

## TEORIA GERAL DOS PROCEDIMENTOS DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO\*

*1 — A tutela judiciária do cidadão frente a administração pública. O pleno contencioso e a dualidade jurisdicional. Justiça e procedimento administrativo. Jurisdição constitucional. Eficácia e democracia administrativa. A experiência italiana das autoridades administrativas independentes.*

*2 — Justieombudsman — Allmanhetens pressombudsman ou PO. Fiscalização das atividades da sociedade (imprensa, consumidor, promoções no serviço público, questões judiciais e penitenciárias, abusos do marketing e da propaganda). Ação dos trustes e dos sindicatos. Cláusulas contratuais.*

*1 — A tutela judiciária do cidadão frente a administração pública. O pleno contencioso e a dualidade jurisdicional. Justiça e procedimento administrativo. Jurisdição constitucional. Eficácia e democracia administrativa. A Experiência italiana das autoridades administrativas independentes.*

A concepção moderna de cidadania tem provocado diversos estudos que procuram examinar, atualmente, o seu conteúdo. Este entendimento está ligado as diversas formas de participação política e também na própria Administração Pública. Constituições como a da Espanha e da Itália têm dedicado espaço às instituições participativas. As teorias constitucionais clássicas, ao lado da teoria jusadministrativista, têm sido examinadas frente às mudanças sociais e institucionais dos tempos de hoje. O controle da atividade administrativa pelo cidadão, pode operar-se por diversos instrumentos públicos que percorrem várias instâncias decisórias.<sup>1</sup>

A utilização do processo, como instrumento de proteção da cidadania e dos direitos fundamentais, leva-nos a diversas considerações sobre o processo adminis-

\* Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (Doutorado e Mestrado). Professor Titular da UFMG.

trativo especial, o processo especial e sumário, o objeto do processo, a via administrativa prévia e os recursos administrativos, os requisitos processuais, as medidas cautelares de suspensão da execução do ato impugnado, o procedimento, os recursos e os efeitos do processo.

Para a compreensão dos direitos objeto de proteção jurisdicional, devemos levar em conta diversos pressupostos que decorrem: do direito à igualdade ante a lei; direito à intimidade pessoal; direito de liberdade de residência; direito de reunião; direito de liberdade de expressão; direito de associação; direito a participar nos assuntos públicos; direito de acesso a cargos públicos; direito de folga; direito à liberdade religiosa; direito a presunção de inocência; direito à tutela jurisdicional efetiva; direito à criação de centros docentes; direito à educação; direito a objeção de consciência; direito à livre circulação; direito e liberdade sindical e direito de petição.<sup>2</sup>

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, tratando da teoria do administrado e de suas situações jurídicas, destacam aspectos das liberdades públicas em particular e o papel central dos direitos fundamentais no sistema constitucional. A liberdade é uma das decisões políticas fundamentais, inserida na Constituição, como base de todo o sistema constitucional, que em seu conjunto resulta do Preambulo e do artigo primeiro em que se proclama a justiça, a igualdade e o pluralismo político como um dos valores superiores do ordenamento jurídico. O artigo 10, concretiza, ainda mais, esses propósitos, ressaltando que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade são fundamentos da ordem política e da paz social. Essa liberdade, como princípio, especifica-se em suas aplicações materiais básicas no Título I, dos direitos e deveres fundamentais e, especialmente no seu Capítulo II, com o epígrafe “Direitos e Liberdades”, prolongando-se sob a denominação os direitos fundamentais e as liberdades públicas. Várias são as decorrências desses enunciados, que se concretizam:

- a) as liberdades públicas e os direitos fundamentais em geral, suas classes e técnicas jurídicas;
- b) os direitos fundamentais como direitos subjetivos;
- c) funcionalidade jurídico-administrativo das liberdades públicas (no plano formal e no plano material);
- d) a proteção jurisdicional das liberdades públicas;
- e) o direito dos administrados a obter prestações dos serviços públicos;
- f) o direito ao uso e desfrute dos serviços existentes;

1 MORÓN, Miguel Sanchez. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*. Estudios de Administración, XLII, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; idem, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

2 SALINAS, Esperanza Gonzalez. *Proceso Administrativo para la Protección de los Derechos Fundamentales* (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo), Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994, 2ª edição; LÉON, J. Baño. *La igualdad como derecho público subjetivo*, em RAP, n. 114; BERMEJO VERA, J *La tutela judicial del administrado*, em REDA, num. 35; MONTIEL, F. *El ciudadano y el administrado*, RAP, n. 48.

- g) a participação dos usuários na orientação do desenvolvimento dos serviços;
- h) as técnicas de garantia;
- i) a necessária reconstrução do tema da atividade prestacional dos entes públicos;
- j) a participação do administrado nas funções administrativas (a participação em geral, seu âmbito e seu caráter);
- k) a participação orgânica;
- l) a participação funcional;
- m) as fórmulas cooperativas de participação.<sup>3</sup>

A incidência da ação administrativa sobre as situações jurídicas do administrado, pode gerar a criação e ampliação das situações ativas favoráveis, quando ocorre a intervenção administrativa. Surgem as posições dos sujeitos características das relações jurídico-administrativas típicas, entre a Administração e o administrado. Em certos momentos ocorre a intervenção da Administração na esfera jurídica dos particulares, em decorrência de seu ordenamento. Aparecem efeitos jurídicos que geram situações concretas, mediante formas jurídicas como: Regulamentos, atos administrativos, contratos e coações. Ao mesmo tempo podem ocorrer tipos de incidência negativa, no que diz respeito à posição do administrado. O sacrifício de situações de mero interesse, não constitutivas de verdadeiros direitos subjetivos, pode ser afetado em sentido negativo, como decorrência do exercício de poderes administrativos discricionários.

As limitações administrativas do direito podem recair sobre situações ativas dos cidadãos, quando são colocadas limitações administrativas de direitos. Essa incidência não altera o direito subjetivo afetado, nem a capacidade jurídica de agir o titular de determinado direito, desde que a atuação age, exclusivamente, sobre as condições de exercício de certo direito, sem que ocorram alterações no que se refere à sua configuração, funcionalidade, limites e proteção.

