensar o processo apostando na majoração de poderes ao magistrado, o que refletiria melhor o novo papel que o Estado assumira:

Nesse contexto, o incremento dos poderes do juiz se deu a partir de dois vetores em certa medida conexos: a publicização do processo - consequência direta do agigantamento do papel do Estado - e a socialização do processo - o qual não fica de fora, portanto, das preocupações com o problema da justiça social.³⁴³

A partir deste momento, *a atividade do Poder Judiciário concorre para a realização dos fins do Estado; o processo é o seu instrumento característico.*³⁴⁴ O processo, um instituto de direito público, deve satisfazer, ao lado dos interesses privados,

³³⁹ A legislação quando adquire um caráter social e vai endereçada à proteção dos fracos contra os mais fortes, assegurando àqueles uma parte mínima dos bens necessários para viver, pois não existiria desigualdade maior que tratar aos desiguais de modo igual (MENGER, Antonio. **El derecho civil y los pobres**. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 64). Com esta premissa, Menger propõe a intervenção espontânea do juiz no processo, combatendo veementemente a legislação processual vigente na maioria dos Estados civilizados da época. A solução proposta por Menger é a de obrigar o juiz a instruir gratuitamente todo cidadão, especialmente o mais pobre, acerca do Direito vigente. Assim, evitar-se-ia, em certa medida, a inferioridade jurídica das classes pobres (MENGER, Antonio. **El derecho civil y los pobres**. op. cit., p. 68).

³⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. op. cit., p. 79-80.

³⁴¹ Idem, ibidem, p. 81.

³⁴² Idem, ibidem, p. 83.

³⁴³ RAATZ, Igor; SCALABRIN, Felipe. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, n. 14, p. 278, jan./mar. 2011. *Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto o elemento publicístico do processo. O fim do século XIX viu surgir o primeiro grande monumento legislativo numa concepção social, o código austríaco de 1895. Em boa parte sob a influência, e ao longo de sucessivas modificações, o ordenamento alemão foi-se inclinando no mesmo sentido. Na Itália, gigantes do pensamento processual esforçadamente pregaram a necessidade de reformas e trataram de concretizar em projetos arrojados as novas ideias. A doutrina italiana incumbiu-se de transmiti-las a outros países latinos, que se habituaram na buscar na península a sua estrela-guia.* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34).

³⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As bases do direito processual civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 12.

também os valores sociais mais elevados, de modo que o juiz figura como representante profissional do interesse geral. Daí que se aumenta a atividade do órgão judicial, o qual é munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir a sua marcha rápida e regular, deixando de ser um instrumento de manobra privada.

No Brasil, a criação de um Código de Processo Civil nacional era uma exigência da Constituição de 1934 e também da Constituição de 1937. Antes disso, cabia aos Estados legislarem sobre o processo civil, o que era considerado, pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, uma *desastrosa tendência para a descentralização*.³⁴⁵ O contexto histórico brasileiro exigia a centralização do processo civil para todo o país, de modo que coube à União a competência exclusiva para legislar sobre a matéria. E não poderia ser diferente, afinal, o panorama político, desde o início da década, era o da ascensão da política centralizadora de Vargas.³⁴⁶ Nesse cenário, formou-se o Código de Processo Civil de 1939, seguindo as linhas publicistas de Menger, Klein e José Alberto dos Reis³⁴⁷: uma imposição da nova ordem política brasileira, que, segundo Francisco Campos, *reclamava um instrumento mais popular e eficiente para a administração da justiça*.³⁴⁸ O Código de Processo Civil, dessa forma, *exprimiria, no campo em geral tão impermeável do sistema legal, essa tendência vital do regime, entregando ao povo um instrumento fácil e direto para fazer valer os direitos que a lei civil lhe atribuíra*.³⁴⁹ Partindo-se destes elementos, o

³⁴⁵ CAMPOS, Francisco Luis da Silva. A reforma do processo civil: as diretrizes da reforma. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 78, p. 187, abr. 1939.

³⁴⁶ RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973. **Revista memorial do judiciário do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2011, [no prelo].

³⁴⁷ O modelo de *juiz manequim* ou *juiz fantoche* era, para ele, Jose Alberto dos Reis a consequência do conceito individualista do processo, na qual a relação processual era considerada como um negócio de exclusivo interesse particular, de que as partes poderiam dispor como coisa sua. A partir da relação processual de caráter público, José Alberto dos Reis afirmava que o Estado, no desenvolvimento do processo, teria um interesse a defender e uma função a desempenhar: *assegurar a realização do direito objectivo, fazer triunfar a justiça*. (REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**. 2.ed. Coimbra: Coimbra editora, 1929, p. 207-208). A ação dos órgãos judiciários deveria ser tão pronta, completa e perfeita quanto possível, o que tornaria imprescindível *assinar ao juiz um papel activo, uma intervenção directa e eficaz na instrução da causa e na marcha do processo*. (Idem, ibidem).

³⁴⁸ CAMPOS, Francisco Luis da Silva. Exposição de motivos. In: **Código do processo civil do Brasil - Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939B, p. 1.

³⁴⁹ CAMPOS, Francisco Luis da Silva. **A reforma do processo civil**. op. cit., p. 189.

Código do Processo Civil brasileiro de 1939 foi influenciado pela cultura processual europeia do início do Século XX.³⁵⁰

Em 1964 o Brasil enfrenta um duríssimo golpe militar, que juntamente às mudanças políticas surgem mudanças legislativas, incluindo, aqui, a lei processual, cabendo ao então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid a sua redação. Ao contrário do Código de 1939, que apostava no caráter público e social do processo, o *novo* Código Processual de 1973 era um Código centrado na racionalidade técnica (na neutralidade científica), aos moldes liberais, que apesar de não abandonar completamente as concepções publicísticas e sociais do processo inseriu o processo civil brasileiro no processualismo,³⁵¹ que era a linha de pensamento prevalecente na Europa na primeira metade do século XX. Estas primeiras conclusões podem ser extraídas da própria exposição de motivos do Código de 1973:

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade. Assim entendido, o processo civil é pre-ordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. (...). Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.³⁵²

³⁵⁰ RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973**. op. cit.

³⁵¹ Conforme Mitidiero: *A repercussão das ideias do Processualismo europeu no Código de Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir da sua estrutura. Ainda, as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o Direito Material, predeterminadas idênticamente pelo clima do cientificismo próprio do Processualismo. (...). O Código Buzaid, dado o neutralismo científico que pressupunha, acabou disciplinando o processo civil tendo presente dados sociais da Europa do século XIX. As relações sociais e as situações jurídico-materiais que tinha em conta eram as relações do homem do Código Civil de 1916, de Clóvis Beviláqua, não por acaso, ele mesmo considerado um Código Civil tipicamente Oitocentista. Não pode causar espanto, pois, o fato de o Código Buzaid ser considerado, em suas linhas gerais, um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva. É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutral com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio a se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX.* (MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Felix; TELLINI, Denise Estrela (Orgs.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 117 e 120-121).

³⁵² BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Projeto do Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 70, v. 246, p. 9, abr./jun. 1974.

A ênfase deixava de ser os poderes do juiz, o que não fora de se estranhar, pois, ao lado da supressão da vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, o papel do Poder Judiciário também passava a ser secundário, ficando todo o destaque no Executivo. É exatamente nesta quadra histórica que há a hipertrofia funcional da Administração Pública. Tornava-se o processo civil algo mecânico, alheio aos anseios da sociedade, que as constantes reformas no decorrer dos anos vêm tentando superar.³⁵³

A partir da Constituição de 1988, retomou-se a discussão do papel do juiz e das partes, buscando a superação da concepção puramente liberal do processo para ser visualizada com outro tom no marco do Estado Democrático de Direito. Não há mais como defender um juiz inoperante e passivo como aquele do Estado Liberal, nem mesmo seria pensável que o órgão julgador assumira uma posição de protagonista do processo, alijando a participação democrática dos litigantes. Dentro dessa perspectiva, pois, ganha relevo a compreensão do processo civil focada no papel da Constituição.³⁵⁴ Assim, como a Administração Pública é pensada a partir da Carta Magna, o é, também, o processo civil, principalmente, neste último caso, com a *ruína* dos Poderes Legislativo e Executivo na perseguição de suas funções, assumindo, então, o Poder Judiciário um papel de evidência.

Possuindo o processo civil como fonte, também, as normas constitucionais e a Administração Pública tendo por seu fim o alcance do interesse público primário, estabelecido da mesma forma na Carta Maior, outro não deve ser o seu comportamento processual que não o pautado na juridicidade e eficiência administrativa. Se os direitos em sua grande maioria são alcançados a partir do processo, o órgão representativo do Estado

³⁵³ RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973**. op. cit.

³⁵⁴ Ensina Darci Ribeiro: *Desde esta perspectiva, pois, é oportuno assinalar que o direito processual não pode mais ser dissociado de uma leitura constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide de valores constitucionais informados pelo Estado Liberal devem, inevitavelmente, ser relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo atual Estado Democrático de Direito.* (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. op. cit., p. 187-188). Neste sentido ainda Igor Raatz e Felipe Scalabrin: *Em um primeiro momento, a constitucionalização do processo civil trouxe consigo a incorporação de normas processuais na Constituição, de modo a enfatizar a base constitucional do direito processual. Todavia, no marco do Estado Democrático de Direito, este movimento de constitucionalização desenvolve-se em outra perspectiva: passa a empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais, sem ignorar o aporte de seu regime jurídico, como a 'teorização acerca da aplicabilidade imediata e plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), da interpretação conforme aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais. Além disso, a própria Constituição passa a ser o centro de normatividade e a condição de possibilidade para toda e qualquer estrutura processual (...).* (RAATZ, Igor; SCALABRIN, Felipe. **O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático**. op. cit., p. 288-289).

nesta seara deve ter seu papel (re)pensado. É deste pressuposto que se passa à análise deste órgão responsável constitucionalmente por zelar pelos interesses públicos primários do Estado: a Advocacia Pública.

4.2 A Administração Pública como atora processual e a função da Advocacia Pública

Cumpra à Advocacia Pública, além das funções de consultoria e assessoria jurídicas a atribuição, também, de representante judicial do Estado (Administração Pública). No Estado Democrático de Direito, busca-se diuturnamente, a concretização das normas constitucionais, atribuindo-se a elas um *plus* normativo. Ainda que persistam normas com viés liberal e social, todas devem ser lidas/interpretadas a partir da Carta Constitucional. Com uma formação de cunho eminentemente patrimonialista, a Administração Pública, mesmo incorporando a sistematização burocrática, não conseguiu superar as mazelas dos seus primeiros séculos de existência, e tenta, agora, através da juridicidade e da eficiência desvencilhar-se tanto do retrocesso patrimonialista, bem como da morosidade/ineficiência burocrática. Contudo, em face de toda a evolução demonstrada, a sociedade, desacreditada nos Poderes Legislativo e Executivo que pecaram em suas missões, transferiu ao Poder Judiciário, através do processo, o encargo de efetivar a Constituição (e porque não as próprias normas infraconstitucionais). Cabendo à Advocacia Pública a representação da Administração Pública em juízo, e sendo ela, também, essencial à justiça e ao Estado Democrático, estando submetida primeiro ao Direito/Ordenamento Jurídico antes dos Governantes, é de fundamental importância determinar como deva ser sua atuação frente ao processo.

4.3 Advocacia Pública como função essencial ao Estado Democrático de Direito: a representação processual do Estado (e não do Governo) e a defesa do interesse público primário

Estabelecida a importância do processo civil no Estado Democrático de Direito, resta aprofundar o estudo acerca do órgão responsável pela representação da Administração Pública frente ao processo (em juízo): a Advocacia Pública.

Insta antes de trabalhar sua atual função buscar um breve levantamento histórico de sua existência. Até 1891, ou seja, durante o Império, na qual o Estado se apresentava com perfil liberal, cabia ao Ministério Público a defesa dos interesses/direitos da coroa.³⁵⁵ Foi somente na Constituição de 1934 (e manteve-se o mesmo desenho constitucional nas Cartas de 1946, 1967³⁵⁶ e 1969) que se *institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público* (artigos 95 à 98).³⁵⁷ Assim, pode-se afirmar com certa segurança que até a promulgação da Constituição de 1988, a representação judicial (defesa dos interesses) da Administração Pública era exercida pelo Ministério Público, que, por sua vez, cumulava as atribuições de defesa dos interesses da sociedades e dos Entes Políticos.³⁵⁸ A partir da promulgação da Constituição de 1988 foi que o Brasil passou a adotar o modelo italiano, pois:

Optou por *dividir a instituição* incumbida da tutela judicial do interesse público, atribuindo à chamada “Advocacia Pública”, à conta da influência do *modelo italiano, a atividade institucional originária*, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao “Ministério Público”, basicamente, as competências acusatória e fiscalizadora do *modelo Francês*, a que se acrescentou a título revitalizador, a polêmica participação na tutela dos chamados “interesses difusos”.³⁵⁹

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 282, out./dez. 2002.

³⁵⁶ O artigo 138, §2º previa expressamente que a União seria representada em juízo pelos Procuradores da República.

³⁵⁷ Justificando porque a institucionalização dera-se na Constituição de 1934, escreve Afonso da Silva: *No império, o Ministério Público já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, ‘custus legis’ e da ‘persecutio criminis’, preponderam sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Mas, na República Federativa, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e pois para o Ministério Público dos Estados. Quer dizer, descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em juízo. As funções de Ministério Público se tornaram marginais, e mais ainda quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Não foi assim que os membros da instituição se chamaram Procuradores da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho pela Constituição de 1946, surgiram novos ramos do Ministério Público da União, juntos dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumula-se também atividades típicas de Ministério Público.* (SILVA, José Afonso da. **A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito**. op. cit., p. 282-283).

³⁵⁸ COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 54, set. 2009.

³⁵⁹ SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 30, n. 117, p. 189, jan./mar. 1993.

Localizada no Título IV (Da organização dos Poderes), Capítulo IV da Constituição da República de 1988, a Advocacia Pública *surge* como função essencial à justiça,³⁶⁰ ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, também órgãos públicos.³⁶¹ Mas qual a importância de ser um órgão essencial à justiça? Que reflexos esta posição constitucional gera(ria)?

Primeiramente, deve-se apontar uma *falha* do legislador constituinte originário ao não inserir no artigo 132 as Procuradorias Municipais, *esquecimento* que o legislador constituinte derivado está tentando corrigir através da Proposta de Emenda Constitucional nº 153,³⁶² proposta esta que *anda a passos lentos* no Congresso Nacional (desde 2003). Considerando todas as atribuições imputadas aos Municípios (desde 1988 alcançando o *status* de ente federativo), algumas expressamente listadas no artigo 30 da Carta Magna, outras expostas dispersamente, como nos artigos 23, 196, 205, 225, dentre outros, não haveria outra justificativa que não *esquecimento* de incluir no artigo 132 as Procuradorias Municipais, principalmente por toda a importância que este órgão essencial à justiça e ao próprio Estado Democrático de Direito possui como há de se demonstrar.

A Advocacia Pública, mesmo quando exercida pelo Ministério Público, mas limitando o presente estudo à atual quadra histórica, é o órgão responsável pela

³⁶⁰ Artigo 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Artigo 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

³⁶¹ São as denominadas por Diogo de Figueiredo *procuraturas públicas constitucionais: exercem em suma, os membros do Ministério Público, os Advogados Públicos (ou Procuradores) da União, os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e os Defensores Públicos, no exercício do controle institucional de provedoria de sua respectiva competência, funções essenciais à justiça em suas diferentes procuraturas públicas constitucionais.* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 14, p. 47, jan./mar. 1993).

³⁶² Com a aprovação da Emenda o artigo 132 caput passará a ter a seguinte redação, sem alteração de seu parágrafo único: Artigo 132. Os Procuradores dos Estados, Municípios e Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

representação judicial e a consultoria jurídica da Administração Pública de acordo com o que expõe o artigo 132 da Carta Magna. Mas o que de fato isso representa? Não estando a Advocacia Pública *listada* como um órgão no capítulo correspondente ao Poder Executivo (Título IV, Capítulo II), mas sim como órgão essencial à justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública já demonstra por si só uma *certa* autonomia e independência em relação ao Poder Executivo,³⁶³ e isto requer um aprofundamento.