A existência de relações jurídicas entre o cidadão e a administração decorre da participação de vários elementos como o sujeito, a norma, o conteúdo, o fato e o ato jurídico que dão vida a esta relação. Esse procedimento começa pelo sujeito que surge na relação de direito administrativo, onde aparece duas ou mais pessoas, sendo que uma delas é a administração pública. No que se refere à origem, se uma pessoa jurídica sob a forma corporativa ou fundacional é instituída pelo Estado, podemos ter o primeiro critério para considerá-la como pessoa de direito público. Quando o Estado não apenas reconhece, mas institui uma pessoa com coação mais ou menos direta, atribuindo-lhe determinada função, esta pessoa pode ser considerada como pessoa jurídica de direito público. A indissolubilidade é outra característica que revela a natureza pública da pessoa jurídica, sendo que a tutela é considerada também

<sup>3</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1995, 2 Volumes, pp. 59 a 101, quarta edição; PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1971, 5ª edição, ampliada e atualizada, Tomos I e II; idem, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, 5ª edição, ampliada e atualizada, pp. 83 e ss., 111 e ss., 160 e ss.

como o poder que o Estado exercita sobre pessoa de origem privada. Nessas relações tem papel importante a norma, primeiramente deve-se acentuar a principal fonte de norma jurídica, em gênero que é a lei, manifestação da vontade do Estado, emanada do órgão legislativo. Outro ponto importante para a compreensão da relação jurídica administrativa é o do conteúdo da norma.<sup>4</sup> Várias são as innumerações do direito do cidadão frente à Administração Pública, sendo que se deve considerar que a liberdade pessoal é um direito garantido ao cidadão e a autoridade administrativa, não pode violar. Competente para apreciar essas hipóteses é a autoridade judiciária. As relações de direito entre o Estado e o cidadão, frequentemente, dão ocasião a questões perante a autoridade judiciária e administrativa. Em países como Alemanha, a distinção da competência entre jurisdição administrativa e jurisdição ordinária é baseada, em muitos casos, na diferença entre direito público e privado.

As relações entre Cidadão e Administração têm propiciado diversos estudos, que procuram superar as dificuldades entre a noção de poder, exercido pela segunda e a área protegida na esfera dos interesses da cidadania. Croce e Jellinek já mencionavam a polêmica existente entre o relacionamento do indivíduo do Estado, firmando que esse relacionamento não é apenas uma questão empírica e de mero direito positivo, mas vinculada à especulação filosófica. Nessas hipóteses são levantadas questões sobre o caráter não autoritário da administração pública, nem mesmo o caráter discricionário, quando são estudados os melhores critérios de tutela do cidadão, no confronto da ação do poder público. De um lado está a tese de que esse poder da administração é sempre discricionário, no exercício de suas atividades.

Questões como poder, interesse, direito e poder de execução ou aplicação da lei são discutidas.

A doutrina tem apreciado a noção “epistemológica” da discricionariedade administrativa, passando por considerações do caráter da atividade administrativa, considerada vinculativa, com observações em torno da crise da noção de imperatividade, com destaque para a atividade interpretativa.

O excesso de poder na crise da eficiência da ação administrativa, leva a estudos sobre a efetividade da tutela da discricionariedade e a vinculação à administração pública. O excesso de poder merece limitações, sendo que o tema é examinado nas suas vinculações em abstrato e em concreto, propiciando apreciações sobre o sintoma de irregularidade, a análise do mérito e o defeito de motivação na atividade vinculada em abstrato. Todos esses questionamentos levam as análises em torno do relacionamento entre o indivíduo e a administração pública, especulações que modificam muitas interpretações constitucionais e administrativas provenientes da atuação do estado contemporâneo.<sup>5</sup>

4 CHIOVENDA, Giuseppe. *Lezioni di Diritto Amministrativo*, redatte dal dott. Riccardo Ventura, R. Università di Roma — Anno 1909-1910, con prefazione di Massimo Severo Giannini, Giuffrè Editore Milano, 1991.

5 NICOSIA, Fábio Masimo. *Parte Prima, Potere ed Eccesso di Potere Nell 'Attività Amministrativa 'non Discrezionale'*. *Potere Pubblico e Interessi Privati Tra Vincoli dell'Amministrazione e Tutela Giurisdizionale*. Jovene Editore, Napoli, 1991.

Os estudos sobre o cidadão e a administração pública têm dado relevância às transformações do Estado. Constituições como a italiana, têm ressaltado o novo equilíbrio nas relações entre o cidadão e a administração, com referências à soberania popular, à igualdade formal e substancial, como cânone geral da legitimidade da lei e da atividade administrativa. Nas relações entre direito e liberdade, surgem obrigações de abstenção e de não interferência da administração. A Corte Constitucional é competente para apreciar a legitimidade constitucional da lei e dos atos a ela equiparados. Assume postura constitucional, no sentido formal, o princípio geral da acionabilidade do cidadão no confronto com a administração, possibilitando a tutela jurisdicional contra qualquer ato da administração. No quadro geral das relações entre o cidadão e a administração pública ocorreram diversas situações: a) a maior tutela dos cidadãos nos confrontos com ação administrativa; b) a participação do cidadão na administração, c) o desenvolvimento da administração por acordo; d) a evolução do direito social; e) o surgimento de novos métodos de legitimação da administração; f) as conseqüências decorrentes da integração comunitária.<sup>6</sup>

A garantia jurisdicional do cidadão, nas suas relações com autoridade administrativa, constitui um dos problemas principais do Estado Democrático de Direito. Na concretização desses direitos, podemos situar os modos de controvérsias entre o cidadão no seio da administração pública, onde surge uma justiça que tem a competência de resolver as polêmicas entre a administração pública e o cidadão. Em outras hipóteses estabelece-se a repartição dessa competência entre as do juiz comum e aquele denominado de administrativo.

As Administrações Públicas e os cidadãos, o Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum, têm gerado comentários sobre o Estado de Administração, o Estado de Direito e a Eficácia Administrativa No dizer de Benigno Pendás Garcia, a Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas

6 CANANEA, Giacinto Della *Il Cittadino e la Pubblica Amministrazione, Il cittadino e la trasformazione dello Stato, em L'amministrazione pubblica italiana, Un profilo a cura di Sabino Cassese e Claudio Franchini. Il problema dell'ammodernamento del sistema-Italia: un quadro preciso e informato dello stato in cui si trova oggi la pubblica amministrazione*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1994, 2ª edição, págs. 185 e segs.; LIPPOLIS, V. *La cittadinanza europea*, Bolonha, Il Mulino, 1994; DAHRENDORF, R. *Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?* em R. Dahrendorf, G. Sartori. *Il cittadino totale*, Einaudi, Torino, 1977; CORSO, G. *Cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, em Rcg. gov. loc., 1989; ALPA, G. *La persona Tra cittadinanza e mercato*. Feltrinelli, Milgo, 1992; SEPE, O. *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, em Riv. trim. dir. publi., 1992; CORSO, G. *La legge sul procedimento amministrativo e il primato del cittadino*, em Reg. gov. loc., 1992; NIETO, A. *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, em Obra Coletiva. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, tomo III; MORELL OCAÑA, L. *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Wración Pública*, em Obra Coletiva. *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo I; MASSERA, A. *Individuo e amministrazione nello Stato sociale*, em Riv. trim. dir. proc. civ., 1991; HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1995, pp. 241 e ss., (Constituição e Direitos Individuais).

e do Procedimento Administrativo Comum, mencionando Ihering, regula a ordem legal da vida administrativa, no Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pelo constituinte de 1978. A mencionada legislação contém o núcleo do ordenamento jurídico-administrativo, derivado da Constituição, reconhecendo que a nova lei fornece novo conceito de Administração, como expressão democrática da vontade popular. A Administração não pode ficar asfixiada por um legalismo burocrático, puramente artificial e formalista. É nesse sentido que o Estado de Direito goza de prioridade axiológica sobre os princípios de segundo grau.

O direito espanhol tem procurado verificar o grau de incidência desta lei e de seu cumprimento em relação aos cidadãos, à margem dos recursos judiciais, quando se trata de defeitos de tramitação, com a paralisação, infração de prazos ou omissão, propiciando a instrução de informações ou retificação interna. A Constituição tornou possível a formulação dessas queixas, ante o Defensor do Povo, cuja lei reguladora (Lei Orgânica 3/1981), de 6 de abril, habilita o cidadão para levar a cabo, de ofício ou por petição de parte, qualquer investigação, propícia ao esclarecimento dos atos e resoluções da Administração Pública e de seus agentes, em relação aos cidadãos, quando originou-se, presumidamente, do abuso, arbitrariedade, discriminação, erro, negligência ou omissão de um funcionário. Na medida que podem constatar essas disfunções da normatividade procedimental, esses informes do Defensor do Povo constituem instrumento valioso e permanente para a previsão de futuras reformas da legislação sobre o procedimento legislativo.<sup>7</sup>

A Constituição situava os mecanismos procedimentais em uma ordem política democrática, em cujo campo de atuação situam-se os dois sujeitos do procedimento: a Administração e os Cidadãos. Os cidadãos com seus direitos constitucionalmente garantidos, aliviam definitivamente a anacrônica condição de administrados, em suas relações com a Administração. O conceito e a natureza dos poderes públicos, além de atender os objetivos da eficácia, passa por grandes mudanças.

Presididos por dois princípios institucionais, o da legalidade e o da direção política da atuação administrativa, encontramos os princípios gerais da nova lei espanhola: o princípio de organização, o princípio de ação e o princípio de garantia da posição do cidadão.

Tratando dos princípios institucionais, a lei pretendeu dar solução constitucional da articulação do princípio da legalidade, com a direção política das Administrações Públicas. A Constituição consagra o caráter instrumental da Administração, posta a serviço dos interesses dos cidadãos e a responsabilidade política do governo. O artigo 103.1. CE, estabelece a submissão plena à Lei e ao Direito, por parte da Administração Pública. Essa expressão “submissão plena” refere-se a uma vinculação do Direito, mais intensa, do que a sujeição à Constituição e ao resto do ordenamento dos cidadãos e dos poderes públicos. É nesse sentido que os princípios de legalidade e da legitimidade compreendem:

<sup>7</sup> *Defensor del Pueblo. Informe anual y debates en las Cortes Generales (1. Informe) Cortes Generales*, Madrid, 1990.

- predeterminação legal dos objetivos a alcançar;
- a determinação legal de sua configuração orgânica;
- procedimento para a tomadas de decisões, dotadas de eficácia jurídica;
- respeito à cidadania.

É importante a função do princípio da legalidade na determinação dos fins, de interesse geral a que se deve servir a Administração. Ele rege todas as atividades das Administrações Públicas, vincula-se a exercício do poder sancionador e ao sistema de responsabilidade de todos os poderes do Estado.

A participação da cidadania nos assuntos públicos, diretamente ou por intermédio de seus representantes, é um dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Espanhola (artigo 23.2), em seu aspecto formal e real (artigo 9.2. CF).

Submetida, plenamente, à Lei e ao Direito, para servir com objetividade os interesses gerais, a Administração deve atuar com eficácia, sem renunciar ao exercício de sua competência, sujeita a um procedimento, com publicidade. Em todas as ocasiões merece consideração especial, a posição jurídica dos cidadãos, singular e coletivamente considerados. A Administração deve servir, com objetividade, os interesses gerais, entendido esse pressuposto como um mandato de neutralidade política e de imparcialidade. Entende-se esse posicionamento como aquele que é desinteressado e desapaixonado. É nesse entendimento que a Constituição espanhola diz que é tarefa fundamental promover as condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos e dos grupos, em que se integram, sejam reais e efetivas. A objetividade da Administração deve ser realizada com a adequação de seu objeto, os fins que a justificam e à boa administração, fundada no conhecimento dos fatos, com o respeito ao direito vigente e aos objetivos propostos a alcançar.

O princípio da contradição está presente em todas as fases do procedimento, tornando possível a defesa dos direitos dos cidadãos, através da audiência e da presença de interesses legítimos, individuais e coletivos. Ao lado desses princípios estão os da prova plena e da resolução expressa.

A exigência constitucional de que a Administração Pública atue, nos termos do princípio da eficácia, é significativa para a cidadania, não ocorrendo a demora de concretização do direito afetado. Eficácia e eficiência são noções distintas, apesar de estarem relacionadas. A “eficácia”, na Constituição espanhola, tem o valor de “princípio”, pelo qual é possível alcançar um efeito determinado; já à “eficiência” é atribuído entre os meios empregados e os fins alcançados. A Administração eficaz e eficiente pressupõe que ela deva estar organizada e dotada de meios jurídicos e materiais para de maneira melhor, mais rápida e com economia de tempo e de serviço, atenda aos interesses gerais definidos no ordenamento jurídico.

No que se refere à organização, ação administrativa, liberdade de formas, concentração, celeridade, eficácia imediata de seus atos, a oficialidade, à sujeição a procedimento, à publicidade, são elementos inerentes ao bom funcionamento administrativo.

A Administração está sujeita aos “Princípios do Estatuto Jurídico dos Cida-

dãos”. sendo que a expressão cidadão e cidadania vem ocupando espaços, substituindo o “administrado”. Vem daí a relevância que os direitos fundamentais da pessoa, garantidos e impostos pela Constituição, têm perante a Administração Pública.<sup>8</sup>

Em todos esses momentos e circunstâncias não podemos esquecer que a Administração Pública, tradicionalmente armada com suas prerrogativas de poder público, debaixo do interesse geral, não pode descartar-se da temática do enriquecimento injusto que possa vir cometer.<sup>9</sup>

A Corte de Contas, jurisdição financeira, quase tão antiga como o Conselho de Estado, desenvolveu abundante jurisprudência, preparatória para a teoria da gestão dos negócios públicos. Em 1961, na França, o princípio do enriquecimento sem causa, foi proclamado como “princípio geral aplicável, mesmo sem texto legal”.