Já se definiu que nos encontramos no que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito, e que a Administração Pública está pautada dentre outros princípios pela juridicidade e eficiência, tendo como fim último (e primeiro) o interesse público primário.³⁶⁴ À Advocacia Pública estaria reservada a missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política (interesse público secundário) e do direito (interesse público primário), *compatibilizando as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico.*³⁶⁵ Pode-se assim afirmar que o elo entre a política e o direito, estabelecendo/apresentando os limites e as possibilidades, é/seria exercido pelos Advogados Públicos. Para tanto, a função exercida pelo Procurador (Advogado Público), deve ter por premissa o respeito ao direito, especialmente aos princípios da juridicidade e (atualmente também) da eficiência, defensor do interesse público primário, não sendo um agente *subordinado* ao Administrador Público, consistindo, pois o Advogado Público é um representante do Estado, e não do Governo.^{366 367} Logo, antes de estar *submetido* às ordens

³⁶³ Ao instituir as 'funções essenciais à justiça', como órgãos distintos e inconfundíveis com os Poderes do Estado, dotados da necessária independência funcional para acionar e fiscalizar esses Poderes, em benefício da sociedade. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia pública e o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 4, p. 10, 1999).

³⁶⁴ Sábias são as palavras de SESTA, Mário Bernardo. **Advocacia de Estado: posição institucional.** op. cit., p. 190, que diz: *a superação do absolutismo e a progressiva impessoalização do interesse estatal, que se veio a chamar de 'interesse público', está na base, não só das origens do Ministério Público, mas principalmente, pois aquela instituição surgiu a partir da Advocacia de Estado, daquilo que poderíamos denominar de gradativa institucionalização desta última função estatal.* Segue mais a frente o autor: *quando se fala de que o 'objeto' da Advocacia do Estado é a tutela do interesse público, está-se a referir, naturalmente e em primeiro lugar, o 'interesse do Estado', que, numa estrutura federativa ou descentralizada, vem a corresponder ao interesse das chamadas 'pessoas administrativas necessárias'. A natureza específica desse interesse, do interesse do Estado, a par de sua indisponibilidade, revela, profundamente, as marcas inerentes aos 'fins' do Estado, enquanto organização política da sociedade.* (Idem, ibidem, p. 192).

³⁶⁵ BINENBJOM, Gustavo. A advocacia pública e o estado democrático de direito. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 33, out./dez. 2010.

³⁶⁶ Ainda que originariamente *administración* e *governo* pudessem ter sido empregados de forma sinônima, o sentido dado ao vocábulo *governo* seguirá o pensamento de Otto Mayer que sustenta ser *governo* a alta direção, comando, centro do Estado, responsável por seu impulso, condução, que parte do centro para fazer marchar os assuntos de interesse geral. (MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán.** op. cit., p. 5). *Es preciso recordar que la administración, como especie de actividad particular, se ha separado del gobierno*

do chefe do Poder Executivo, o Advogado Público está *submetido* ao ordenamento jurídico e é a partir dele que deve pautar sua atuação: a Advocacia do Estado serve à sociedade e não ao Governo.³⁶⁸ Pensar de forma diversa é cancelar atitudes ilícitas, reforçando ainda mais as nocivas práticas patrimonialistas exercidas sem qualquer limite nos primeiros séculos de nossa história e que firmaram raízes profundas na sociedade e no Estado, teimando em permanecer até hoje.³⁶⁹

Mais do que limites e possibilidades jurídicas é a Advocacia Pública responsável pelo controle de juridicidade dos atos emanados pela Administração Pública,³⁷⁰ o que manifesta por meio de pareceres, através da consultoria (assessoria) jurídica, bem como pela atuação contenciosa. Caso fossem as Procuradorias subordinadas ao chefe do Executivo, jamais poderiam fiscalizar/controlar seus atos, afinal: *é impossível se fazer*

en la época en que la idea de Estado moderno formulaba entre nosotros su programa de régimen de derecho, al cual todo debía estar sometido, aun las relaciones del poder público con el súbdito. La administración, desde su comienzo, ha sido contemplada como una actividad del Estado que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que él deber establecer. Y eso mismo es lo que ha motivado su separación respecto del gobierno. (Neste ponto coloca o autor: *el orden jurídico es para los tribunales el fin; para la administración, el límite*). (Idem, *ibidem*, p. 11-12). A doutrina francesa expõe Sérvulo Correia inúmeras vezes coloca os *atos de governo* como uma exceção ao princípio da legalidade, pelo fato de os tribunais administrativos franceses haverem renunciado ao estabelecimento de uma distinção entre função política e função administrativa de Estado. No entanto, segue o autor, ainda assim, a ausência de (lá) controlar-se os atos de governo, não significaria o não cumprimento dos preceitos (legalidade), (SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. op. cit., p. 67-68) o que permitir-se-ia (aqui) a submissão destes à juridicidade e *fiscalização* pelas Advocacias Públicas.

³⁶⁷ Mário Bernardo Sesta sintetiza com precisão a a distinção entre *Advogado do Governo* e *Advogado do Estado* expondo que o primeiro, limitado ao nível de assessoramento, atende ao desirato da *conveniência administrativa, combinado com a conveniência política*, enquanto que segundo seriam agentes públicos, que recebem institucionalmente o mandato que os habilita à tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado. São, segue o autor: *investidos nos seus poderes, não por ato administrativo, mesmo sujeito a normas objetivas de provimento, não por investidura eventual, não por comissionamento, mas, como se disse, necessariamente em nível institucional, decorre da natureza peculiar que se lhes incumbe patrocinar e significa o atendimento de um novo patamar de exigências, revelador de um estágio mais avançado da juridização do Estado. A presença do Advogado do Estado visa atender essa circunstância e corresponde, melhormente do que a ideia de um simples assessoramento, a ideia, dentro da mais avançada análise da estrutura estatal, de uma verdadeira linha de 'controle da legalidade administrativa'*. (SESTA, Mario Bernardo. **Advocacia de Estado: posição institucional**. op. cit., p. 194-196). Conclui o autor expressando que a investidura institucional exige, no mínimo, que os Advogados do Estado sejam investidos em cargo público de provimento efetivo através de concurso de provas ou de provas e títulos, e que sua competência decorra da lei e, não de ato administrativo, apresentando como característica especial o *patrocínio judicial do interesse público, porque nessa atividade, os agentes dela encarregados atuam em nome do Estado*. (Idem, *ibidem*, p.197-198).

³⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. op. cit., p. 186.

³⁶⁹ *Enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estado e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade*. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. op. cit., p. 186).

³⁷⁰ Sobre a matéria ver: OHLWEILER, Leonel. O controle da administração pública a partir do (neo)constitucionalismo: da legalidade para a juridicidade. **Direito e democracia**, Canoas, v. 9, n. 1, p. 150-168, jan./jun. 2008 e LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 3, p. 241-262, 2005.

*controle de baixo para cima.*³⁷¹ A consultoria e assessoria jurídicas prestadas pelas Procuradorias são as melhores formas de controle preventivo dos atos administrativos,³⁷² sejam eles por ação, sejam por omissão. Qualquer ato que destoe da busca pelo interesse público primário, o que a história da Administração Pública nacional permite dizer que não pertence somente ao passado, deve ser apontado pelas Procuradorias, zelando, prontamente, pelo respeito à juridicidade e eficiência. Como bem destaca Luciane Moessa de Souza

As manifestações prévias (de consultoria jurídica) não devem quedar-se inertes à espera de provocação, uma vez que constatado o ilícito, deve o Advogado Público prontamente agir, seja por meio de parecer, seja por meio de qualquer outra forma de manifestação.³⁷³

Estabelecida a importância e as funções institucionais da Advocacia Pública e partindo-se do pressuposto que atualmente grande parte dos direitos (do próprio o interesse público primário) são obtidos ou prestados, somente através do Poder Judiciário, caberia refletir até que ponto as prerrogativas processuais permaneceriam em sintonia com o atual momento político-jurídico-social.

³⁷¹ BICCA, Ronald. *Advocacia Pública. Justiça & cidadania*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 71, out. 2008. Entretanto, essa simples afirmação de fácil compreensão não é o que se vê na prática: *a generalizada má vontade, bem como a problemática inaceitação crônica, por parte desses agentes políticos mal-informados ou mal-intencionados, da importância dessa superlativa função de controle de juridicidade da Administração Pública, a cargo das instituições da Advocacia Pública de Estado, não raras vezes afloram em atitudes 'autoritárias', 'desafiadoras', 'arrogantes' e 'ameaçadoras', que ressurgem no Poder Executivo como um teimoso resquício de sombria herança absolutista que logrou sobreviver ao Estado Liberal, manteve-se no Estado do bem-estar social, floresceu no Estado Social, e tenta ainda sobreviver, como odioso anacronismo, no Estado Democrático de Direito.* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público.** op. cit., p. 195).

³⁷² *Objetivo de controle de juridicidade da Administração Pública, que, em última análise, é a vivência diária e a finalidade síntese da Advocacia de Estado, no desempenho do inestimável serviço que deve prestar à sociedade.* (Idem, ibidem, p. 192).

³⁷³ SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 145, out./dez. 2008. Alias, no mesmo sentido escreve Diogo de Figueiredo: *convém que os agentes da Advocacia de Estado, no desempenho da ordem jurídica, assumam séria e inabalavelmente a missão que lhes está implícita de aconselhar, persuadir e de induzir os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a saudável técnica dos 'Pareceres vinculantes', que evitam que sejam tomadas decisões ruins para o Estado (...).* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público.** op. cit., p. 210). Esclarecendo acerca dos pareceres vinculantes escreve Gustavo Binbenbom: *Os pareceres vinculantes obrigam na sua própria conclusão a decisão administrativa final. Os pareceres normativos que além de vinculantes, se projetam para todos os demais casos semelhantes. (...). É papel da Advocacia Pública reconhecer quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, com efeito vinculante, no sentido da confissão a direitos postulados pelos particulares, da desistência de ações, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem esses litígios e contribuam para a redução da pletora de demandas que assola o Poder Judiciário do País.* (BINENBJOM, Gustavo. **A advocacia pública e o estado democrático de direito.** op. cit., p. 36-37).

4.4 As (justificativas das) prerrogativas processuais conferidas à Administração Pública

Sabe-se que a ampla maioria (se não em sua integralidade) da doutrina utiliza a terminologia *Fazenda Pública* e não Administração Pública em juízo. A justificativa para o uso *Fazenda Pública em juízo* seria porque esta é a área da Administração que trataria das *finanças, bem como da fixação e implementação das políticas econômicas*.³⁷⁴ Nesta perspectiva, *Fazenda Pública* estaria ligada a demandas que versassem sobre matéria fiscal ou financeira.³⁷⁵ Entretanto, o presente trabalho não se destina ao estudo unicamente orçamentário/fiscal/financeiro do Estado, podendo-se acrescentar, por exemplo, políticas sociais como de educação, assistência social, segurança pública, saúde, etc. Ora, se a utilização do termo *Fazenda Pública* se justificaria porque *é o patrimônio público, em última análise que poderá a vir suportar os encargos da demanda*,³⁷⁶ então, desde já, aboliríamos todas as demais terminologias que envolvessem o Estado, e passaríamos a usar unicamente *Fazenda Pública*, pois todas as condutas estatais, inclusive as negativas, possuem impacto financeiro/econômico. Pretende-se superar a ideia de que o Estado, sempre que está em juízo, está defendendo unicamente o erário. Muito pelo contrário. O único fim do Estado, o que inclusive legitima sua existência, é o *interesse público primário*, no qual não pode (nem deve) ser resumido ao *erário* (conjunto de bens e receitas públicas). Assim é que se objetiva dar uma conotação mais ampla ao termo. Por isso, e para manter a cientificidade da pesquisa, continuar-se-á utilizando *Administração Pública em juízo*, ainda que na prática sejam vistos como sinônimos.³⁷⁷

Se a Administração Pública justifica-se pela materialização do interesse público, entendido como a concretização das normas constitucionais, tendo ainda por princípios regeadores, dentre outros, a juridicidade e a eficiência, possuindo, inclusive, um órgão responsável por zelar por tais interesses e princípios, as suas Procuradorias, é que:

³⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 15. Hely Lopes Meirelles expõe que: *A 'Administração Pública' quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda*. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 732).

³⁷⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. op. cit., p. 15.

³⁷⁶ FRANCO, Marcus Vinicius Lima. Aspectos relevantes da fazenda pública em juízo. **Revista da AGU**, Brasília, v.5, n.11, dez. 2006, p. 41.

³⁷⁷ *O uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, a expressão Fazenda Pública contém significado de Estado em juízo*. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. op. cit., p. 15).

O interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, devendo, por isso, recusar-se o Procurador a atuar por mero interesse arrecadatório despido de legitimidade; a advogar com fins emulatórios; a recorrer sistematicamente, mesmo contra jurisprudência pacificada ou com desígnios protelatórios; e obedecer a ordens hierárquicas que interfiram na condução de processos judiciais a seu cargo, etc.³⁷⁸

Partindo-se deste pressuposto, as *vantagens processuais* justificar-se-iam por tratar-se a Administração Pública de uma parte processual diferenciada das demais, que não estaria, jamais, buscando fins privados/particulares, mas sempre públicos, em benefício de toda a sociedade.³⁷⁹ Por tais razões a Administração Pública não se encontra em situação de igualdade com o particular postulante, logo, natural que seja tratada de forma diferenciada,³⁸⁰ motivo, inclusive, pelo qual se denomina de *prerrogativas* e não de *privilégios* (este há quando se estabelecem vantagens a quem se encontra em situação de igualdade).³⁸¹ A problemática se instaura não na concessão destas prerrogativas

³⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Advocacia pública e o princípio da eficiência**. op. cit., p. 20.

³⁷⁹ *Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado*. (Idem, ibidem, p. 34).

³⁸⁰ *E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais (detêm ou recebem) porções iguais que surgem conflitos e queixas*. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. op. cit., p. 152). O justo nesse sentido é, portanto, o proporcional e o injusto é aquilo que transgride a proporção. (Idem, ibidem, p. 153).

³⁸¹ Segundo José Roberto de Moraes o fato de uma lei discriminar e criar situações de desvantagem não provoca necessariamente privilégios, a não ser que esta situação de vantagem seja uma situação de vantagem não fundada. (MORAES, José Roberto de. *Fazenda pública em juízo – prerrogativas ou privilégios?* **Revista autônoma de processo**, Curitiba, n. 2, p. 175, jan./mar. 2007). Outros motivos ainda são utilizados como justificadores das vantagens processuais concedidas à Administração Pública como: a burocracia interna que impede um rápido e diligente atuar do Advogado Público que muitas vezes, mesmo após inúmeras tentativas, não consegue ter acesso aos documentos necessários para atuar na causa, o acúmulo de serviço face a escassez de servidores. (Idem, ibidem, p. 178). Sobre o tema, ainda, escreve o autor: *o advogado público, diferentemente do advogado particular não pode recusar causas. Pelo menos em número não pode. (...) Eis aí um problema sério. (...) Em qualquer escritório particular, o advogado tem condições de verificar as condições que tem para atender bem, diligentemente, na medida em que o cliente merece, um determinado número de ações. Quando este limite for ultrapassado, o escritório deixa de absorver as causas e indica um novo colega porque não pode dar à nova causa o mesmo atendimento e zelo das demais porque a capacidade de atendimento e funcionamento do escritório já esgotou. Isso não ocorre com o advogado público. (...) Neste contexto, é evidente que dar prazo maior para um procurador da Fazenda Pública, significa cumprir o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado. (...) Cada vez que alguém entra com uma ação contra a Fazenda Pública, aquele advogado público terá que se dirigir ao órgão que deu origem àquela ação para dele colher as informações necessárias sobre a matéria de fato para que possa fazer a contestação. Quem já viveu na administração pública sabe o quanto isso é difícil, em face dos escaninhos burocráticos a serem preenchidos ou percorridos*. (Idem, ibidem, p. 177-178). No mesmo sentido são as palavras de Marcos Vinicius Franco: *não bastasse o respaldo do tratamento desigual na supremacia do interesse público sobre o particular, impende salientar que a Fazenda Pública responde a uma quantidade cada vez maior de ações, acrescentando-se a isso os entraves burocráticos que dificultam muito a atuação expedita, principalmente no que tange à prestação de informações por órgãos da estrutura administrativa para subsidiar a defesa do Poder Público em juízo*. (FRANCO, Marcus Vinicius Lima. **Aspectos relevantes da fazenda pública em juízo**. op. cit., p. 49). *Além de estar defendendo o interesse*

processuais à Administração Pública, mas sim pela forma com que as mesmas são utilizadas, desde já podendo-se afirmar que, uma vez buscado interesse privatístico em juízo, o que o Advogado Público deve veementemente evitar/impedir, os motivos que embasam as prerrogativas não se mantêm, não podendo, portanto, sobreviver as próprias vantagens. Dentre as diversas prerrogativas conferidas à Administração Pública em juízo, como os prazos recursais maiores, a forma diferenciada de execução (fiscal) e pagamento (sistema de precatórios), o pagamento ao final de despesas processuais caso vencida, cuidar-se-á especificamente do duplo grau de jurisdição obrigatório.