O enriquecimento injusto ou sem causa, originário do direito privado, passa a ser aceito como “princípio geral” do Direito Administrativo. Essa noção é encontrada em certos segmentos desse ramo do direito, sendo tratado, frequentemente, nos Tribunais contencioso-administrativos. Tem fundamento ético-moral e construção jurídica. A noção de enriquecimento injusto ou sem causa, passou a fazer parte do Direito Administrativo. Os clássicos Santi Romano e Orlando aceitavam a *actio de in rem verso* contra a Administração. Zanobini, antes do Código de 1942, apontou a solução, assentando-se no princípio geral: *nemo locupletari potest aliena jactura*. As exposições aparecem, de maneira clara em Vitta.<sup>10</sup>

Com o tempo, a jurisprudência *contencioso-administrativa*, mostrou-se favorável à aplicação do enriquecimento injusto no Direito Administrativo. A proibição de enriquecimento injusto, como princípio geral, passou a ser aceita pelo Direito Administrativo, tido também como princípio geral do direito. Configura-se a luta contra o enriquecimento administrativo, moralmente reprovável.<sup>11</sup>

A ciência jurídica francesa contribuiu para a transformação do processo jurisdicional, interpretando o significado moderno da separação entre o juiz ordinário e

8 PENDÁS GARCÍA, Benigno. *Coodinación. Estudios generales*. Martin Bassols Coma. Fernando Sainz Moreno. *Comentarios sistemáticos*: Angel Arozamena. Pilar Baselga. Carmem Cinchilla. Alberto Dorrego. José Luiz Fuestes. Ernesto García-Trevijano. José Antonio García-Trevijano. José Maria Jiménez Cruz. Juan José Lavilla. Enrique Lucas Murillo. José Luis Pinãr. Pablo Santoaya. Juan Carlos da Silva. Manuel Táboas. *Administraciones Públicas y Ciudadanos. (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*. Praxis. Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1993; CASSESE, Sabino e Aida Giulica Arabia. (A cura di). *L'Amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente. Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione Società editrice il Mulino, Bologna, 1993*.

9 MESTRE, Achille, *Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1993; Michoud, Léon. *De la gestion d'affaires appliqués aux services publics. Revue générale d'administration*, 1984, II; Montaner, Cosculluela. *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo*, RAP, n. 84, 1977.

10 ZANOBINI, G. *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, 1958, 8ª edição, Vol. I; Vitta, C. *Diritto Amministrativo*, Turim, 1955, 4ª edição, II; Capaccioli, E. *La gestioni di affari in Diritto Amministrativo*, Padua, 1956.

11 PUIG, Manuel Rebollo. *El Enriquecimiento Injusto de la Administracion Publica*. Monografias Jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.



o administrativo, não como oposição, mas como uma especialização técnica entre as duas ordens, que devem ser tidas como participantes de uma mesma ordem jurídica. Eugênio Cannada-Bartoli destaca momentos importantes em que o direito administrativo propicia o clima necessário à garantia da liberdade do cidadão.

O sistema constitucional da justiça administrativa parte do texto fundamental, onde estão situadas as determinações de competência e do ordenamento jurisdicional. A norma constitucional estabelece o caráter da tutela. A tutela jurisdicional alude ao juízo ordinário e ao administrativo. A garantia da tutela do cidadão pode ser considerada sob vários aspectos. Preocupa-se em esclarecer o significado da expressão direito subjetivo e interesse legítimo, para garantir a integridade da esfera jurídica do cidadão.<sup>12</sup>

As exigências constitucionais sobre a atuação administrativa decorrem da compreensão, em princípio, de que o controle jurisdicional deve verificar se a decisão é objetiva e corresponde aos interesses gerais. O controle da existência da motivação, da suficiência ou coerência da decisão, examina a relação entre o razoável e o lógico da decisão administrativa. No constitucionalismo espanhol depreende-se que o órgão jurisdicional deve verificar:

— se a decisão responde aos interesses gerais,

— que não é arbitrária, desde que a escolha feita pela Administração, entre as diversas alternativas possíveis, está baseada em critérios políticos, técnicos, econômicos e sociais, atendendo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pretende-se garantir ao cidadão a tutela jurídica efetiva, controlando a arbitrariedade e a razoabilidade da decisão tomada. É nesse sentido, também, que a teoria do erro manifesto de apreciação e do balanço dos custos-benefícios leva a um poder discricionário vigiado ou temperado, em que a Administração em suas opções e competências, não sai da margem da razoabilidade.<sup>13</sup>

O sistema constitucional, como centro do sistema político, através da Constituição, é o tronco dos diversos ramos do direito, sendo que nesse sentido podemos destacar o direito administrativo e o processual. A noção e extensão do sistema da administração pública pode desdobrar-se em administração estatal, administração pública não estatal e administração privada controlada pelo poder público. As constituições e a legislação ordinária, muitas vezes, procuram constitucionalizar alguns aspectos da Administração pública, sem apresentar alguns de seus contornos básicos. Ocorrem conceitos amplos e indeterminados, que nem sempre são suficientes para caracterizar os princípios básicos da Administração pública. A Constituição italiana não se limita a garantir o direito do cidadão, no confronto com o poder público. O

12 CANNADA-BARTOLI, Eugenio. *La Tutela Giudiziaria del Cittadino verso la Pubblica, Amministrazione*. Appunti delle Lezioni, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1964, 2ª edição.

13 BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995. Temas Clave de la Constitución Española; DANTAS, Ivo. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1995; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos. Revista da Faculdade de Direito. UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Renovar, Rio de Janeiro, n. 3, 1995, pp. 91 e ss; FREITAS, Juarez. A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Vozes. Petrópolis em co-edição com a Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul — EDIPUCRS, Porto Alegre, 1989.

direito de cidadania encontra-se relacionado com o exercício do poder administrativo, sendo que está ele preso a um complexo de princípios, de índole garantista. Nesse desdobramento destaca-se o princípio da legalidade que no ordenamento do Estado moderno, determina que a organização e a atividade da administração pública devem submeter-se aos mecanismos de estabilidade decorrente da lei.

Jorge Miranda, mencionando os grandes Capítulos do Direito Constitucional, ao apontar a relação entre este ramo do direito e o Direito Administrativo, salienta: “Nem sempre hoje se consegue traçar, com nitidez, as fronteiras do Direito constitucional e do Direito administrativo.

O Direito administrativo compreende não só as normas regulamentadoras da estrutura e disciplina interna da Administração, mas também as da atuação dos elementos desta como sujeitos de direitos no exercício dos seus poderes e no cumprimento dos seus deveres legais para com os administrados. Surgido, tal como o Direito constitucional, com o constitucionalismo, nele perpassa a tensão entre o poder de decisão e de execução dos órgãos administrativos e a necessidade de defesa dos direitos e dos interesses dos administrados. O princípio da legalidade da administração pressupõe o da constitucionalidade da lei.

Ora, o alargamento da intervenção do poder público na vida econômica, social e cultural e as mutações sofridas pela lei têm levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e de outras que devem ter-se por administrativas. Quando o Estado do século XX se apresenta como um Estado *administrativo*, em vez de *legislativo* (Carl Schmitt), muito do que é administrativo eleva-se a constitucional; inversamente, quando a lei se traduz em medidas concretas ou emana do Poder Executivo, é esse acto de Direito constitucional que parece convalidar-se em ato de Direito administrativo.

Haverá então que apelar, de novo, para os critérios decorrentes do significado dos preceitos à luz dos valores e concepções que presidem à legitimação e ao exercício do poder político: será de Direito constitucional tudo quanto estiver em relação imediata com esses valores, será de Direito administrativo tudo quanto contender com a sua concretização ou efectivação, por meio das formas próprias de agir da Administração. Mais aprofundada reflexão não pode ser feita nesta altura.”<sup>14</sup>

Existe o sistema de jurisdição única inspirada em determinados sistemas democráticos, que deferem ao Poder Judiciário e a uma Corte Constitucional o exame das questões que implicam nas discussões da pluralidade de direitos assimilados pela concepção moderna de cidadania. Um segundo sistema, dito de contencioso administrativo ou de dupla jurisdição, como ocorre no ordenamento francês, cria-se o modelo específico para a defesa dos direitos da cidadania. Pode existir também a justiça repartida.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais, Coimbra Editora, 1996, Coimbra, 5ª edição, revista e atualizada, págs. 20 e 21; VEDEL, Georges. *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif — Le rôle du juge*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Obra Coletiva, Pans, 1974.

O desenvolvimento das técnicas de controle judicial, em muitos casos, apresenta imprecisões nos limites desse controle. García de Enterría, em 1962, publicou um trabalho transcendental para o exame do assunto em questão,<sup>15</sup> quando, recolhendo as técnicas de controle da discricionariedade administrativa da jurisprudência e da doutrina francesa e alemã, propunha a introdução dessa orientação no Direito Administrativo Espanhol. Defende-se uma teorização da submissão sistemática do Poder Público, ao direito e ao controle jurisdicional pleno da administração, no interesse dos administrados. Esta página pertence à redução das imunidades da Administração e do Poder Discricionário para um Direito Administrativo de um Estado de Direito Democrático.

No Direito Administrativo Francês, sob a denominação genérica de pleno contencioso, distinguem-se vários tipos de contencioso de natureza diferente: os plenos contenciosos ordinários e os plenos contenciosos especiais. Os primeiros referem-se aos contenciosos de responsabilidade pública, os segundos abrangem uma pluralidade de contenciosos particulares (contenciosos eleitorais, contenciosos fiscais).

A dualidade jurisdicional compreende a existência de duas ordens de jurisdição: a administrativa e a judiciária. O pleno contencioso e a dualidade jurisdicional baseiam-se, de certa maneira, em aspectos do princípio da separação de poderes, e da distinção entre as funções administrativas e judiciárias, que dão origem à separação da jurisdição administrativa, da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária.

A dualidade jurisdicional decorre da necessidade da repartição de competências jurisdicionais de uma parte e da determinação das regras de direito aplicáveis, de outra parte. A jurisdição judiciária ocupa-se nos contenciosos judiciários, aplicando diversas regras do direito público e do direito privado, ao passo que a jurisdição administrativa, por via do contencioso administrativo, aplica as regras de direito público. Entretanto, na prática, existem várias particularidades que demonstram não ser tão simples a distinção. A repartição de competências entre a jurisdição administrativa e a jurisdição judiciária comum apresenta critérios diversos, no que se refere à aplicação das regras de direito público.

Como contencioso da legalidade dos atos administrativos ou contencioso das formas de excesso de poder, vê-se que a jurisdição administrativa dá primazia à aplicação das regras de direito público. O juiz comum, de conformidade com esse entendimento, não pode intervir para anular ou reformar os atos das autoridades administrativas, utilizando as regras de direito privado.<sup>16</sup>

15 ENTERRÍA, García de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. RAP, Madrid, núm. 38; Ed. Civitas, Madrid, 1974; FERNÁNDEZ, T. R. *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991; PAREJO ALFONSO, L. *Crisis y renovación en el Derecho publico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; SANCHEZ MORÓN, M. *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*. Institute de España y Espasa Calpe, Madrid, 1991; GÓMEZ-FERRER MORA, R. *Relaciones entre leyes: Competência, jerarquia y función constitucional*, RAP, num. 113, 1987.

16 SANDEVOIR, P. *L'étude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la juridiction administrative*, L.G.D.J., Paris, 1964; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. Editora Saraiva, São Paulo, 1996; CLÈVE Clémenton Merlin. *Temas de Direito Constitucional (E de Teoria do Direito)*, Editora Academia, São Paulo, 1993. pp. 121 e ss. e 183 e ss.

Desde o *l'arrêt Blanco* (T.C., 8 févr. 1873) definiu-se a competência para a discussão de questões de anulação ou reforma de um ato administrativo. Decisões do Conselho Constitucional de 23 de janeiro de 1987 e 28 de julho de 1989, confirmaram o entendimento de que é competência da jurisdição administrativa a anulação ou a reformulação das decisões tomadas pelas autoridades administrativas.

Dentro desses indicativos, as questões sobre o pleno contencioso, repartição de competências jurisdicionais e a determinação das regras de direito aplicáveis, tornam-se mais complexas. A doutrina e a jurisprudência, tratando do pleno contencioso ordinário ou do contencioso da responsabilidade pública, apresenta conceitos nem sempre determinados. O contencioso pleno é colocado em oposição ao contencioso do excesso de poder, com diferenciações entre o contencioso judiciário ou contencioso de direito comum. O contencioso judiciário é um conceito dotado de plenitude, equipara-se ao contencioso ordinário, que se caracteriza como a jurisdição judiciária. De conformidade com a dualidade jurisdicional, o pleno contencioso diferencia-se da especificidade do contencioso judiciário ordinário, do qual se ocupa o juiz judiciário. Pode ser considerado contencioso administrativo, desde que examine as formas de atuação da administração pública. Surge assim dúvidas sobre as diferenças fundamentais entre o pleno contencioso e o contencioso administrativo. O pleno contencioso, em sua visão geral, pode abranger o contencioso administrativo, nos termos da especificidade da matéria. Entretanto, deve-se distinguir o contencioso pleno, caracterizado pelo contencioso judiciário ordinário, do contencioso administrativo ou do contencioso constitucional.