4.4.1 A (des)necessidade de permanência do reexame necessário: em busca da (des)valorização do interesse público

O duplo grau de jurisdição obrigatório, ou, simplesmente, reexame necessário, teve sua origem no processo penal romano. Originariamente a iniciativa do processo cabia à parte ofendida, forma, esta, logo superada por não responder satisfatoriamente *à natureza das relações penais e à tutela dos interesses coletivos*.³⁸² Ainda em Roma teria se iniciado o processo penal público, onde caberia a um órgão do Estado a investigação necessária para a elucidação do caso. Entretanto, após a instauração da república, teria havido uma ampliação nos poderes dos magistrados, sendo lícito a estes instaurarem um processo *ex-officio* (sem uma acusação formal) e realizarem a instrução e pronunciarem a sentença: princípio da oficiosidade.³⁸³ Este sistema processual fora incorporado ao direito canônico como *inquisitório: a inquirição tinha lugar por ato do próprio magistrado, que iniciava o processo, quando, por insinuação ou sem ela, lhe chegava ao conhecimento a existência*

público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. op. cit., p. 35). Para sustentar tais argumentos ter-se-ia que realizar uma pesquisa aprofundada acerca do assunto como quantidade de ações por procurador, porcentagem entre número de habitantes, número de ações ajuizadas contra a Administração Pública (ou desta contra particulares) e número de advogados públicos estabelecendo aí um parâmetro, trâmite interno de cada ente político para a prestação das informações, dados estes, que mesmo importantes, desvirtuariam da ênfase estabelecida no presente estudo. Ademais, ainda mesmo de posse de todos estes elementos, não se demonstraria a realidade de quando as prerrogativas foram conferidas, ou seja, com a publicação do Código de Processo Civil.

³⁸² BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex-officio: no sistema do código do processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1951, p. 13.

³⁸³ Idem, ibidem, p. 14-16.

*de algum crime.*³⁸⁴ O direito romano e canônico tiveram sua inserção em Portugal a partir do século XIII, nas Ordenações Afonsinas, contudo, *a competência judicial para proceder ex-offício podia turbar o ânimo do magistrado, influir em seu espírito e mesmo criar nele um estado tal que predispuesses a orientação da prova em determinado sentido.*³⁸⁵ Como forma de corrigir eventuais exageros por parte dos magistrados, os lusitanos introduziram ao processo inquisitório a figura da *apelação ex-offício* (Lei de 12 de março de 1355).³⁸⁶ Em 1521 foram publicadas as Ordenações Manuelinas, em que se manteve a *apelação ex-offício*, o mesmo ocorrendo nas Ordenações Filipinas em 1603.³⁸⁷

No Brasil a *apelação ex-offício* surgiu pela primeira vez em outubro de 1831, já como figura do processo civil sempre que o juiz proferisse sentença contra a Fazenda Pública.³⁸⁸ Até a publicação do Código de 1939, os códigos estaduais processuais da Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal, São Paulo, Santa Catarina, Pará, Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Norte traziam em seus dispositivos a *apelação de ofício* (ou *apelação necessária*).³⁸⁹

Após a unificação do sistema processual, com a entrada em vigor em 1939 do primeiro Código de Processo Civil aplicável em todo território nacional, a *apelação necessária* ou *ex-offício* veio disposta no artigo 822 que dispunha:

A *apelação necessária* ou *ex-offício* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá *apelação necessária*:

I – das sentenças de declarem a nulidade di casamento;

II – das que homologam o desquite amigável;

³⁸⁴ Idem, ibidem, p. 18. *O processo inquisitório contrastava com o processo acusatório. Enquanto este era contraditório, público e oral, aquele era escrito e desenvolvia-se nas trevas do segredo.* (Idem, ibidem, p. 19).

³⁸⁵ BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex-offício: no sistema do código do processo civil.** op. cit., p. 23.

³⁸⁶ Acabados estes feitos, caso as partes não apelassem, deviam os juízes apelar a El-Rei pela justiça. (Idem, ibidem, p. 24-25).

³⁸⁷ Idem, ibidem, p. 29.

³⁸⁸ Idem, ibidem, p. 32. A Lei nº 242 de 29 de novembro de 1841 em seu artigo 13 dispunha que: *Serão appelladas ex-offício para as Relações do Districto todas sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em primeira instância, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil réis, compreendendo-se nesta disposição as justificações e habilitações de que trata o art. 99 da Lei de 4 de outubro de 1.831, não se estendendo contra a Fazenda Nacional as sentenças que se proferirem em causas Particulares, e que os Procuradores da Fazenda Nacional somente tenham assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della julgarem preciso.* (Idem, ibidem, p. 34). Também em: TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário.** op. cit., p. 108.

³⁸⁹ TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário.** op. cit., p. 111-114.

III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.³⁹⁰

Este breve levantamento histórico permite afirmar, o que já o fez Buzaid,³⁹¹ que não haveria historicamente nenhuma justificativa para a inserção do reexame necessário ao processo civil,³⁹² ou unicamente, se for de fato um argumento, o ceticismo que os portugueses tinham em relação aos seus magistrados, o que tem levado a doutrina a tecer reflexões, inclusive quanto a sua (in)constitucionalidade frente ao atual sistema.³⁹³ Ainda que o objetivo traçado ao presente tópico não seja o estudo da constitucionalidade (ou não) do reexame necessário, a inclinação será pela sua desnecessidade (não necessariamente inconstitucionalidade). Antes, porém, uma observação quanto à sua natureza jurídica. Ainda que o duplo grau obrigatório de jurisdição tenha surgido como *apelação ex-officio*, e no Código de Processo Civil de 1939 integrasse o capítulo referente aos recursos (Livro VII, Título II), esta corrente doutrinária (que entendia a remessa necessária como um recurso) perdeu força quando da publicação do Código de 1973, quando então passou a integrar o Título VIII (do procedimento ordinário), Capítulo VIII (da sentença e da coisa

³⁹⁰ Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565 de 1942. A Constituição de 1934 (artigo 76) previa a possibilidade de o Presidente de qualquer Tribunal interpor recurso no caso de divergência jurisprudencial, bem como na Constituição de 1937 nos casos de julgamento em recurso ordinário pelo Supremo Tribunal Federal das decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus*. (Idem, ibidem, p. 115-116).

³⁹¹ BUZOID, Alfredo. **Da apelação ex-officio: no sistema do código do processo civil**. op. cit., p. 38. Com a visível intenção de justificar a existência do duplo grau obrigatório de jurisdição, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros em voto proferido no Recurso Especial nº 29.800/MG, julgado em 16/12/92 expos: *em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público. Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da magistratura. Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer*. (VAZ, Paulo Afonso Brum. **O reexame necessário no processo civil. Revista do tribunal regional federal da quarta região**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 50, jan./mar. 1990).

³⁹² No direito estrangeiro, mas com o nome de *consulta*, encontramos na Argentina, Peru, Colômbia e Venezuela, sendo que somente nestes dois últimos países admite-se a *consulta* nas sentenças emitidas contra a Fazenda Pública, semelhantemente, ao reexame necessário. (TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. op. cit., p. 122 e WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 35).

³⁹³ SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUZ, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. **Revista IOB de direito civil e processual civil**, São Paulo, v.11, n. 65, p. 50-82, maio/jun. 2010; MAIA, Renato Vasconcelos. Inconstitucionalidade do reexame necessário face aos princípios da isonomia e da celeridade processual. **Revista da escola superior da magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 11, n. 23, p. 259-288, jan./jun. 2006; WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional**. op. cit., p. 115 e ss.; SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. **Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do art. 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional**. São Paulo: Editora Pillares, 2010, p. 152-169 e TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. op. cit., p. 124-145.

julgada), ganhando mais adeptos à teoria sustentada inicialmente por Eliézer Rosa, na qual o reexame necessário trata(va)-se na verdade de uma *condição de eficácia da sentença*.³⁹⁴ Esta corrente que entende ser o reexame necessário uma condição para eficácia da sentença é, atualmente, liderada por Nelson Nery Junior³⁹⁵ não se tratando propriamente de recurso porque: do ponto de vista topográfico, o artigo 475 do Código de Processo Civil estaria fora do capítulo referente aos recursos; pelo princípio da taxatividade somente é recurso o que a lei diz que o é (artigo 496 do Código Processual); faltar-lhe-ia voluntariedade, ou seja, ânimo da parte em impugnar a decisão, além da dialeticidade, uma vez que no reexame necessário não haveria razões e contrarrazões, ou argumentos e contra-argumentos para a manutenção ou não da decisão.³⁹⁶ Outras questões ainda se colocam discutíveis quanto ao duplo grau de jurisdição obrigatório, como a que espécies de sentenças caberia este instituto se somente das definitivas, ou também das terminativas,³⁹⁷

³⁹⁴ BUZUID, Alfredo. **Da apelação ex-offício: no sistema do código do processo civil**. op. cit., p. 47.

³⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. op. cit., p. 78.

³⁹⁶ SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. op. cit., p. 606-607; ROSSI, Júlio César. O reexame necessário. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 23, fev. 2005, p. 42. Ainda é preciso citar que além das teorias que entendem o reexame necessário como recurso ou condição de eficácia, ainda existiriam outras de menor expressão como aquelas que o enxergam como *impulso oficial*, capitaneada por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. Tomo VII, [s.p.], ou como *ato complexo*, sustentada por MARQUES, Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. IV, p. 369. Há, ainda, o entendimento (isolado) de que a o reexame necessário é unicamente *condição para o trânsito em julgado da sentença*, não se tratando de condição de sua eficácia, uma vez que *não transita em julgado* não teria o mesmo significado semântico de *não poderá ser executada*. (VAZ, Paulo Afonso Brum. **O reexame necessário no processo civil**. op. cit., p. 50-51). A teoria apresentada por TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. op. cit., p. 169, sustenta que o reexame necessário tem natureza jurídica de *condição suspensiva ex lege*, em nada diferindo da sentença impugnada por recurso com efeito suspensivo, a não ser pela circunstância de ser uma suspensão originada da própria lei (*ex lege*).

³⁹⁷ SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. op. cit., p. 607, inadmitte o reexame necessário quando a decisão for terminativa, por se tratar a remessa necessária uma exceção sua interpretação deve ter a *menor abrangência possível*. NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. op. cit., p. 82, argumenta que a sentença terminativa não é proferida *contra* a Fazenda Pública, motivo pelo qual não seria passível de reexame. Entende ser incabível, também, nas decisões terminativas BARROS, Clemilton da Silva. Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro. **Revista da Advocacia Geral da União**, ano 6, n. 14, dez. 2007, p. 74. Já sustentando ser possível em qualquer espécie de sentença frente a ausência de especificação do conteúdo da sentença, bastando apenas a sucumbência por parte da Administração Pública: SIMARDI, Cláudia A. Remessa obrigatória. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 119. GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. **O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade**. op. cit., p. 59, por sua vez, sustentam a possibilidade de reexame em qualquer espécie de sentença, por força do conteúdo da súmula nº 325 do Superior Tribunal de Justiça: *a remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado*, visto que o efeito da devolutividade da remessa necessária dar-se-ia de forma plena. Tosta diz ser *irrelevante para definir a incidência do reexame necessário o juiz ter ou não examinado a questão de fundo, isto é, o mérito da ação. O que importa, em verdade, é saber se a sentença prolatada pelo juiz impôs algum gravame ao ente público*. (TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. op. cit., p. 238). DONOSO, Denis. Reexame necessário. Análise

se haveria a possibilidade de *reformatio in pejus* em reexame obrigatório,³⁹⁸ da (im)possibilidade da interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido em

crítica e pragmática de seu regime jurídico. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 87, p. 37, jun. 2010, coloca que mesmo a sentença terminativa não sendo *contra* a Administração, imporá ao ente público o ônus da sucumbência, que por si bastaria para justificar a remessa dos autos ao Tribunal para reapreciação da causa.

³⁹⁸ Mesmo com a existência da súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 45 (*no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública*, originada a partir do julgamento do Recurso Especial nº 14.238) e defensores desta linha como TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. op. cit., p. 221 e BARROS, Clemilton da Silva. **Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro**. op. cit., p. 81, vozes vem se insurgindo contra tal posicionamento, sustentando ser plenamente possível o agravamento da situação da Fazenda Pública na remessa necessária, uma vez que este instituto na sua origem não fora criado com o intuito de proteger a Fazenda Pública, posição esta lideradas por NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. op. cit., p. 85, e tendo como seguidores, dentre outros autores, ROSSI, Júlio César. *O reexame necessário*. op. cit., p.47, SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. **Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do art. 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional**. op. cit. p. 79. Não obstante o posicionamento favorável à *reformatio in pejus*, a jurisprudência é unânime em sentido contrário: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 475 DO CPC. NÃO ACOLHIMENTO. PARTICULAR QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA NA PARTE EM QUE RESTOU SUCUMBENTE. LIMITES DA DEVOLUTIVIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO: QUESTÕES JULGADAS EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULAS 45 E 325 DO STJ. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO DE BARBOSA MOREIRA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. 1. Não obstante a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que existe sobre os limites da matéria devolvida e em relação à própria existência do reexame necessário, a orientação deste Tribunal firmou-se no sentido de que, "no reexame necessário, e defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública" (Súmula 45/STJ), sendo que "a remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado" (Súmula 325/STJ). 2. Isso porque o reexame necessário é instituto destinado a proteger o interesse público, razão pela qual a devolutividade é restrita às questões que foram decididas em prejuízo da Fazenda Pública. 3. Há muito esta Corte tem entendido que: (a) "o reexame necessário, inclusive o previsto no art. 1º da Lei nº 8.076/90, é benefício que aproveita somente as entidades da Administração Pública" (REsp 33.433/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 30.8.93); (b) "no reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta a fazenda publica" (REsp 57.118/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 13.2.95); (c) "a remessa oficial, por si, não autoriza o tribunal 'ad quem' a manifestar-se sobre todas as questões postas em juízo" (REsp 60.314/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 25.3.96); (d) "O reexame necessário é estabelecido a benefício das pessoas jurídicas de direito publico", de modo que, "se a parte que litiga contra estas não apelou, a condenação que sofreram não pode ser agravada pelo tribunal, sob pena de 'reformatio in pejus'" (REsp 111.356/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 19.5.97). 4. Destaca-se, no âmbito doutrinário, a lição de de José Carlos Barbosa Moreira: "A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público, justamente por ser público — ou seja, da coletividade como um todo — é merecedor de proteção especial, num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimorosamente 'autoritária' a consagração de mecanismos processuais ordenados a essa proteção". 5. Com amparo no entendimento jurisprudencial deste Tribunal e na doutrina citada, é imperioso concluir que, em se tratando de sentença parcialmente desfavorável à Fazenda Pública, em face da qual não foi apresentada apelação pelo particular, o exame da matéria pelo órgão ad quem limita-se à parte em que sucumbiu a Fazenda Pública, porquanto defeso ao tribunal piorar a sua situação. O não exame da parte em que sucumbiu o particular — que não apelou — não implica violação do art. 535 do CPC, sobretudo em razão dos limites da matéria devolvida. A regra proibitiva de agravamento da situação da Fazenda Pública é estendida a eventual recurso apresentado em face do acórdão proferido em sede de reexame necessário, razão pela qual não pode o particular — que não apelou — suscitar, em sede de recurso especial, eventual afronta a dispositivo de lei federal, em relação à parte da sentença que ele (particular) restou sucumbente. Ressalte-se que eventual provimento de tal recurso violaria, indiscutivelmente, o disposto no art. 475 do CPC e afrontaria a jurisprudência deste Tribunal, consolidada

juízo de reexame necessário,³⁹⁹ bem como da (im)possibilidade da interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário a partir de julgamento em reexame

nas Súmulas 45 e 325 do STJ. 6. (...). 7. Por fim, cumpre registrar que o entendimento adotado não conflita com o disposto na Súmula 423/STF (*Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex officio', que se considera interposto 'ex lege'*) nem com o acórdão proferido no REsp 905.771/CE (Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 19.8.2010), o qual pacificou entendimento no sentido de que, havendo reexame necessário, a ausência de anterior apelação por parte da Fazenda Pública não configura preclusão lógica para eventuais recursos subsequentes, sobretudo recurso especial. 8. Recurso especial não provido, no que se refere às preliminares de ofensa aos arts. 475 e 535 do CPC. Recurso não conhecido em relação às demais questões suscitadas, que foram decididas em prejuízo do particular que não apelou da sentença. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.233.311/PR, Ministro relator Mauro Campbell Marques, julgado em 24/05/2011). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100202943&dt_publicacao=31/05/2011>.