O pleno contencioso é de natureza heterogênea, desde que ele comporta aspecto judiciário e aspecto institucional. A definição do pleno contencioso deve ser feita, levando em consideração outros contenciosos, que se distinguem por suas especificidade extrínsecas. A doutrina distingue o pleno contencioso do contencioso administrativo, sem esquecer a relação triangular de todo contencioso, que se explicita nas duas partes em litígio e o juiz que é chamado para decidir a pendência.

Administração, direito e procedimento, são assuntos tratados por Roberto Dromi. Entende esse doutrinador que o procedimento administrativo pode ser estudado sob diversos planos: o axiológico-político valorativo, jurídico-substantivo ou normativo primário, em nível de princípio e jurídico-adjetivo ou normativo secundário, em nível de aplicações práticas.

Explana, ainda, que a realização do Estado de Direito, robustecendo as “garantias cidadãos” e os poderes públicos, requer a solenidade declarativa constitucional e a implementação constitutiva legal-processual, com a identificação personalista e humanista do modelo de Estado de Direito, que pode corresponder à adjetivação Estado Social de Direito. Além da obtenção de todas as liberdades políticas, são indispensáveis as vias de seu amparo, promovendo a harmonização entre o ordenamento constitucional e as formalidades administrativas.

Os procedimentos enfrentam as questões referentes às prerrogativas e garantias. É importante a tutela substantiva dos direitos subjetivos públicos do Estado e dos administrados, por meio de técnicas processuais administrativas e judiciais.

O procedimento administrativo regula o exercício das prerrogativas públicas e

os direitos subjetivos e liberdades públicas. Da correlação entre Cidadania e Administração, podemos destacar:

a) *Participação* individual e coletiva dos interessados, titulares de situações subjetivas, na preparação da vontade administrativa;

b) *Proteção* ampla e eficiente dos administrados, mediante uma multiplicidade de instrumentos processuais: petições, recursos, reclamações, queixas, denúncias e outros meios de impugnação, que servem para melhor defesa dos direitos da cidadania;

c) *Colaboração* do administrado na preparação e execução da vontade administrativa. O particular não é, normalmente, nem deve ser, um litigante no procedimento administrativo;

d) *Execução* eficaz da atividade administrativa. Para a real e correta satisfação das necessidades públicas, deve trabalhar com pautas de: racionalização, operatividade, ordenação, probidade e moralidade. Assim logrará a otimização da conduta administrativa,

e) *Sistematização*, simplificação e eficácia dos meios consagrados para defesa da autoridade, com a presunção de legitimidade, executoriedade, procedimentos reservados e a liberdade, que atuará por meio de recursos, reclamação e outras formas de atuação,

f) *Judicialização* da Administração pública, ocorre através da sumissão das partes — Administração e Administrado, às regras de Direito, que garantam a regularidade e racionalidade do poder estatal e do dever particular.<sup>17</sup>

O procedimento administrativo, no direito comparado, tem propiciado diversos estudos que destacam os princípios gerais do direito e os princípios gerais do procedimento. Os comentadores da LPA, na Espanha, ressaltaram o papel das normas de economia, celeridade e eficácia. Ao mesmo tempo elevam à categoria de princípios essenciais da mencionada Lei, a desconcentração, a unidade e a flexibilidade do procedimento, simplificação da tramitação e incremento da produtividade, com a colaboração dos administrados e a redução do número de disposições regulamentares.<sup>18</sup>

A existência de distintas classes de princípios e princípios de procedências diversas é matéria importante para o exame de procedimento administrativo.

Os princípios do procedimento administrativo, inerentes ao Estado de Direito, codificados ou não, são encontrados em vários ordenamentos e foram recepcionados pelo Direito Comunitário. É de se ressaltar o crescimento da Teoria Geral da Principiologia, com várias categorias que têm aparecido: o princípio de juridicidade da ação administrativa; o princípio da segurança jurídica e da confiança legítima; o princípio da proporcionalidade; o princípio de igualdade (proibições específicas de tratamento discriminatório, princípio geral da igualdade); obrigação de motivar os

<sup>17</sup> DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1996.

<sup>18</sup> GARCÍA-Trevijano Garnica, Ernesto. *El recurso administrativo extraordinário de revisión en la nueva Ley de procedimiento*, Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, 1ª edição; CORSO, Anna Maria *Atto Amministrativo Presupposto e Ricorso Giurisdizionali*, CEDAM, Padova, 1990.

atos jurídicos; o princípio da audiência; direito ao devido processo; confidencialidade do segredo profissional e empresarial; a proibição de impor uma dupla sanção (*ne bis in idem*); o princípio da “correta” atuação administrativa e o princípio inquisitivo.<sup>19</sup>

O uso abusivo do poder discricionário, *détournement de pouvoir*, o grave erro de previsão e de prudência (*schwerwiegender Mengel au Voraussicht und Umsicht*) geram formas de atuação que levam à anulação e revogação dos atos administrativos.

A distinção do contencioso administrativo, no que toca a administração pública, configura-se na natureza da ação administrativa, matéria examinada por Maurice Hauriou, doutrina nem sempre aceita atualmente. Para Hauriou, toda ação administrativa, efetiva-se através de uma decisão executória, que procede por via de gestão ou execução de operações materiais. O contencioso administrativo, distingue-se, também, pela figura do requerente, levantando uma questão de direito público. Os autores clássicos como Hauriou, Duguit, G. Jèze, R. Bonnard, M. Waline, L. Rolland, M. Auby e M. Drago, sobre denominações diferentes, trataram da matéria (contencioso da legalidade e contencioso de direitos).<sup>20</sup>

As obrigações constitucionais dos poderes públicos levam à necessidade do reforço das garantias procedimentais, como limite da discricionariedade administrativa, para que a Administração realize de maneira correta seus serviços, no atendimento dos interesses gerais. Ocorre sempre a preocupação com o aprofundamento dos controles dos aspectos orgânicos e procedimentais da atividade administrativa.

O procedimento administrativo comum e os procedimentos especiais são examinados por vários publicistas.

A doutrina tem dedicado ao exame do conceito, natureza e caracterização do procedimento, dizendo que nem sempre existem normas que definam o procedimento administrativo. A LPA, de 1958, na Exposição de Motivos, define-o como a série de atos que concretizam a atuação da administração para a realização de determinado fim.<sup>21</sup>

O procedimento estrutura-se em um sistema ou modelo predeterminado legalmente, para servir de instrumento de realização da atividade administrativa. Trata-se da definição da forma própria da função administrativa, do mesmo modo que o

19 VAZQUEZ, Javier Barnes. *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Prólogo de Pedro Escribano Collado. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, 1ª edição. Obra Coletiva. Coordenação de Javier Barnes Vazquez.