Acesso em: 15 nov. 2011. Julgamento semelhante frente à própria Corte já havia desde 05/08/92, no REsp nº 14.238/SP, tendo como Ministro relator Demócrito Reinaldo.

³⁹⁹ Outra matéria ainda debatida refere-se a possibilidade de interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido em julgamento de remessa oficial. TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. op. cit., p. 198 entende ser inadmissível embargos infringentes em sede de reexame necessário, por força do art. 530 do CPC, que expressa ser cabível embargos infringentes em julgamento não unânime proferido em *grau de apelação*. Com relação à jurisprudência, ainda existe grande divergência, ora se posicionando no sentido de aceitação, ora negando. No Superior Tribunal de Justiça a partir da edição da Súmula nº 390 (nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes), restou pacificada a sua não aceitação: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO NÃO UNÂNIME. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530, DO CPC. DESCABIMENTO. 1. A remessa ex officio não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária. Precedentes do STJ: EREsp 168.837/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2001; REsp 226.253/RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 05.03.2001; AgRg no Ag 185.889/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.08.2000. 2. Sob esse enfoque esta Corte já assentou: 'Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero 'complemento ao julgado', ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei.' REsp 402.970/RS, Rel. p/ acórdão, Min. GILSON DIPP, DJ 01.07.2004) 3. A nova reforma processual, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e dissipando divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública. 4. A ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirigem-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária. 5. A eventual divergência, quanto ao percentual de juros moratórios, instaurada entre o acórdão embargado, proferido pela 5ª Turma, e o julgado paradigma, oriundo da 6ª Turma, deverá, posteriormente, ser submetido à análise da Terceira Seção desta Corte Superior, nos termos do art. 266, do RISTJ. 6. Embargos de divergência rejeitados quanto à questão do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária, enviando-se os autos à 3.ª Seção para o julgamento da divergência quanto aos juros. (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 823.905/SC, Ministro Relator Luiz Fux, Julgado em 04/03/2009). Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=823905&b=ACOR>.

Acesso em: 11 nov. 2011. Contudo NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. op. cit., p. 80; continua defendendo a admissão da interposição de embargos infringentes dos julgamentos em reexame necessário.

obrigatório,⁴⁰⁰ questões estas que, por não serem objeto específico de estudo, são citadas a título de reflexão.

⁴⁰⁰ Com relação a possibilidade ou não de interposição de Recurso Especial a partir de julgamento em reexame necessário, há grande divergência jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu através da Corte Especial pela sua admissibilidade: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA (POR AQUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. No caso, ademais, além de *error in iudicando*, relativamente à matéria própria do reexame necessário, o Recurso Especial alega violação de lei federal por *error in procedendo*, ocorrido no próprio julgamento de segundo grau, matéria a cujo respeito a falta de anterior apelação não operou, nem poderia operar, qualquer efeito preclusivo. Preliminar de preclusão afastada, com retorno dos autos à 1ª Turma para prosseguir no julgamento do Recurso Especial. (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Recurso Especial nº 905.771, Ministro relator Luiz Fux, julgado em 19/08/2010). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602619914&dt_publicacao=19/08/2010>.

Acesso em: 12 nov. 2011. A partir deste entendimento, manifestou-se a segunda turma da Corte da Cidadania: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 475 DO CPC. NÃO ACOLHIMENTO. PARTICULAR QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA NA PARTE EM QUE RESTOU SUCUMBENTE. LIMITES DA DEVOLUTIVIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO: QUESTÕES JULGADAS EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULAS 45 E 325 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. 1. Em se tratando de sentença parcialmente desfavorável à Fazenda Pública, em face da qual não foi apresentada apelação pelo particular, o exame da matéria pelo órgão ad quem limita-se à parte em que sucumbiu a Fazenda Pública, porquanto defeso ao tribunal piorar a sua situação. O não exame da parte em que sucumbiu o particular — que não apelou — não implica violação do art. 535 do CPC, sobretudo em razão dos limites da matéria devolvida. A regra proibitiva de agravamento da situação da Fazenda Pública é estendida a eventual recurso apresentado em face do acórdão proferido em sede de reexame necessário, razão pela qual não pode o particular — que não apelou — suscitar, em sede de recurso especial, eventual afronta ao dispositivo de lei federal, em relação à parte da sentença que ele (particular) restou sucumbente. Ressalte-se que eventual provimento de tal recurso violaria, indiscutivelmente, o disposto no art. 475 do CPC e afrontaria a jurisprudência deste Tribunal, consolidada nas Súmulas 45 e 325 do STJ. 2. No caso concreto, em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal, o ora recorrente (particular) não apelou, suscitando as questões em relação às quais restou sucumbente na sentença em sede de embargos de declaração. Nesse contexto, o Tribunal de origem tratou de modo adequado da questão ao afirmar que "não há omissão pela ausência de reexame integral da sentença, visto que a remessa oficial é relativa somente à parte da sentença que foi desfavorável ao ente público (União) que se beneficia do reexame". 3. Cumpre registrar que o entendimento adotado não conflita com o disposto na Súmula 423/STF ("Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex officio', que se considera interposto 'ex lege'") nem com o acórdão proferido no REsp 905.771/CE (Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 19.8.2010), o qual pacificou entendimento no sentido de que, havendo reexame necessário, a ausência de anterior apelação por parte da Fazenda Pública não configura preclusão lógica para eventuais recursos subsequentes, sobretudo recurso especial. 4. No mesmo sentido: REsp 1.233.311/PR e RESP 1.240.765/PR (2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 31.5.2011). 5. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 8.020/PR, Ministro relator Mauro Campbell Marques, julgado em 18/08/2011). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100956782&dt_publicacao=25/08/2011>.

Acesso em: 11. nov. 2011. A Suprema Corte, porém, não demonstra ter posicionamento consolidado acerca da aceitação ou não da interposição de recurso extraordinário a partir de decisão emitida em remessa de ofício, senão vejamos: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE RECIFE. PROVENTOS. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. SÚMULAS 281, 282 E 283. O acórdão recorrido, proferido em sede de reexame necessário, por maioria de votos, manteve a sentença de 1º grau. Contra essa decisão foram opostos embargos infringentes, os quais tiveram o seu trânsito negado por meio de decisão singular. Contra esse decisório singular é que foi interposto o presente recurso extraordinário, o qual, por óbvio, não se contrapõe a decisão de última ou única instância. Aplicável o óbice da Súmula 281 deste excelso Tribunal. Ainda que superado

No atual Código de Processo Civil,⁴⁰¹ incluindo-se a alteração feita em 2001, com a edição da lei nº 10.352, o reexame necessário vem previsto no artigo 475⁴⁰². Há de fato na atual redação do artigo uma alteração terminológica e tecnicamente mais satisfatória, vez que de *apelação necessária* ou *ex-officio* passou a denominar-se *duplo grau de jurisdição* (obrigatório), ou ainda, pela doutrina, *reexame necessário* ou *remessa necessária*. Além da hipótese contida no Código de Processo Civil, outras normas preveem a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição: Lei nº 3.365/41 (Desapropriação) artigo 28, §1º; Lei nº 4.717/65 (Ação Popular) artigo 19; Lei nº 12.016/09 (Mandado de Segurança) artigo 14, §1º; Lei nº 7.853/89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência) artigo 4º, §1º; Lei Complementar nº 76/93 (desapropriação por interesse social, para fins de

tal óbice, o recurso ainda assim não merece ser conhecido. É que não foi atendido o indispensável requisito do prequestionamento. Com efeito, a Corte de origem dirimiu a controvérsia à luz do art. 40, § 4º, da Magna Carta (em sua redação originária), que nem sequer foi enfrentado pela parte recorrente, inexistindo, portanto, debate prévio sobre o art. 37, inciso XIV, da mesma Carta de Outubro. Logo, devem incidir, ainda, os óbices das Súmulas 282 e 283 desta colenda Corte. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 425.614 AgR/PE, Ministro relator Carlos Britto, julgado em 30/11/2004). Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342498>>. Acesso em: 14 nov. 2011. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. ART. 8º ADCT/88. REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. 1. Não há que falar em preclusão porquanto o recurso de ofício devolve à instância superior o conhecimento integral da causa, impedindo a preclusão do que decidido na sentença. Precedentes. 2. Recurso extraordinário provido com fundamento em entendimento do Plenário da Suprema Corte: RE 165.438/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.08.2002. 3. Agravo regimental improvido. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 540.508 AgR/RJ, Ministra relatora Ellen Gracie, julgado em 11/11/2008). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565949>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

⁴⁰¹ Quando da realização do anteprojeto do que hoje é o Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid suprimira o *recurso de ex officio* utilizando como fundamento: *os argumentos utilizados pelos defensores do recurso ex officio não lhe justificam a necessidade, nem sequer a utilidade prática como meio de impugnação de sentenças, procuram explicar a sua manutenção unicamente pelo receio de conluio entre pessoas que figuram na relação processual ou por deficiente tutela dos interesses públicos. Ora, o argumento de que os representantes do poder público podem agir com incúria nas revela um defeito da função, mas do órgão, cuja indexação no cumprimento do dever merece ser punida pelos meios regulares de direito e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular. A missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público. Por outro lado, para obstar à formação do conluio entre as partes, no processo, confere o código meios eficazes.* (BUZOID, Alfredo. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 61, v. 207, p. 40, 1964). Contudo, como pode se perceber o projeto enviado e 1972 ao Congresso Nacional manteve a continuidade deste instrumento, agora, porém, com outra nomenclatura e localização.

⁴⁰² Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito convertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

reforma agrária) artigo 13, §1º. Frise-se que o instituto da remessa necessária continuará fortemente a ser debatido frente, inclusive, ao futuro novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional e que em seu possível artigo 483 (numeração dada pela emenda nº 1 – substitutivo ao projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010) poderá passar a ter a seguinte redação:

Art. 483. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública;

III – que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do respectivo tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a:

I – mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados;

III – cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.⁴⁰³

Estabelecido o levantamento histórico, bem como apontadas algumas discussões acerca do duplo grau de jurisdição obrigatório, convém então responder ao(s) seguinte(s)

⁴⁰³ No anteprojeto nº 166/2010 que tramitou perante o Senado Federal, apresentado em 08 de junho de 2010, o reexame necessário vinha disposto no artigo 478 e a seguinte redação: está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas. § 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação.

questionamento(s): é o *reexame necessário* um instituto mesmo *necessário*? Em que hipótese(s)?

Necessária, talvez, a remessa de ofício, possa até ser em alguns casos, entretanto, não é indispensável. Como já se afirmou, não há justificativa histórica para o *alargamento* do duplo grau de jurisdição obrigatório ao processo civil. Talvez, mas mesmo assim, sem qualquer comprovação (científica) doutrinária, este *estendimento* do instituto tenha se dado frente à descrença do legislador quanto à imparcialidade do magistrado de primeira instância (motivo que foge aos limites estabelecidos ao estudo) ou até mesmo dos Advogados Públicos atuantes nas causas movimentadas contra a Administração Pública, pois face a origem patrimonialista da Administração, poderiam estes ter seus interesses sobrepostos ao interesse público. O reexame obrigatório, assim, retira-lhes a autonomia da para deliberar pela interposição do recurso, e a impõe legalmente. O interesse público primário, bem como o excesso de demandas, o entrave burocrático, insuficiência no quadro de servidores, seriam(são) justificadores dos prazos recursais diferenciados. Contudo, ainda que fossem estas mesmas justificativas, as mantenedoras do reexame obrigatório, atualmente não mais prevaleceriam tais argumentos. A Advocacia Pública de carreira, devidamente constitucionalizada, e responsável por salvaguardar o interesse público primário (interesses do Estado/Sociedade), está devidamente não só capacitada, mas qualificada e legitimada, para atuar representando a Administração Pública processualmente, o que lhe permite abdicar, se for o caso, de apelar de uma determinada decisão de primeira instância.⁴⁰⁴

Ademais, a principal alegação acerca da manutenção do reexame necessário tem se mostrado intimamente ligada (quase sempre) ao valor da causa (procedimento que deverá

⁴⁰⁴ Pela manutenção da revisão obrigatória escreveu Barbosa Moreira: *já é cediça e dispensa demonstração a tese de que a isonomia não significa tratamento sempre absolutamente igual, mas tratamento igual a medida da igualdade e desigual na medida da desigualdade. Em suma: o critério decisivo é o da igualdade substancial, e não o da igualdade formal. (...). Concedido que, em regra, os Procuradores da Fazenda se mostrem diligentes no exercício de suas funções, disso não se deduz a impossibilidade de que algum deles, por este ou aquele motivo, deixe de interpor apelação contra sentença desfavorável. Pois bem: acode a tais casos a regra do art. 475, que para isso foi editada. E não se precisa dizer mais. (...). Admitida como mais provável a hipótese da interposição do recurso, é forçoso concluir que pouca repercussão prática terá a eliminação da obrigatoriedade do reexame 'ex' art. 475. A causa subirá por força da apelação da Fazenda Pública, e em nada ficará simplificado o itinerário em segundo grau. O órgão 'ad quem' não terá diminuído seu trabalho, nem poderá desincumbir-se dele com maior rapidez. Por conseguinte, em vão se esperará que a mudança produza consequências sensíveis no panorama atual, em matéria de duração dos processos.* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203-209).

ser mantido no Novo Código de Processo Civil), motivo este que não parece ser o justificador de sua manutenção. Nas causas de maior vulto (hoje entendidas como aquelas cuja condenação supere 60 salários mínimos) se aplicaria o reexame necessário.⁴⁰⁵ Para superar este argumento, recorrer-se-ia ao estudo realizado por Flávio Galdino *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*,⁴⁰⁶ cujo nome da obra por si só permite extrair o seu conteúdo (ainda que de forma limitada) e desde já afirmar que partindo do pressuposto de que *todos os direitos possuem custos* não deve(ria), nem pode(ria) condicionar-se a remessa de ofício ao valor da condenação, pois a Administração Pública não deve ser vista como uma *instituição financeira* ou somente como uma *gestora financeira*, no sentido de que somente lhe interessa (em termos de remessa necessária) causas que possam impactar mais o seu orçamento. Ora, o Estado Democrático de Direito impõe que a Administração Pública haja em decorrência da (e limitada pela) juridicidade, ou seja, não está(ria), somente, sua ação ligada aos recursos financeiros, muito pelo contrário, cabe-lhe buscar sim a concretização/materialização dos interesses públicos primários constantes na Carta Magna. Desvirtuar-se desta ideia significaria dizer que um cidadão que tenha uma condenação contra o Estado no valor atual de R\$ 32.600,00 (59,82 salários mínimos) teria *mais direito* que aquele cuja condenação supere R\$ 32.700,00 (60 salários mínimos), ou que o direito do primeiro seria alcançado mais facilmente que do segundo. Considerando aqui que o objeto da ação e o motivo da condenação fossem os mesmos, os Procuradores Públicos poderiam recorrer, se fosse o caso, de ambas (buscando a prevalência do interesse público primário) decisões e não somente de uma delas em decorrência do valor de sua condenação, supondo-se, a título exemplificativo, que sejam ações movidas postulando ressarcimento de despesas de internação hospitalar nas quais as pessoas tiveram que arcar, mas que deveriam ter sido suportados pelo Sistema Único de Saúde, e que para isso, por exemplo, tivessem de se despojar de alguns (ou todos, muitas vezes) bens, tudo para que não viessem a perder suas vidas em decorrência da omissão estatal. O duplo grau de jurisdição obrigatório em situação fáticas e jurídicas idênticas

⁴⁰⁵ Esta linha de raciocínio é utilizada na Lei nº 12.153/09, artigo 11: *nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário*, lei esta que trata da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

⁴⁰⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Mesma linha de raciocínio é extraída das obras de CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Porto Alegre: ENFAM, 2010.

fere(ria), necessariamente, a igualdade. Condicionar o duplo grau de jurisdição obrigatório ao valor leva à seguinte conclusão: o interesse público está(ria) presente somente nas ações acima de 60 salários mínimos, porque é nestas em que há a remessa necessária para salvaguardar o *interesse público*, o que não é uma verdade. De forma nenhuma se pode visualizar a omissão do Estado trazendo-lhe um *benefício*. Quanto mais duradoura a omissão (ilícita), maior o valor da condenação frente à Administração Pública, e menos célere será a prestação jurisdicional face ao reexame obrigatório. Logo, condicionar o duplo grau obrigatório de jurisdição ao valor da condenação é inaceitável no atual sistema jurídico-social nacional.

Importante ainda demonstrar que o condicionamento do reexame necessário simplesmente ao valor gera(ria) uma contradição, que pode ser extraída da própria jurisprudência. Por qual motivo nas ações penais de crime contra a Administração Pública para a configuração do delito independe-se do valor do dano causado ao erário, ou como expressa a jurisprudência criminalista *não há incidência do princípio da insignificância*,⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. DEBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR A R\$ 10.000,00. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de descaminho, assim como ocorre no delito de furto, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, a Administração Pública e seus interesses patrimonial e moral) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. 2. Na hipótese dos autos, a despeito do entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n.º 1.112.748/TO, representativo da controvérsia, segundo o qual incide o princípio da insignificância nos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo Acusado. Com efeito, há vários inquéritos e ações penais pelo mesmo crime de descaminho. 3. Conforme decidido pela Suprema Corte, "O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal. (Supremo Tribunal Federal, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010); 4. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. 5. Recurso provido. (5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.234.716/PR, Ministra relatora Laurita Vaz, julgado em 21/06/2011); Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15149650&sReg=201100264765&sData=20110628&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 nov. 2011. HABEAS CORPUS. PECULATO. BENS AVALIADOS EM R\$ 50.00. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEADA. 1. A 3a. Seção desta Corte possui jurisprudência pacífica sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, pois não se busca resguardar apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa. 2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº115.562/SC, Ministro relator Napoleão Nunes

configurando-se o crime qualquer que seja o montante da lesão? Pelo simples fato de que não estaria em jogo somente o aspecto patrimonial da lesão, mas também da moral administrativa, inserida no conceito do interesse público primário (inserida na juridicidade administrativa).

A única possibilidade que se vê na manutenção do duplo grau obrigatório de jurisdição é para salvaguardar o interesse público, o que independe de quantificação (de valor) e, somente com este objetivo, esta prerrogativa de *defesa* da Administração Pública seria justificável. Visualiza-se o reexame necessário com este intuito nas leis nº 4.717/65 (Ação Popular) e nº 7.853/89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência).⁴⁰⁸ Outra não é a ideia, ainda que restrita, haja vista que a exigência da decisão

Maia Filho, julgado em 20/05/2010). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=974869&sReg=200802027862&sData=20100621&formato=PDF>. Acesso em: 13 nov. 2011. Contudo, importante citar decisões, ainda que minoritárias, que admitem a aplicação deste princípio, limitando, contudo, sua aplicação até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista ser este o valor utilizado pela própria Administração Pública como mínimo para baixar na distribuição e arquivar execução fiscal pela Fazenda Pública (federal), bem como para a sua propositura: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DESCAMINHO. ATIPICIDADE MATERIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSTO ILUDIDO (R\$ 4.410,00) INFERIOR AO VALOR ESTABELECIDO PELA LEI 11.033/04 PARA EXECUÇÃO FISCAL (R\$ 10.000,00). CONDUTA IRRELEVANTE AO DIREITO ADMINISTRATIVO, QUE NÃO PODE SER ALCANÇADA PELO DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. De acordo com o entendimento recentemente firmado pelo STF, aplica-se o princípio da insignificância à conduta prevista no artigo 334, *caput*, do CPB (descaminho), caso a elisão de impostos seja igual ou inferior ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), estabelecido pelo art. 20, *caput*, da Lei 10.522/2002, alterado pela Lei 11.033/2004, para a baixa na distribuição e arquivamento de execução fiscal pela Fazenda Pública. HC 92.438/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 29.08.08, HC 95.749/PR, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 07-11-2008 e RE 536.486/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 19-09-2008. 2. Segundo o posicionamento externado pela Corte Suprema, cuidando-se de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considerada irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal. (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 116.293/TO, Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/12/2008); Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=851254&sReg=200802105994&sData=20090309&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2011. A disparidade de valores ora de R\$ 10.000,00, ora de sessenta salários mínimos, serve também para sustentar a tese aqui defendida de que o interesse público não está consubstanciado nos valores das ações, mas sim em seu conteúdo, sendo o Advogado Público o agente capaz estabelecer a importância de cada causa. O valor de R\$ 10.000,00 reais atribuído como mínimo para o ingresso de execuções fiscais justifica-se pela eficiência administrativa, pois os custos gastos na execução superariam o valor arrecadado. Ademais, o fato de a execução não ter sido movida, não significa que a dívida não persista junto ao órgão estatal.

⁴⁰⁸ Na previsão do art. 19, da Lei da Ação Popular, a remessa necessária não busca propriamente a proteção da Fazenda Pública, e sim, da sociedade, do interesse público. Sendo que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que, em tese, busca proteger o interesse geral, a norma estabelece a revisão obrigatória de sentença que extingue feito por carência ou que julgar improcedente o pedido popular. Fica bem clara a distinção entre interesse da Fazenda Pública e interesse público. (...). Enfim, o objeto da remessa necessária não se traduz exatamente na proteção à Fazenda Pública, mas na proteção do interesse público, do ordenamento jurídico, como forma de manifestação do princípio da segurança jurídica.

a ser exarada seja do plenário da Corte Constitucional, extraída do artigo 475, §3º do Código de Processo Civil quando a sentença prolatada pelo magistrado de primeira instância *estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente*: aqui, o interesse público já fora expresso anteriormente pelo plenário da Suprema Corte, e por tal razão não haveria necessidade da remessa necessária. Com o mesmo intuito poderá prever o futuro Código processual nas decisões emanadas de acordo com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, com acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos ou, ainda, com entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas. Todos independentemente do valor. Fundamental aqui citar o artigo 12 da Medida Provisória nº 2.138-35/01 que sistematiza a desnecessidade da remessa de ofício: *Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.*⁴⁰⁹ Esta ideia deve(ria) ser seguida por todas as Procuradorias Públicas e não somente a Federal, pois o que está em jogo não é *somente* o interesse da Administração Pública, mas sim o interesse público.

O duplo grau obrigatório de jurisdição justifica-se única e exclusivamente como prerrogativa da Administração Pública e sendo esta guardiã do interesse público, função esta exercida pelas Advocacias Públicas. Talvez, o ceticismo do legislador frente à formação do estado brasileiro, que por séculos se baseou na Administração Pública patrimonialista, ou seja, no interesse público secundário, justificaria a sua criação/manutenção. Contudo, no atual nível de desenvolvimento alcançado pelas

(BARROS, Clemilton da Silva. **Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro.** op. cit., p. 73 e 75). *Apesar de o reexame necessário ainda subsistir por força do argumento de que os interesses da Fazenda Pública merecem maior cuidado, é certo que quando sopesados com interesses difusos ou coletivos, veiculados em ação civil pública, o tratamento há de ser diferenciado. Quando o bem jurídico for mais relevante e mais abrangente que o aspecto pecuniário fazendário, o reexame se faz obrigatório em favor do primeiro.* (SHIMURA, Sérgio. **Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais.** op. cit., p. 608).

⁴⁰⁹ *Vale lembrar que a edição de Súmulas Administrativas, tais como os enunciados da Advocacia-Geral da União, autorizados pelos arts. 4º e 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, dispensando os Procuradores de recorrerem de sentenças tendo como objeto matérias pacificadas, tornam, também, inaplicável a regra do reexame necessário para estas sentenças.* (VAZ, Paulo Afonso Brum. **O reexame necessário no processo civil.** op. cit., p. 71). DONOSO, Denis. **Reexame necessário. Análise crítica e pragmática de seu regime jurídico.** op. cit., p. 42-43 denomina de dispensa do reexame necessário por *compatibilidade vertical*.

Advocacias Públicas, é desnecessária a sua permanência. Por tal razão, também, torna-se urgente a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 153, constitucionalizando expressamente, também, as Advocacias Públicas Municipais. A defesa do Estado e do interesse público primário passa pelas Procuradorias, que se apresentam como o primeiro órgão responsável pelo cumprimento da juridicidade por partes dos governantes, refletindo diretamente na seara processual e, por que não, social. Havendo vezes em que uma decisão, de acordo com a análise do caso pelo Procurador, percebe-se a desnecessidade da interposição de recurso, não haveria por que sobrestar a eficácia da sentença a sua confirmação pelo Tribunal *a quo*. Assim, a manutenção de um instrumento processual (duplo grau obrigatório de jurisdição) atrelado somente à quantificação de uma condenação obtida frente à Administração Pública, desvinculada propriamente do interesse público, torna-se totalmente desnecessária na atual estrutura organizacional da Advocacia e Administração Públicas e Processo Civil inseridos no Estado Democrático de Direito.⁴¹⁰

4.4.2 A (não)obrigatoriedade da interposição de recursos pela Administração Pública como forma de aplicação da juridicidade e eficiência administrativas

Cumpra, num primeiro momento, destacar e estabelecer o que não será objeto de estudo, para, a partir daí, poder-se empreender força no que fora objetivado. Grandes obras nacionais são responsáveis pelo (praticamente) esgotamento acerca do estudo prático/dogmático dos recursos, sem em nada desmerecer as demais, entre seus autores cabe citar: José Carlos Barbosa Moreira,⁴¹¹ Araken de Assis⁴¹² e Nelson Nery Junior⁴¹³. Contudo, não se está aqui tentando realizar um novo tratado (ou apanhado de teorias) acerca dos recursos, mas unicamente trazer à baila a sua essência, que parece ter sido

⁴¹⁰ *De qualquer modo, diante do elastério que, por vezes, se tem atribuído ao reexame necessário, gize-se que as suas normas, pela afinidade que guardam com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos, denegatórios do direito a tutela jurisdicional. Peremptas as razões históricas que sustentavam o duplo grau de jurisdição nas sentenças anulatórias de casamento (CPC, art. 475, I) e incontornável o desajuste dos privilégios do Poder Público aos direitos da pessoa humana, já tarda o banimento do reexame necessário da sede do processo civil, senão do próprio sistema de direito positivo brasileiro.* (CARVALHIDO, Hamilton. O privilégio público do recurso de ofício no processo civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 6, ano 3, jul./fev. 2000, p. 30).

⁴¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. V.

⁴¹² ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁴¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

relegado hoje a um segundo plano. Partindo-se deste pressuposto, não se vai (re)discutir quais espécies de recursos, seus efeitos, procedimentos, condições de admissibilidade, mas sim (tentar) buscar a *essência* recursal e a partir daí estabelecer como deva ser a forma de atuação do Advogado Público.

Em determinadas épocas históricas um governante poderia administrar pessoalmente a justiça e, como seu veredito era infalível, afinal era o governante um *escolhido Divino*, não havia a possibilidade de cometimento de erros.⁴¹⁴ Contudo, as primeiras civilizações identificavam o seu *poder* de acordo com a extensão do seu território (quem sabe aqui uma ideia prematura de globalização). A ampliação geográfica territorial na qual se exercia o poder gerou, necessariamente, aumento na população submetida a ele, e conseqüentemente a complexidade da vida em sociedade, o que obrigou o detentor da soberania a delegar algumas de suas funções, dentre elas a de administrar a justiça, sem desprender-se do poder e sem prejuízo de reservar-se a faculdade de avocar em toda oportunidade e em qualquer caso a solução dos conflitos.⁴¹⁵ De Santo, a partir de Vélez Mariconde aponta que:

Parece evidente que la apelación nació y se fortaleció como una institución política antes que como una garantía de justicia para los interesados (aunque con el correr del tiempo se hayan ido poniendo de relieve sus ventajas), en cuando fue una forma natural de que el pueblo o el príncipe afirmaran su soberanía.⁴¹⁶

Os juízes então exerciam suas funções por vontade do soberano, que os entregava de forma transitória. Logo, este mesmo soberano poderia subtrair do magistrado qualquer espécie de litígio, de modo que poderia, assim, revisar as soluções encontradas.⁴¹⁷ Poderia exercer este poder por *motu proprio* (avocação) ou por *queixa ou súplica da parte* (apelação).⁴¹⁸ Continuando a sociedade a aumentar, bem como a complexidade da vida e

⁴¹⁴ DE SANTO, Víctor. **Tratado de los recursos: recursos ordinários**. 3.ed. Buenos Aires: Universidad, 2004. Tomo I, p. 104. Othon Sidou, no entanto, já colocou que antes mesmo da civilização romana (como os persas, gregos, hebreus, entre outros) já era possível encontrar, algumas vezes de forma precisa, outras nem tanto, oportunidades para se reformar uma sentença. (SIDOU, J. M. Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 8).

⁴¹⁵ DE SANTO, Víctor. **Tratado de los recursos: recursos ordinários**. op. cit., p. 104.

⁴¹⁶ Idem, ibidem, p. 105.

⁴¹⁷ Idem, ibidem.

⁴¹⁸ Idem, ibidem, p. 106. *El juez, en consecuencia, ejercía la función jurisdiccional, no sólo limitada en su extensión o por personas, sino por la voluntad del soberano. Éste podía sustraer a su conocimiento cualquier causa, en cualquier estado, haciendo que le fuera devuelta la delegación y revisar las resoluciones pronunciadas por el delegado. Podía hacerlo de 'motu proprio' o por súplicas o quejas de los litigantes,*

das relações jurídicas, aos poucos nem mesmo o soberano passou a conhecer a todos os recursos, e assim dá-se a formação e multiplicação inicial das instâncias e dos recursos,⁴¹⁹ finalizando De Santo:

Estos estaban también impulsados por los individuos en la medida en que eran quienes los interponían, y si bien es innegable que tales individuos procuraban la satisfacción del mero interés individual, no lo es menos que el recurso iba más allá de ese interés individual para tener por finalidad última el interés general, trasuntando en la necesidad que tiene la comunidad de que no se desestabilice el ordenamiento jurídico y la paz social.⁴²⁰

Desta última afirmativa, conclui-se que, ainda que os recursos possam ter como ponto de partida interesses individuais, convertem-se em interesses públicos no sentido de manutenção da paz social, bem como da inalterabilidade do ordenamento jurídico que regeria aquele território. Esta ideia de paz social, de manutenção da justiça é aprofundando na publicização do processo civil.

O requisito intrínseco (ou de admissibilidade do recurso) denominado *interesse em recorrer* é fundamental no que diz respeito aos recursos interpostos pelos Advogados Públicos na defesa do interesse público. O interesse em recorrer decorre do binômio *necessidade/utilidade (utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência)*⁴²¹ apresentando-se, no primeiro caso, o recurso como o único meio para obter, naquele processo, a modificação da decisão impugnada, e o segundo (utilidade) como a forma que o recorrente tem do ponto de vista prático de alcançar algum proveito com a interposição do recurso.⁴²² Araken de Assis da mesma forma sustenta este binômio caracterizando a utilidade da interposição do recurso, porventura cabível quando puder resultar ao recorrente situação mais favorável que a defluente do ato impugnado e a necessidade quando o recurso é o mecanismo (necessário)

daño origen a la avocación y a la apelación. (PODETTI, J. Ramiro. **Tratado de los recursos**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 84). Esta seria a origem histórica do denominado efeito devolutivo.

⁴¹⁹ DE SANTO, Víctor. **Tratado de los recursos: recursos ordinários**. op. cit., p. 106.

⁴²⁰ DE SANTO, Víctor. **Tratado de los recursos: recursos ordinários**. op. cit., p. 107. Segue mais a frente o autor: *el fin inmediato de los recursos, entonces, es el de lograr una mejor justicia del caso individual. (...). Pero allí no concluye su finalidad, por cuanto al Estado también le interesa que se alcance el grado más alto de justicia, pues, por una parte, cuando mejor resulte la composición de los intereses individuales más se asegurará la paz social y, por la otra, contribuye al mantenimiento del orden jurídico, es decir, a la defensa de la correcta aplicación de las normas que regimientan la vida de la comunidad.* (Idem, ibidem, p. 110).

⁴²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. op. cit., p. 298. Dierle Nunes denomina de princípio da lesividade o requisito intrínseco do interesse em recorrer. (NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 72).