20 G. JÈZE, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*. R.D.P., Paris, 1901; WALINE, M. *Vers un reclassement des recours du contentieux*, em R.D.P., Paris, 1935; STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Prefácio de René Cassin, Athènes, 1954; LAUBADÈRE, A. de. *Traité de droit administratif*; L.G.D.J., 8ª edição; APPLETON. *Traité élémentaire du contentieux administratif*; Paris, 1927; NÈGRIN, J-Y. “Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction”, *Travaux du Centre de Recherche administrative*, 1976; J-M. AUBY et R.DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992; SOTO, J. de. *La notion de juidiction*” D. 1956, *Chron*, p. 45; DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*”, R.D.P. 1906; AMSELEK, P. “*Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteinte administrative à la liberté individuelle*”: R.D.P., 1965.

21 GONZÁLEZ PEREZ, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977.

processo é o da função judicial e o procedimento parlamentar da função legislativa. Dessa definição decorrem duas conseqüências:

a) O procedimento juridifica a atuação administrativa, submetendo-a a regras ou pautas formais;

b) O procedimento permite aos cidadãos conhecer, anteriormente, o desenvolvimento da atuação administrativa, garantindo assim a defesa de seus direitos e interesses frente a ela.<sup>22</sup>

A implantação de procedimento, assentado na predeterminação do devido processo, foi grande conquista do Estado de Direito, com sujeição da Administração à lei e ao direito. Ocorre, paradigmaticamente, a efetivação das exigências da democracia, de conformidade de procedimentos que garantem os direitos inerentes à cidadania. Visa-se servir de garantia dos direitos dos administrados e a obtenção da maior eficácia das decisões administrativas, propiciando a democratização dos mecanismos da administração.

As garantias visam excluir a vontade arbitrária da atuação despótica do poder. Diversos princípios informam o procedimento, sendo que eles partem do texto constitucional, deferidor de mandatos constitucionais que consagram os princípios que devem informar a atuação total da Administração. Decorre daí a garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, através da incorporação dos mecanismos adequados para sua proteção e tutela efetiva.<sup>23</sup> São arrolados como princípios próprios do procedimento: a) princípio garantidor; b) princípio de participação; c) princípio de eficácia; d) princípio de imparcialidade e objetividade na atuação administrativa; e) princípio da publicidade, f) princípio da segurança jurídica; g) princípio de não *reformatio in peius*, no procedimento em via de recurso; h) princípio da unidade; i) princípio da hierarquia; j) princípio da descentralização; l) princípio da desconcentração; m) princípio da coordenação; n) princípio da legalidade; o) princípio do contraditório; p) princípio da oficiabilidade; q) princípio da publicidade; r) princípio da gratuidade; s) princípio da cooficialidade lingüística; t) princípio da economia processual; u) princípio “pro actione”.

Os direitos e garantias constitucionais básicos são essenciais no procedimento administrativo comum, sendo aplicáveis a qualquer procedimento especial; como instituição jurídica garantidora.<sup>24</sup>

22 DIEZ SANCHEZ, Juan José. *El Procedimiento Administrativo Común y la Doctrina Constitucional*, Prólogo de Ramón Martín Mateo. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Alicante. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, 1ª edição, p. 28.

23 RODRIGUEZ, Fernández. *Los principios constitucionales en el Procedimiento administrativo*, em Gobierno y Administración en la Constitución, I, Madrid, 1988; SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípios da Administração Pública*, págs. 21 a 28, em *Contratação Temporária na Administração Pública*, Apresentação de Clémerson Merlin Clève. Editora Genesis, Curitiba, 1996; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro*, em *Elementos de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 3ª edição.

24 GABRIEL LLOBREGAT, J. *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989; BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1986, 2ª edição, pp. 267 e ss; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1990.

Aldo Sandulli parte da noção de procedimento administrativo, como sendo historicamente de formação jurisprudencial. A partir do início do século, a jurisprudência, com o exercício da apreciação jurisdicional sobre o excesso de poder, produziu, formulou e aperfeiçoou as regras sobre a atividade administrativa, com a sistematização da doutrina, constituindo as bases da teoria Procedimental.

A Justiça administrativa é considerada por Aldo M. Sandulli como o complexo de garantias oferecidas ao cidadão, no confronto com a Administração pública. Os meios jurisdicionais consagrados pelo Estado de Direito propiciaram o surgimento da Justiça administrativa, por meio do contencioso administrativo. O Estado “legalitário” efetiva-se pela convivência entre a discricionariedade administrativa e um perfeito sistema de garantia jurisdicional, em que ocorrem enfrentamentos singulares e plurais perante a Administração pública. No Estado Social, em que há a tendência a dilatar-se a esfera do poder público, restringindo a esfera da autonomia privada, os mecanismos controladores são essenciais. Mostra que a Constituição republicana, inspirada no critério da legalidade e do garantismo, propõe o reforço do instituto da Justiça administrativa. O artigo 24 enuncia o princípio de que todos podem agir em juízo para tutela do próprio direito e de interesse legítimo, exclui a possibilidade de exceções ou privilégios da Administração pública. O artigo 113 dispõe que o ato da Administração pública lesivo a um direito ou a um interesse legítimo, não pode frustrar-se ao controle de uma Justiça ordinária ou administrativa.

O recurso administrativo, conceituado por Sandulli, indica a instância na qual o sujeito interessado pode apresentar-se perante uma autoridade administrativa para que resolva, *ex auctoritate* sua, uma controvérsia instalada no âmbito do sistema da Administração pública. Essa matéria não é regulada pela Constituição, mas pela lei.

Após examinar a procedimentalidade do recurso administrativo (tipologia, natureza administrativa, anulação, recurso ordinário e extraordinário, capacidade de recorrer, recurso de pessoa jurídica, recurso interórgãos, pressupostos, interesse, legitimação e interesse de agir, objeto do recurso, *dias ad quem e dies a quo*, forma de recurso, conteúdo, destinatário, documentação contraditório, efeitos, decisão, conteúdo, publicação, recurso ordinário, recurso hierárquico etc.), Sandulli examina a Jurisdição ordinária (Juiz conciliador, Pretor, Tribunal, Corte de apelação e Corte de Cassação). Em tal juízo demanda-se, de maneira geral, o exercício da função jurisdicional, não compreendida a jurisdição penal.