⁴²² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. op. cit., p. 315-316.

para colocar o recorrente numa situação mais favorável.⁴²³ Sinteticamente expõe Barbosa Moreira:

O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado que corresponda situação 'mais vantajosa', do ponto de vista 'prático', do que a emergente da decisão recorrida, de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.⁴²⁴

Partindo-se desta premissa, que interesse (proveito ou benefício obtido) possui um Advogado Público em interpor recurso, pelos mesmos fundamentos de decisão que julga determinada ação e que já teve em situação idêntica, a manifestação reiterada (ou pacificada) nas Cortes Superiores em sentido diametralmente oposto? Eis aqui a importância da fundamentação exaustiva das decisões judiciais, pois somente com decisões maximamente fundamentadas, não só expressando os fundamentos que levaram aquele juiz ao seu convencimento, mas também, externalizando as razões para o afastamento dos argumentos aduzidos pela parte vencida, possibilitará ao Advogado Público interpor ou não determinado recurso. Supondo-se, por exemplo, que determinada sentença tenha considerado ilegítima a cobrança de determinado imposto por considerar que a Certidão de Dívida Ativa não detalha, nem possibilita o cálculo do valor final desta Certidão o que impediria o contraditório e a ampla defesa, sendo esta decisão *inédita* para aquela situação, deverá recorrer o Procurador para que seja revista a sentença. Contudo, se esta mesma decisão fundamentar a cobrança indevida de determinado imposto por considerá-lo progressivo, tendo sido este, também, um dos argumentos aduzidos pela parte autora, e assim já tiver o Supremo Tribunal Federal já manifestado anteriormente, em situação idêntica, a interposição de recurso pelo Advogado Público restará indevida, tanto pela ineficiência no âmbito administrativo (entendendo-se aqui a eficiência como a busca pelo melhor resultado), bem como por ferir a juridicidade administrativa. Assim, supondo-se que se trate de decisão (específica – *inter partes*), mas que possa ter repercussão e que acabe por beneficiar toda uma categoria de servidores ou contribuintes, não haveria qualquer razão para que os Advogados Públicos, pelos mesmos fundamentos, continuassem a recorrer de ações propostas com o mesmo objetivo. Nessas hipóteses, o *interesse público primário* já teria sido estabelecido pela Corte Superior, ou seja, os

⁴²³ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. op. cit., p. 158-167.

⁴²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. op. cit., p. 298.

interesses do Estado estariam delineados segundo as decisões jurisdicionais.⁴²⁵ A continuidade da interposição de recursos teria o único fito de beneficiar o *interesse público*

⁴²⁵ Cabe aqui fazer referência ao parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2010 tendo como ementário: FORÇA - PERSUASIVA OU VINCULANTE - DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STF/STJ. DESTINO DOS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA DECISÕES FUNDADAS NESSES PRECEDENTES. APRESENTAÇÃO, OU NÃO, PELA PGFN, DE RECURSO E DE CONTESTAÇÃO. RAZÕES DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. REQUISITOS. 1. O precedente judicial, oriundo do STF/STJ, formado nos moldes dos arts. 543-B e 543-C do CPC ostenta uma força persuasiva especial e diferenciada, de modo que os recursos interpostos contra as decisões judiciais que os aplicarem possuem chances reduzidas de êxito. Assim, critérios de política institucional apontam no sentido de que a postura de não mais apresentar qualquer tipo de recurso (ordinários/extraordinários), nessas hipóteses, é a que se afigura como a mais vantajosa, do ponto de vista prático, para a PGFN, para a Fazenda Nacional e para a sociedade. Nessa mesma linha, também não há interesse prático em continuar contestando pedidos fundados em precedentes judiciais formados sob a nova sistemática. 2. Diante da força persuasiva inferior que marca os precedentes judiciais, oriundos do STF/STJ, não submetidos à sistemática prevista nos arts. 543-B e 543-C do CPC, não há parâmetros suficientemente seguros para se afirmar se os recursos interpostos contra as decisões que os aplicarem tendem, ou não, a obter êxito, sendo certo que fatores das mais diversas ordens poderão influenciar/determinar o resultado do julgamento desses recursos. Assim, razões de política institucional apontam no sentido de que não é conveniente a adoção, pela PGFN, da postura de deixar de interpor qualquer espécie de recurso contra decisões judiciais proferidas em consonância com tais precedentes, já que não se pode antever se a adoção dessa postura traria mais vantagens do que desvantagens. 3. Em se tratando, especificamente, de RE/RESP's interpostos contra acórdãos proferidos em consonância com jurisprudência reiterada e pacífica do STF/STJ, o seu seguimento tem sido repetidamente obstado pelos Presidentes/Vice-Presidentes (de TRF's e do STJ); daí que, nesses casos, pode-se afirmar, com a segurança necessária, que os recursos extremos interpostos contra essas decisões possuem reduzida viabilidade de êxito, de modo que a PGFN não possui interesse prático em continuar insistindo na sua interposição. 4. De igual modo, também é possível afirmar a baixa utilidade em continuar interpondo agravo regimental contra decisões monocráticas, proferidas por Relatores nos TRF's, no STJ e no STF que, com respaldo em jurisprudência reiterada e pacífica do STF/STJ, seguida pela respectiva Turma, negam seguimento, nos termos do art. 557 do CPC, a recursos (agravos de instrumentos, apelações, RESP's e RE's). 5. A aplicação prática das orientações ora sugeridas depende da verificação, pelo Procurador da Fazenda Nacional que atua no caso concreto, quanto ao atendimento dos requisitos listados por este Parecer; ainda como consideração de ordem prática, vale o registro de que a não apresentação, pela PGFN, de contestação/recurso, nas hipóteses sugeridas neste Parecer, deve, sempre, ser precedida de justificativa processual, a ser apresentada administrativamente pelo Procurador da Fazenda Nacional. Ainda que nem todas as procuradorias públicas estejam estruturadas como a Advocacia-Geral da União, o entendimento externalizado no presente parecer demonstra, exatamente, o papel que deve ser assumido pelas Advocacias Públicas. A aferição por parte das procuradorias (ou pelos próprios Advogados Públicos) da (in)eficiência/(des)necessidade da interposição de recursos em matérias que já estejam pacificadas no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/Pareceres%20e%20Notas/Parecer-dispensa-contestar-recorrer-jurisprud.%20STF%20STJ%20-%20PARECER%20No%20492-2010.doc/view>>. Acesso em: 15 nov. 2011. Semelhante posicionamento tem a Portaria nº 1.642, publicada em 17 de novembro de 2010 que dispõe sobre desistência de recursos em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal: Considerando os termos do Acordo de Cooperação Técnica nº 052/2009/CNJ, celebrado entre a Advocacia-Geral da União e o Conselho Nacional de Justiça; Considerando a existência de processos da União, suas autarquias e fundações pendentes de julgamento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, dentre os quais se contabilizam milhares de recursos interpostos pela União na cobrança de ofício das contribuições sociais; Considerando que o desnecessário prolongamento de milhares de processos no Tribunal Superior do Trabalho acarreta prejuízos para a Administração Federal e para o Poder Judiciário; Considerando, ainda, que a Instrução Normativa AGU nº 4, de 19 de julho de 2004, autoriza a não-interposição ou desistência de recurso extraordinário de decisão que negar seguimento a recurso trabalhista exclusivamente por inobservância de pressupostos processuais de sua admissibilidade; Considerando os termos da Portaria MF nº 176, de 19 de fevereiro 2010, que autoriza a dispensa de manifestação dos procuradores federais nos feitos trabalhistas em que se discute a execução de ofício das contribuições sociais nos acordos ou condenações inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); Considerando que a desistência de recursos sem viabilidade permitirá uma melhor identificação e atuação

secundário (de Governo), protelando (indevidamente), neste caso, o reconhecimento de um direito que, apartado do *interesse primário*, figura como ilícito, e como tal, passível de sanção.

Ainda que o princípio da eficiência incorporado à Constituição em 1998 não tenha tido por objeto a Administração Pública nas relações processuais, poder/dever-se-ia ampliar seus efeitos para essa finalidade. A interposição de recurso sem qualquer possibilidade (ou possibilidade ínfima – aqui somente admitida frente a erro *in procedendo* ou *in judicando* no julgamento) de reversão da decisão impugnada, além de ser carecedora de interesse, e por isso inadmissível, seria manifestamente ineficiente, pois aumentaria os encargos da Administração Pública com custas processuais e honorários advocatícios, além, é claro, de ferir diretamente o princípio da juridicidade o que poderia resultar na imputação à Administração de multa por litigância de má-fé (artigos 17⁴²⁶ e 18⁴²⁷) ou da multa estabelecida no artigo 557, §2º⁴²⁸ todos do Código de Processo Civil.⁴²⁹

acerca das teses e processos relevantes, bem como a racionalização da atividade de representação judicial, resolve: Art. 1º Os Procuradores Federais em exercício na Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal ficam autorizados a desistir de recursos, nos processos que tramitam no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho - TST, quando houver: I - enunciado de súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do Ato Regimental AGU nº 1, de 2 de julho de 2008; II - súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; III - questão não prequestionada na forma da Súmula nº 297 do TST; IV - deficiência de traslado em agravo de instrumento segundo as regras da Instrução Normativa TST nº 16, de 15 de maio de 2003; V - recurso de revista ou recurso de embargos com o objetivo de reexame de fatos e provas, na forma da Súmula nº 126 do TST; VI - recurso de revista que não demonstre violação direta à lei ou à Constituição Federal; VII - recurso de revista interposto contra acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, sem que tenha sido abordada violação direta à Constituição Federal, na forma da Súmula nº 266 do TST; ou VIII - recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido em agravo de instrumento, na forma da Súmula nº 218 do TST. Art. 2º Os Procuradores Federais em exercício na Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal, nas Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Seccionais Federais e respectivos Escritórios de Representação ficam autorizados a desistir dos recursos interpostos pela União, em trâmite no âmbito do TST ou dos Tribunais Regionais do Trabalho - TRT's, que se enquadrem nos termos previstos na Portaria MF nº 176, de 19 de fevereiro de 2010. Art. 3º Os Procuradores Federais deverão justificar as desistências de recurso previstas nesta Portaria por meio de manifestação simplificada, registrada no Sistema Integrado de Controle de Ações da União - SICAU. Art. 4º O disposto na presente Portaria não se aplica às ações consideradas relevantes, nos termos da Portaria AGU nº 87, de 17 de fevereiro de 2003. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=260469&ID_SITE=>. Acesso em: 15 nov. 2011. Com relação ao conteúdo da Portaria cabe, porém tecer pequena observação. Ainda que a esta tenha sistematizado a desistência dos recursos, não trouxe nenhuma novidade quanto ao conteúdo dos recursos passíveis de desinteresse. Ora, elencar que deva se desistir de recursos contrários a súmulas vinculantes da Suprema Corte, de questões não prequestionadas, ou ainda de recurso em que não se evidencia que determinada decisão violou diretamente a lei ou a Constituição é nada mais nada menos que fazer cumprir a juridicidade administrativa (o respeito à juridicidade já determina esta atuação por parte do Advogado Público). Neste ponto, não inovou em nada (pois já deveria assim proceder a Procuradoria Federal) o ato emitido.

⁴²⁶ Artigo 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo

A publicização do processo civil não permite que o processo seja conduzido unicamente ao alvedrio das partes e exige destas os deveres de lealdade e boa-fé processual⁴³⁰ como aponta Alípio Silveira:

A tendência moralizadora irrompeu no processo civil de duas formas diferentes. Primeiramente, como um prolongamento das sentenças moralizadoras manifestadas no direito privado, já que o processo é apenas o meio para a realização, reintegração ou declaração do direito subjetivo. Em segundo lugar, surgiu no próprio processo, em estreita conexão com as tendências publicistas do moderno processo civil. À concepção privatista do processo civil, para a qual a atitude do juiz deveria ser formal e passiva, substituiu-se a concepção publicística, que torna crítica e ativa esta mesma atitude do magistrado.⁴³¹

ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. No anteprojeto do *Novo* Código de Processo Civil este dispositivo é repetido, no artigo 69.

⁴²⁷ Artigo 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. No anteprojeto do *Novo* Código de Processo Civil disposição semelhante vem no artigo 70 que assim poderá estabelecer: O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a dois por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. § 3º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no *caput* poderá ser fixada em até o décuplo do valor das custas processuais.

⁴²⁸ Artigo 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. No anteprojeto no *Novo* Código de Processo Civil esta previsão deverá estar no artigo 853: Incumbe ao relator. §2º Quando manifestamente inadmissível o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. O atual Código de Processo Civil previu ainda outras possibilidades de condenação por abuso do direito de recorrer, além dos artigos 17 e 557, §2, como nos artigos 35, 538, parágrafo único, 601, que *mutatis mutandi* seguem o mesmo raciocínio ora defendido.

⁴²⁹ As multas aqui apresentadas não se confundem que as *astreintes*, mecanismo introduzido do Direito Francês para tornar efetiva a realização *in natura* da tutela específica. Acerca deste meio coercivo ver: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. op. cit., p. 187-205.

⁴³⁰ Artigo 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II - proceder com lealdade e boa-fé. Sobre a matéria ver clássica obra de PICÓ I JUNOY, Joan. **El principio de la buena fe procesual**. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 2003.

⁴³¹ SILVEIRA, Alípio. O dever de lealdade e boa-fé na jurisprudência do Código de Processo. **Justitia**, ano XXXI, v. 65, 1969, p. 145. *Com efeito, a superação das concepções privatistas do processo e a ascensão de sua face publicista sinalizaram no sentido de que o processo é um instrumento de que se utiliza o Estado*

A boa-fé subjetiva existe quando o indivíduo tem plena convicção de que sua conduta está em conformidade com o direito aplicável; é objetiva, quando, independentemente da intenção (ânimo) do indivíduo, sua conduta se enquadra num *modelo ideal de conduta social, no standart jurídico exigido a um homem reto, probó leal*.⁴³² Ainda que se reportando ao direito material (não o processual) Judith Martins-Costa distingue boa-fé objetiva de subjetiva da seguinte forma:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para sua aplicação, deve o interprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standart*, de tipo meramente subsunivo'.⁴³³

Caberia então saber que espécie de boa ou má-fé se vincularia ao processo civil: objetiva ou subjetiva? Celso Agrícola Barbi ao comentar o artigo 17 do Código de Processo Civil entende exigir à conduta de má-fé o elemento *subjetivo, de intenção malévola, somente punindo-se a conduta lesiva quando inspirada na intenção de*

*precipuamente para finalidades públicas, e não uma ferramenta sujeita ao alvedrio das partes litigantes. Certamente que o interesse privado provoca a jurisdição, mas esta opera para manter ou restabelecer a ordem jurídica. E estão se justifica a busca por retidão no manuseio dos mecanismos do processo. (CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**, ano 30, n. 126, agosto de 2005, p. 68). Virtude de dar ao julgador instrumento eficaz para coibir os abusos, as chicanas e a fraude processual, impondo, desde logo, e sem delongas a reprimenda necessária, de modo a colocar o procedimento de volta aos trilhos, na consideração de que a litigância de má-fé ofende mais ao Estado-juiz e a dignidade da justiça do que a outra parte litigante. (STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100). Constatado o fenômeno da 'publicização do Direito Privado' no sentido de que a carga de interesse público envolvido nas relações do Direito 'Privado' tende a crescer constantemente, toda e qualquer ofensa à tutela jurisdicional redundando em dano ao próprio direito. (...). Mas uma coisa é certa: o abuso de direito processual atinge, antes e acima de tudo, a dignidade da justiça, atinge o Estado-Juiz sempre causando mal ao interesse público, não se voltando apenas contra a parte contrária merecendo sua ocorrência, assim, punição com ou sem demonstração de dano material. (MILMAN, Fabio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 65).*

⁴³² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. op. cit., p. 122. De acordo com o autor o princípio da boa-fé processual caracteriza-se como um sobreprincípio processual do ordenamento jurídico, *que se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público iminente, condicionando, sempre que possível, os demais princípios, e coloca a verdade como apoio e sustento da justiça que é a base do Direito.* (Idem, ibidem, p. 127).

⁴³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

prejudicar,⁴³⁴ assim, entendendo, também, o autor quando comenta especificamente os incisos VI (provocar incidentes manifestamente infundados) e VII (interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório).⁴³⁵ Não obstante o posicionamento do renomado doutrinador, para esta pergunta, utilizar-se-á o posicionamento adotado por Darci Ribeiro que assim responde ao questionamento:

O que realmente interessa para o mundo jurídico é o comportamento processual da parte que atua, é ele (o comportamento) quem dá a dimensão objetiva aos dois conceitos. É o comportamento processual da parte em juízo que exterioriza a boa ou má-fé processual do agente.⁴³⁶

Assim é que nas ações em que participe a Administração Pública, muitas das quais envolvem questões repetitivas, deve o juiz ao deparar-se com a interposição de recurso com matérias já pacificadas nas instâncias superiores, fazer incidir a regra estabelecida no artigo 17 inciso VII do Código de Processo, uma vez que pela boa-fé objetiva restaria fácil a constatação da atuação/comportamento ilícito. Pensar de outra forma inviabilizaria a aplicação do dispositivo processual. Inclusive há de se ressaltar que, ao se agir com má-fé processual, não se está lesando unicamente a parte adversa, mas sim o próprio Estado (juiz), a própria administração da justiça, o que se repete afronta a eficiência administrativa e fere frontalmente a juridicidade, condutas que os Advogados Públicos (além de não realizarem) devem combater, uma vez que guardiões do *interesse público primário*. Veja-se que atender à juridicidade é por lógica cumprir o dever de lealdade e boa-fé processual. O mesmo raciocínio é igualmente aplicável ao artigo 557, §2º na norma processual civil.⁴³⁷

⁴³⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2002, p. 125.

⁴³⁵ Idem, ibidem, p. 128. Mesma linha segue Rui Stoco: *Portanto, poder-se-ia resumir que os critérios para a verificação da má-fé são aqueles contidos na própria lei de regência, mas impõem e obrigam que se faça juízo de valor para verificar se o agente, ademais da conduta antijurídica, ingressou no campo da culpabilidade*. (STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. op. cit., p. 90).

⁴³⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. op. cit., p. 128. Mesmo posicionamento tem CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. op. cit., p. 76-78; VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

⁴³⁷ Assim já se assentou posicionamento o Superior Tribunal de Justiça senão vejamos: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO MILITAR. PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE. DISPENSA. EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCACÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão-somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsão do art. 4º da Lei 5.292/1967. 2. Entendimento consolidado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.186.513/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, com base na interpretação da Lei 5.292/1967, feita a ressalva de que as alterações trazidas pela Lei 12.336/2010 somente incidem após sua vigência. 3. Considerando que o Agravo Regimental impugnou

Constatada a atuação processual abusiva por parte da Administração Pública, cumpre ao magistrado, inserido no Estado Democrático de Direito, assumir postura positiva, aplicando a multa do artigo 18 ou mesmo do artigo 557 §2º do Código de Processo Civil. Contudo, por se tratar de decisão, esta deve ser exaustivamente fundamentada, outorgando a possibilidade de a Administração Pública recorrer da mesma.⁴³⁸

Não obstante, a responsabilização pessoal do Advogado Público seja possível por via ação regressiva (artigo 37, §6º da Constituição Federal), esta somente será(ia) admissível se reconhecida sua independência e autonomia funcional frente ao chefe do Poder Executivo, fato que o *patrimonialismo* instaurado a séculos teima em não permitir. Isso quer dizer que, enquanto os Procuradores Públicos estiverem sendo tratados como *subordinados* ou considerados *submetidos* diretamente a Presidente/Governadores/Prefeitos sua responsabilização pessoal fica certamente comprometida, uma vez que seus atos não passam de *ordens* de seu *superior hierárquico*. Convém, no mesmo sentido, ainda que, talvez, por razões distintas, expor a posição assumida por Fabio Milman:

A condenação nas penas da improbidade processual carrega, em si, efeito pedagógico consistente no desestímulo à repetição da censurada má-conduta.

decisão que adotou orientação jurisprudencial firmada em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, é cabível a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. 4. Agravo Regimental não provido, com imposição de multa de 10% sobre o valor da causa. (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no agravo de instrumento nº 1.416.094/AM, Ministro relator Herman Benjamin, julgado em 27/09/2011) Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1416094&b=ACOR>.

Acesso em: 15 nov. 2011.

⁴³⁸ Quanto à possibilidade de aplicação da multa pela prática de conduta obrada com má-fé Gelson Amaro de Sousa pondera sua aplicação unicamente na fase decisória, uma vez que sua aplicação da multa em decorrência de ação contrária à boa-fé processual sem ser precedida de processo ou procedimento próprio feriria os princípios do contraditório e da ampla defesa, e com isso, a própria Constituição, indicando como solução: *que o juiz dê seguimento ao procedimento principal julgando a causa e, em separado, instaura-se incidente para apurar e decidir sobre a litigância de má-fé, impedindo com isso que ocorra cerceamento de defesa ao imputado nem prejuízo à parte inocente.* (SOUZA, Gelson Amaro. Litigância de má-fé e o direito de defesa. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, São Paulo, n. 105, ano 9, set. 2008, p. 16). No mesmo sentido defende Rui Stoco: *Contudo, constitui nódoa, que se converte em vício ou grave defeito, permitir que se aplique uma pena – seja de que natureza for – sem assegurar o direito de defesa. Mais do que defeito, tal previsão ofende o due process of law e afronta os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (...). desse modo, quando o magistrado vislumbrasse a possibilidade de aplicação de sanção por litigância de má-fé, poderia despachar nos autos esclarecendo que, havendo a possibilidade dessa imposição, que a parte se manifestasse e apresentasse os esclarecimentos ou defesa que entendesse pertinentes para, só então, após os esclarecimentos ou o decurso in albis do prazo, tomar a providência que julgasse cabível.* (STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. op. cit., p 101). Ainda que os entendimentos acima estejam alinhados constitucionalmente, não é o procedimento que se aplicado pelos juízes que costumam *surpreender* com a imposição da multa por abuso processual no momento de emitir suas decisões.

(...). O argumento de que a sanção seria inócua porque estaria a onerar a toda a sociedade padece ante a possibilidade constitucional do exercício do direito de regresso que tem a Fazenda Pública, contra seus procuradores, com assento no art. 37, §6º, da Carta Magna. Ainda mais: a melhor atuação do instituto, para sua plena eficácia nos casos como os ora examinados, está na responsabilização pessoal do agente administrativo (prefeito, governador, etc.), respondendo este com seu próprio patrimônio na futura ação de execução fiscal.⁴³⁹

Estabelecida a obrigatoriedade (ou não) e eventuais conseqüências da interposição dos recursos pelo Advogado Público imperativo é estabelecer o seu procedimento. A *escolha* pela não interposição do recurso não se daria pelo simples transcurso *in albis* do prazo recursal, alcançando desta maneira a preclusão. A *omissão recursal* deve(ria) dar-se manifestadamente pelo Procurador/Advogado Público. Eis aqui mais uma razão para que a decisão do juiz seja exaustiva. Como poderá o Advogado Público manifestar-se pela não interposição do recurso se a fundamentação da decisão for *mínima* ou simplesmente *adequada*? Não poderá, e neste caso, necessariamente, dever-se-á interpor o recurso.

Outra questão ainda a ser enfrentada diz respeito à indisponibilidade do interesse público (primário), mais especificamente, se estaria o Advogado Público ao não interpor determinado recurso *dispondo* de interesse que não lhe pertence individualmente (público). Absolutamente não. O interesse que move o Estado é o interesse público, que exatamente por ser *público* pertence a toda coletividade de indivíduos, e não a um ou outro individualmente. Daí a afirmação que o interesse público é um *interesse metaindividual*.⁴⁴⁰ Assim é que o Advogado Público ao deixar de recorrer de certa decisão judicial não está dispondo de interesse que não pertence individualmente, isto porque o interesse público já fora estabelecido em situações idênticas anteriores, realizando este, tão-somente, a devida adequação para a situação presente, fazendo com que se cumpra a eficiência e a juridicidade, integrantes, também do mesmo interesse público.⁴⁴¹

⁴³⁹ MILMAN, Fabio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. op. cit., p. 59.

⁴⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 14, p. 44, jan./mar. 1993. O interesse público é dotado de consciência autônoma, ou seja, como realidade independentemente e estranha a qualquer vontade das partes. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. op. cit., p. 69).

⁴⁴¹ Nesta linha de raciocínio escreve Eduardo Talamini: *a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões. (...) A administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade. (...) Se a Administração constata que a posição jurídica do particular é correta, não lhe é dado valer-se de artifícios ou subterfúgios*

Como se todas as alegações já não fossem suficientes (e o são) para justificar a atuação do Advogado Público frente à (não)obrigatoriedade da interposição de recursos, uma última e derradeira seria também capaz de motivar a atuação do Procurador nesta linha procedimental, e que somada às demais torna intransponível a atuação deste agente fora das linhas aqui traçadas: o cumprimento da ordem Constitucional da *razoável duração do processo*,⁴⁴² sendo que a forma de proceder aqui estabelecida apresenta-se como um *meio que garanta a celeridade da tramitação* do processo civil em que uma das partes seja a Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber ao longo do estudo que o desenvolvimento do Estado de Direito é responsável direto pela evolução de diversos ramos do direito como, por exemplo, o

*para subtrair-se ao cumprimento do dever dali exigível. (...) A administração Pública não está disposta, “abrindo mão”, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. Há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos. (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais: composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. **Revista de processo**, São Paulo, ano 30, n. 128, p. 59-60, out. 2005). No âmbito especificamente processual, escreve mais a frente o autor: *sustentar que, uma vez instaurado o processo, o Estado não teria mais o dever de reconhecer que está errado – significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior, de submeter-se à legalidade. Significaria supor que o processo, fenômeno eminentemente instrumental, teria o condão jurídico-material de mudar os parâmetros de legalidade, os critérios do correto agir público. É por isso que, mesmo com um processo em curso, permanece a possibilidade de o ente público reconhecer sua falta de razão e pôr fim ao litígio. Mais do que possibilidade, a Administração tem o dever de agir assim. (...) A esse fundamento, acrescenta-se outro: cabe ao agente público procurar mitigar os prejuízos que a Administração sofreria com a derrota judicial. (...) A Administração não estará disposta de um direito seu, mas apenas cumprindo deveres que lhe cabem. (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais: composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. op. cit., p. 65).**

⁴⁴² Artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Numa perspectiva espanhola escreve Joan Picó i Junoy: *un refrán florentino nos recuerda que ‘giustizia ritardata, giustizia denegata’. Por ello, nuestro Texto Constitucional, siguiendo las previsiones normativas recogidas en todas las Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, intenta garantizar que la resolución de los litigios tendrá lugar dentro de un plazo razonable, esto es, sin dilaciones indebidas. (...) El contenido esencial de este derecho, pues, no debe olvidarse de una parte, la preeminencia que en un Estado Democrático de Derecho tiene la adecuada Administración de Justicia; y, de otra, la naturaleza prestacional del propio derecho fundamental. (PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1997, p. 118-122).*

Administrativo e o Processo Civil. Essa forma de Estado teve como origem histórica a Revolução Iluminista em 1789, com a queda do absolutismo e um monarquismo ilimitado, na figura do Rei como um representante Divino da terra, para uma monarquia limitada pelo parlamento, pela lei. A fonte de poder do representante estatal migra *do céu para a terra*, ou seja, de Deus, para o homem (com forte inspiração *Rousseauiana*), que, por sua vez, passa a exercer este poder através do legislativo/parlamento. Contudo, neste primeiro momento, o cidadão/indivíduo/homem detentor de *poder* era o burguês. Para que esta mudança de origem de poder pudesse ser efetivamente implantada, junto às ideias de Rousseau, agregou-se a separação dos Poderes idealizada por Montesquieu, que possuiu, também, papel decisivo para as (novas) aspirações da burguesia. O Poder Legislativo assumiu posição de destaque frente aos demais (Executivo e Judiciário).

Foi a partir da Revolução Francesa que a lei ganhou relevo, também, no Direito Administrativo, com o princípio legalidade, irradiando-se como fundamento e garantia da liberdade e do patrimônio, protegendo o indivíduo dos atos abusivos do Rei/Monarca (Poder Executivo). Com a legalidade, o Chefe do Poder Executivo não só não poderia emitir atos que não contrariassem a lei, como, também, estava totalmente submetido a ela. Em suma, a lei tornava-se não só fonte limitadora, mas também, legitimadora das ações do Executivo. No Brasil, juntamente ao período de Estado Liberal de Direito, tem-se a formação da Administração Pública, numa perspectiva Patrimonialista, fruto de apadrinhamentos e amizades, do Estado como extensão da casa. As Constituições deste período, não possuíam a posição de destaque que hoje se lhes atribui, e com características eminentemente liberais tem-se a Constituição brasileira de 1824, influenciada diretamente pela Revolução de 1789.

No âmbito processual o juiz, também, submetido à lei, não passava de um *mero* pronunciador de suas palavras: *la bouche de la loi*, com a função de apenas assegurar que as partes cumprissem as *regras do jogo*. Assim, é que se tem a figura de um juiz passivo, reflexo de um Estado *neutro, mínimo, reativo*.

A sociedade (o homem) está em constante evolução, o que faz com que o Estado deva assim também se comportar. Se num primeiro momento as aspirações dos indivíduos eram de um Estado mínimo, para conter seus atos absolutistas/abusivos, num segundo, os anseios dos indivíduos são outros. Isso se deve ao fato de que a (nova) classe proletariada, cansada da repressão econômica e social imposta pela classe burguesa, agora, passava a

postular mais espaço na participação política, econômica e social. Para que isso fosse possível, à igualdade formal (todos são iguais perante a lei), implantada no Estado Liberal, deveria ser agregada a material, ou seja, de uma posição absteísta de Estado para uma altamente participativa, com o intuito de corrigir as distorções e injustiças causadas pelo *discurso burguês*. Estava aflorando o Estado Social de Direito.

A mutação de Estado Liberal para Social impõe uma série de transformações teóricas e práticas para proporcionar aos cidadãos (proletariados) o pleno gozo das liberdades (garantidas no Estado Liberal). Estas mudanças são sentidas na Constituição Mexicana (1917) e Alemã de Weimar (1919). No Brasil, essa modificação é refletida na Constituição (Getulista) de 1934.

Para realizar as novas funções o Poder Legislativo cede espaço ao Executivo, que tem suas competências ampliadas e, que com isso, vê-se obrigado a modificar, também, sua forma de Administração Pública. Implanta-se, assim, uma forma burocrática de Administração, pautada na impessoalidade e em procedimentos que garantissem o combate ao nepotismo e à corrupção. A socialização do Estado reflete na *socialização/publicização* do processo, passando o juiz a ter um papel ativo, reforçando-se a busca pela igualdade material. Esta formatação de processo civil é assimilada pelo Código de 1934.

No plano Europeu, a ultrapassagem, concretização, da forma Social de Estado fez com que se chegasse ao um Estado de manutenção destes direitos. Contudo, em países de *modernidade tardia*, como o Brasil, onde não se efetivaram tais anseios, a Constituição e o Judiciário passaram a ter papel fundamental. Com isso, a Constituição não só encampou os ideais sociais, mas os elevou a uma condição de superioridade frente às demais normas, ganhando assim um *plus* normativo. Está-se aqui frente ao Estado Democrático de Direito.

A sociedade, frente ao descumprimento das normas sociais por parte do Poder Executivo, passou a reivindicar/postular a materialização destas perante o Poder Judiciário, emergindo este, agora, como um verdadeiro *protagonista*, como um *guardião da Constituição*. Entretanto, o aumento de *poderes* impõe, também, o aumento de responsabilidades, e com o Judiciário não foi diferente. Partindo-se desta premissa, o ato decisório do intérprete é a concretização de uma norma (social) descumprida, o que determina que sua manifestação seja exaustivamente fundamentada, superando a pensamento de um intérprete como mero repetidor da lei. Assim, é que fundamentar no

Estado Democrático de Direito não se trata de simples ou suficientemente emitir os motivos de seu convencimento.

Estabelecida a insuficiência funcional por parte da Administração, coube, então, não mais somente à lei determinar a legitimidade e os limites traçados para a atuação do gestor público. No Estado Democrático de Direito este espectro ampliou-se, abarcando, agora, outras fontes como a Constituição e as decisões oriundas das Cortes Superiores. Saímos de uma legalidade *stricto sensu* para uma legalidade *lato sensu*, ou, juridicidade.

Na Administração Pública, a mudança paradigmática foi introduzida na Constituição Federal em 1998, com a Emenda Constitucional nº 19 e a constitucionalização do *princípio da eficiência*, princípio este que procurou/procura introduzir uma nova forma de administrar, uma forma: Gerencial. Ainda que o termo *eficiência* não tenha sido uma novidade legislativa, o foi como nova forma de Administração. Assim é que o Executivo, agora *gerencial*, deixa de ser executor direto de diversos serviços públicos, transferindo este *encargo* para a iniciativa privada, que passa a executá-lo sobre os *comandos* da Administração. Tenta-se, assim, superar as *mazelas* do patrimonialismo e da burocracia, neste último caso, transfigurado de sua ideia original, buscando, a Administração o atendimento dos interesses públicos, até então relegados a um segundo.

Assim se pode afirmar que a partir de 1998 a Administração Pública inseriu-se (ou tenta esta inserção) numa perspectiva *Gerencial*, preocupada com os *resultados* de suas ações, com os *fins* do Estado: o *interesse público*. Com base na teoria apresentada por Renato Alessi, distinguiu-se *interesse público* entre *primário* e *secundário*, tocando ao primeiro o atendimento às necessidades da sociedade/coletividade através de políticas públicas, e ao segundo, ao interesses da Administração Pública enquanto pessoa jurídica e, por tal razão, possuidora de obrigações e responsabilidades. Este último é considerado lícito, somente se destinado à realização do primeiro. Porém, a formação nacional da Administração, durante muitas décadas, esteve ocupada somente com os interesses secundários (políticos, partidários, pessoais, etc.), e por tal razão, faz-se, ainda, necessário o diálogo constante com/sobre o tema.

Não obstante os interesses da Administração estejam bem definidos na Constituição, esta os descumpra sistematicamente, e somente têm sido alcançados, pela

sociedade, em sua grande maioria, através da movimentação de ações. Eis aqui a importância assumida pelas Advocacias Públicas.

A Constituição Federal de 1988 alçou as Advocacias Públicas como função essencial à justiça, paralelamente ao Ministério Público e Defensoria Pública, fora, inclusive, do capítulo referente ao Poder Executivo, o que por si só já demonstra certa autonomia e independência frente a este Poder. Se os direitos (sociais) em sua grande maioria são efetivados através do Poder Judiciário, o papel desempenhado pelas Advocacias Públicas ganha substancial evidência.

As Advocacias Públicas além da função (preventiva) de consultoria e assessoria jurídicas exercem, também, a representação judicial do Estado, na quase totalidade das vezes, da Administração Pública. Ora, se a Administração Pública está revestida de um caráter *gerencial*, desde 1998, deve buscar unicamente o interesse público, e não é outro o papel a ser desempenhado pelas Advocacias Públicas: garantir o cumprimento do interesse primário. Cabe à Advocacia Pública não a defesa incondicional de todos os atos da Administração, mas sim, somente daqueles direcionados à defesa e realização das normas constitucionais. Devem as Procuradorias garantir o cumprimento da juridicidade administrativa, cabendo aos Advogados Públicos o estabelecimento dos limites e possibilidades das políticas públicas a serem implementadas. Assim é que se torna possível distinguir os atos de governo (e a defesa do Governo) e os atos de Estado (e a defesa do Estado), cabendo à Advocacia Pública a defesa deste último. Todos os atos de implementação de políticas públicas, nascem como atos políticos, como atos de *política de governo*. Se forem adequados às normas constitucionais e legais, tornam-se atos de Estado, cabendo à Advocacia Pública exercer este elo entre a *política* e o *direito*. Por tal razão, inclusive, o Advogado Público não pode estar *subordinado* ao chefe do Poder Executivo, exatamente por ser, um representante do Estado, estando submetido, sim, à juridicidade e eficiência administrativas, ao ordenamento jurídico, ao direito. O Constituinte em 1988 procurou municiar as Procuradorias Públicas de autonomia e independência para capacitá-las a controlar preventivamente os atos do Governo.

Como forma de garantir essa atuação pautada na juridicidade e na eficiência administrativas foi possível refletir acerca de dois instrumentos processuais: o reexame necessário e a sua (des)necessidade de permanência, e o recurso, e sua (des)necessidade de interposição. Com relação ao primeiro pode-se observar que além de sua origem ter se

dado fora do processo civil, implantou-se no Brasil quando não se falava em Advocacia Pública como função essencial à justiça. Instaurou-se a remessa necessária em épocas que prevalecia (enormemente) o patrimonialismo, com ocupação de cargos públicos por apadrinhamentos. Buscava-se, pois, superar tal *anomalía* estabelecendo procedimentos burocráticos. Contudo, os tempos mudaram. A Administração Pública inserida no Estado Social de Direito sucumbiu nas suas obrigações, que passaram a ser conquistadas via processo, via Poder Judiciário. Assim, com uma Advocacia Pública constitucionalizada, responsável por resguardar o interesse público, e prazos diferenciados para recorrer, o reexame necessário passou a ser anacrônico, principalmente quando este instrumento está atrelado a valor. O interesse público é independente de quantificação, e cabe à Advocacia decidir se determinada hipótese é ou não passível de recurso. A intenção de desatrelar o reexame necessário do valor é precisamente não ferir o princípio Constitucional da igualdade, pois cidadãos que se encontram em situação concretas idênticas, ou seja, jurídicas e sociais (distintas somente pela sua quantificação) são tratados distintamente, o que na atual Ordem Constitucional é inconcebível.

Outro instrumento que fora (re)visitado foi o recurso. Na verdade não o recurso, propriamente, mas sim a forma de sua utilização. Tem-se visto no cotidiano que todas as decisões proferidas contra a Administração Pública são sistematicamente recorridas independentemente do conteúdo manifestado na decisão. No entanto, as decisões, quando proferidas em consonância com súmulas ou posicionamento pacificado pelas Cortes Superiores, retiram do Advogado Público um pressuposto essencial para recorrer: a utilidade do recurso. Não se lograria proveito com a interposição do recurso, pois a possibilidade de alteração da decisão frente às Instâncias Superiores restaria esvaziada. Recorrer nestas hipóteses seria retardar a realização do interesse público, já delimitado, ao caso específico/concreto. Sim, talvez se esteja aqui ampliando o efeito *inter partes* de uma ou várias decisões, para um efeito *erga omnes*. Não obstante esta possibilidade seja possível, somente o é com a análise, minuciosa, pelo Advogado Público, que para abdicar de recorrer deverá fundamentar (exaustivamente) sua decisão.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sánchez. **Curso de derecho constitucional comparado**. 7.ed. Madri: Universidade de Madri seção de publicações, 1988.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 2.ed. Milão: Giuffrè Editora, 1958.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. Vol. I.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 3.ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 4.ed. São Paulo: Editora Globo, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 1-13.

_____. As bases do direito processual civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 3-15.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2005.

_____. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 199-210.

_____. O processo, as partes e a sociedade. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-40.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. I.

BARRETO, Vicente, PAIM, Antonio. **Evolução do pensamento político brasileiro**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989.

BARROS, Clemilton da Silva. Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro. **Revista da Advocacia Geral da União**, ano 6, n. 14, p. 61-82, dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, v. 229, p. 285-312, jul. 2002.

BICCA, Ronald. Advocacia Pública. **Justiça & cidadania**, Rio de Janeiro, n.99, p. 68-71, out. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A advocacia pública e o estado democrático de direito. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 33-41, out./dez. 2010.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. Tradução de Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria geral do Estado**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Ciência política**. 17.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 220.906/DF**, Ministro Relator Maurício Correa, julgado em 16/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 380.939**, Ministro Relator Eros Grau, julgado em 09/10/2007.

Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497558>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 790.040/RS**, Relatora Ministra Carmem Lúcia, julgado em 12/03/2010 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614716>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 220.906/DF**, Ministro Relator Maurício Correa, julgado em 16/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 380.939**, Ministro Relator Eros Grau, julgado em 09/10/2007, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497558>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.233.311/PR**, Ministro relator Mauro Campbell Marques, julgado em 24/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100202943&dt_publicacao=31/05/2011>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 540.508 AgR/RJ**, Ministra relatora Ellen Gracie, julgado em 11/11/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565949>>. Acesso em: 14 nov. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 425.614 AgR/PE**, Ministro relator Carlos Britto, julgado em 30/11/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342498>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 115.562/SC**, Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/05/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=974869&sReg=200802027862&sData=20100621&formato=PDF>. Acesso em: 13 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.416.094/AM**, Ministro relator Herman Benjamin, julgado em 27/09/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1416094&b=ACOR>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.234.716/PR**, Ministra relatora Laurita Vaz, julgado em 21/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15149650&sReg=201100264765&sData=20110628&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 823.905/SC**, Ministro Relator Luiz Fux, Julgado em 04/03/2009). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=823905&b=ACOR>. Acesso em: 11 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 905.771**, Ministro relator Luiz Fux, julgado em 19/08/2010). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602619914&dt_publicacao=19/08/2010>. Acesso em: 12 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 8.020/PR**, Ministro relator Mauro Campbell Marques, julgado em 18/08/2011). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100956782&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 11. nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 116.293/TO**, Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/12/2008); Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=851254&sReg=200802105994&sData=20090309&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/.../pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex-officio: no sistema do código do processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1951.

_____. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 61, v. 207, 1964.

_____. Exposição de motivos do Projeto do Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 70, v. 246, p. 7-19, abr./jun. 1974

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Individualismo. In: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de país em construção**. São Paulo: Leya, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de processo**, ano 30, n. 126, p. 59-81, agosto de 2005.

CAENEGEM, R.C. Van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 2.reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões**. In: TUBENCHLAK, James (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.3, p. 1-17.

CAMPOS, Francisco Luis da Silva. A reforma do processo civil: as diretrizes da reforma. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 78, p. 187-190, abr. 1939.

_____. Exposição de motivos. In: **Código do processo civil do Brasil - Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939B.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Lisboa: Editora Coimbra, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madri: Editorial Trotta, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi**. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHIDO, Hamilton. O privilégio público do recurso de ofício no processo civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 6, ano 3, p. 24-30, jul./fev. 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 9.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010. Tomo I.

CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

CHAISE, Oscar. **Derecho, cultura y ritual**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 54-65, set. 2009.

CORREA, Oscar Dias **A constituição de 1967: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: forense, 1969.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “À BRASILEIRA”**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 230, p. 47-73, out./dez. 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Tradução de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 2000.

DE SANTO, Víctor. **Tratado de los recursos: recursos ordinários**. 3.ed. Buenos Aires: Universidad, Tomo I, 2004.

DELPINO, Luigi. **Compendi di diritto amministrativo**. 19.ed. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri, 2009.

DI RUFFÌA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”**: las constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

_____. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, n. 26, p. 29-54, jan. 2000.

_____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos da legalidade e da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DÍAZ, Elías. **Legalidad – legitimidad en el socialismo democrático**. Madri: Editorial Civitas, 1978.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DONOSO, Denis. Reexame necessário. Análise crítica e pragmática de seu regime jurídico. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 87, p. 35-48, jun. 2010.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 12.ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009.

DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna**. Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Edições Depalma, 1989.

FABIO LUCAS. **Conteúdo social das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1959.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 261-277.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.

_____. **Machado se Assis: a pirâmide e o trapézio**. 4.ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.

FAYT, Carlos Santiago. **Historia del pensamiento político: la edad moderna**. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. Tomo II.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 5.ed. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais de direito constitucional moderno**. José Konfino: Rio de Janeiro, 1955. Tomo I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Tradução de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madri: Marcial Pons, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. **Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas**. Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13, p. 249-267, jan/mar 2009.

FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madri: Instituto de estudios políticos, 1958.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição. As Constituições do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANCO, Marcus Vinicius Lima. **Aspectos relevantes da fazenda pública em juízo**. *Revista da AGU*, Brasília, v.5,n.11, p. 175-188, dez. 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51.ed. São Paulo: Global, 2006.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras a Revolución Francesa**. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

_____; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

_____. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho administrativo**. Tradução de Luis Ortega. Madri: Ministério para las administraciones publicas, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. **Revista IOB de direito civil e processual civil**, São Paulo, v.11, n.65, p. 50-82, maio/jun. 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo I.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3.ed. São Paulo: Icone, 2008.

HOBBS, Eric J. **A era das revoluções: 1789 – 1848**. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUME, David. **Ensaio político**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2006.

JELLINEK, George. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2005.

JESCH, Dietrich. **Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad**. Tradução de Manuel Herebero. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Tradução de Leandro Farina. 3.ed. São Paulo: Editora Minelli, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. Poder político, Estado e sociedade. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul**. Caxias do Sul, n. 11, p. 73-89, dez. 2000.

_____. Considerações preliminares sobre o direito administrativo brasileiro contemporâneo e seus pressupostos informativos. **Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do sul**, Porto Alegre, ano XXVII, n. 84, p. 273-287, dez. 2001.

_____. Administração Pública e Constituição no Brasil: uma revisão necessária. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 325-344, out. 2003.

_____. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, instituto de hermenêutica jurídica, n. 3, p. 241-262, 2005.

_____. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Porto Alegre: ENFAM, 2010.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VIII, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas. In: CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 263-278.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escrito: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MAIA, Renato Vasconcelos. Inconstitucionalidade do reexame necessário face aos princípios da isonomia e da celeridade processual. **Revista da escola superior da magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 11, n. 23. p. 259-288, jan./jun. 2006.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARQUES, Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. IV.

MARTINS, Alzemer; SOUZA, Marisa Idalência de. **O princípio constitucional da eficiência. Aplicação à função do Procurador do Estado no exercício da consultoria jurídica**. RPGE, salvador, nº 25, p. 61, jan./dez. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: teoría del constitucionalismo moderno**. Tradução de Francisco Javier y Manuel Martínez Neira, Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. Tradução de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENGER, Antonio. **El derecho civil y los pobres**. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 64.

MERKEL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Editora Nacional, 1980.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MILMAN, Fabio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6.ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1997. Tomo I.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Felix; TELLINI, Denise Estrela (Orgs.). **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 109-130.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *O estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. et al. (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 175- 195.

MORAES, José Roberto de. Fazenda pública em juízo – prerrogativas ou privilégios? **Revista autônoma de processo**, Curitiba, n. 2, p. 173-186, jan./mar. 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 14, p. 41-56, jan./mar. 1993.

_____. Advocacia pública e o princípio da eficiência. **Revista interesse público**, São Paulo, Notadez, n.4, p. 9-22, 1999.

_____. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 314-336.

_____. **50 Anos da Lei Fundamental Alemã**. Brasília, vol. 1, n. 2, jun. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm. Acesso em 11 jul. 2011.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetivação do regime administrativo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (coord.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito**. São Leopoldo: Unisinos Editora, 2003.

_____. O controle da administração pública a partir do (neo)constitucionalismo: da legalidade para a juridicidade. **Direito e democracia**, Canoas, v. 9, n. 1, p. 150-168, jan./jun. 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB/RS alerta sobre a defasagem do Judiciário gaúcho** Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticia_ler.php?id=8024>. Acesso em: 13 nov. 2011.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003.

OTAVIO FILHO, Rodrigo. **A constituinte de 1823**. Rio de Janeiro: Renascença Editora, 1932.

PACHECO, Claudio. **Novo tratado das constituições brasileiras: direito constitucional geral e brasileiro: noções gerais e história constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. Vol.1.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, nº 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: BRESSER, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10.ed. Editorial Tecnos: Madrid, 2010.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1997.

_____. **El principio de la buena fe procesual**. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 2003.

PODETTI, J. Ramiro. **Tratado de los recursos**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1934. Tomo II.

_____. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937. Tomo II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen editor, 1947. Vol. IV, p. 7-27.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. Tomo VII.

PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: ensaio de interpretação materialista da história brasileira**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1953.

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, jul./set. 2011.

_____; SCALABRIN, Felipe. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, n. 14, jan./mar. 2011

_____; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973. **Revista memorial do judiciário do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2011, [no prelo].

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**. 2.ed. Coimbra: Coimbra editora, 1929.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 7.reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2.ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

ROSSI, Júlio César. Cabem embargos infringentes e recurso especial de acórdãos que julgam reexame necessário? **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 94, p. 53-65, jan. 2011.

_____. O reexame necessário. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 23, p. 41-51, fev. 2005.

SANCHES, Marcelo Elias. O conceito do princípio da eficiência. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, ano 12, n. 55, p. 13-21, mar./abr. 2004.

SANCHÉZ-CUENCA, Ignacio. **Más democracia, menos liberalismo**. Buenos Aires: Katz editores, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Commentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

_____. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 30, n. 187-202, jan./mar. 1993.

SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUZ, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 604-615.

SIDOU, J. M. Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-89, out./dez. 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma da racionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009.

_____. **A fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVEIRA, Alípio. O dever de lealdade e boa-fé na jurisprudência do Código de Processo. **Justitia**, São Paulo, ano XXXI, v. 65, p. 145-161, 1969.

SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da fazenda pública em juízo no estado de direito democrático. **Revista da procuradoria geral do INSS**, Brasília, v.6, n.3, p.11-22, 2000.

SIMARDI, Cláudia A. Remessa obrigatória. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 111-131.

SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. **Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do art. 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional**. São Paulo: Editora Pillares, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 141-174, out./dez. 2008.

SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. et al. (org.). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 197-218.

_____. **E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo - uma crítica à ineficácia do Direito**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999, p. 175-88.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3.ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 1997, p. 142-151.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais: composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. **Revista de processo**, São Paulo, n. 128, p. 59-77, out, 2005.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza**. Pádua: CEDAM, 1975.

_____. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

_____. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 229-240, set. 2007

THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé: papel do juiz. **Revista jurídica**, ano 56, n. 368, p. 11-28, junho de 2008.

TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. **Normas ABNT – Guia para elaboração de trabalhos científicos**. Disponível em: <http://www.unisinos.br/biblioteca/images/stories/downloads/guia_biblioteca_abnt_2011.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O reexame necessário no processo civil. **Revista do tribunal regional federal da quarta região**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 47-75, jan./mar. 1990.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonha: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Mastins Fontes, 2005.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. 13.reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. _____. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010.