A jurisdição administrativa geral e Corte Constitucional completam este sistema garantístico da cidadania.<sup>25</sup>

25 SANDULLI, Aldo M. Parte Quarta *La Giustizia Amministrativa*, em *Manuale di Diritto Amministrativo*. Jovene Editore, Napoli, 1989, segundo volume, XV edição, pp. 1187 e ss; REALE, Miguel. Papel e missão da Justiça Administrativa, *Jornal do Brasil/Especial* — 13-5-1984; ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. O Contencioso administrativo na Emenda Constitucional n. 7. *O Estado de São Paulo*, 10 de julho de 1977; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1994; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo, Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*, 8ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1989; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*, Edição Saraiva, São Paulo, 1979;



A anulação do ato administrativo ilegal e a revogação dos atos administrativos legais propiciam a retirada da circulação de atos gravosos, que geram a submissão da Administração ao princípio da legalidade, com o objetivo de proteger o que teve seus direitos feridos, sendo que esses predominam de ordinário sobre os interesses da Administração, na preponderância da confiança legítima.

Os regulamentos, considerados como norma escrita pela Administração, são normas secundárias, subalternos, inferiores e complementares à lei, são obras da Administração. O poder regulamentar da Administração é tratado diferenciadamente nas constituições, em seus diversos sistemas.

Distinguem-se os Regulamentos dos atos administrativos, apesar de ambos serem instrumentos jurídicos usados pela Administração, apresentam diferenças substanciais. O Regulamento forma parte do ordenamento jurídico ao passo que o ato é algo ordenado, produzido no seio do ordenamento, previsto como aplicação de normas. Enquanto que o Regulamento, dentro dos limites legais, inova o ordenamento, o ato limita-se a aplicar o ordenamento.

Os Regulamentos necessitam de requisitos de validade, pelo que têm limites formais e substanciais.

O procedimento administrativo passou a ser estudado em seu sentido funcional e no estrutural.

Sandulli, partindo da noção de procedimento no campo do direito, afirma que devido a sua generalidade, convém tomar sua sistematização em sede de teoria geral. A noção de procedimento na doutrina publicística tem grande importância. Tem sido usada como termo comum da linguagem usual. Vem comumente, entretanto, sendo considerada como dotada de valor técnico definido.

O fenômeno do procedimento é caracterizado por uma coordenação de atividades jurídicas, que visam obter um certo resultado. Desde o momento inicial do procedimento tem início, no mundo jurídico, uma sucessão de atividades que visam um certo fim e pretende produzir algum efeito.

O procedimento administrativo comporta delimitações, fases e espécies que se configuram a partir da etapa preparatória.<sup>26</sup>

O princípio da legalidade é tido como uma garantia do cidadão, contra o arbítrio da administração pública. Considerado como limite da atividade administrativa, nos últimos tempos, adquiriu maior força e representatividade, com o alargamento do

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, São Paulo, 1995; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de Direito Administrativo, Legislação, Doutrina, Jurisprudência*, 2ª edição Revista e Atualizada de "Práticas de Direito Administrativo", Editora Lê, Belo Horizonte, 1991; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* 3ª edição, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1992; CRETÉLIA JÚNIOR, J. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1984; ZANCANER, Weida *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos. Coleção Temas de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 2ª edição; VAZ CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973.

26 SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*. Dott. A. Giufirè-Editore, Milano, 1964.

sufrágio eleitoral. O cidadão recorre à lei e à sua própria tutela, obtendo um “estatuto de cidadania” ou de direito, que lhe garante no confronto com o poder político.<sup>27</sup>

O cidadão e a administração, nos últimos anos, constitui tema central das preocupações em torno da efetividade dos direitos do primeiro. A parte referente ao cidadão era vista de maneira restrita.

Para essa teoria existe um contencioso objetivo, quando o requerente invocando a violação de uma regra de direito, atentatória a uma situação geral e impessoal, definidora de uma situação jurídica objetiva. No caso do contencioso subjetivo, o suplicante invoca direitos que compõem uma situação jurídica individual e subjetiva, contrária a certos direitos definidos.

A formação do sistema da justiça administrativa é tema bem examinado, no direito comparado. Ela exercita, de maneira geral, o exame da legitimidade da ação administrativa. Verifica a conformidade dos provimentos administrativos frente à lei, sem avaliar a oportunidade e a conveniência da atuação administrativa. A ilegitimidade, na doutrina tradicional, do ato administrativo traduz-se no vício de incompetência, excesso de poder e violação da lei. O vício do excesso de poder é assimilado pelo que os franceses denominam de “*détournement de pouvoir*”. O direito comparado, como o italiano, destaca a distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo, de grande importância na repartição da jurisdição em ordinária e administrativa. O interesse legítimo é uma técnica de tutela indireta e atenuada, a respeito do direito subjetivo, tendo em vista a posição de vantagem que o privado possui, no confronto com um bem objeto do poder administrativo.<sup>28</sup>

O contencioso administrativo distingue-se, também, no que se refere a qualificação do juiz e os poderes que ele dispõe. A posição desse juiz, destaca-se, de conformidade com os poderes que ele dispõe. A distinção do contencioso administrativo, de conformidade com os poderes do juiz, é predominante.

Os problemas da Administração da Justiça em geral e da jurisdição contencioso-administrativa em particular, ainda são considerados como sérios obstáculos, para a efetivação plena do Estado de Direito. Manuel J. Sarmiento Acosta<sup>29</sup> nesse livro analisa detalhadamente os recursos administrativos no marco da justiça administra-

27 CASSESE, Sabino. *Il sistema amministrativo italiano*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1983; PASTOREL, Jean-Paul. *Droit Administratif*: DUNOD, Paris, 1994, 2ª edição; DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Anulação do Ato Administrativo por Vício Relativo a Sua Finalidade Aplicação da Teoria do Desvio de Poder*. Belo Horizonte, 1991; idem, *Controle de Empresas Estatais, uma proposta de mudança*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991; CRETELLA JÚNIOR, J. *Dos Atos Administrativos Especiais*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995; LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. Escola Paulista da Magistratura Coletânea Jurídica da Magistratura — 2. Coordenação: Yussef Said Cahali. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995

28 CAIANIELLO, V. *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1994; CASSARINO, S. *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990; ROMANO, A. *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, CEDAM, Padova, 1992; BENVENUTI, F. *L'istruzione nel processo amministrativo*, CEDAM, Padova, 1953.

29 ACOSTA, Manuel J. Sarmiento. *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*. Prólogo de José Suay Rincón. Colección Monografías. Coedición con la Universidad de Las Palmas, Editorial Cívitas, Madrid, 1996.

tiva, como uma das vias que, a juízo do cidadão, pode solucionar os problemas que decorrem das práticas da cidadania. Além de delimitar o recurso administrativo, acompanha sua evolução e a posição do mesmo em alguns sistemas jurídicos, como o Francês, o alemão ou italiano. Examina o regime jurídico vigente que entrou em vigor com a Lei 30/1992, de 26 de novembro (*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*). Aponta reflexões e propostas de *lege ferenda* sobre a instituição, que serve de parâmetro para uma futura modificação do modelo de recursos administrativos. Em amplas observações analisa os recursos administrativos, através da delimitação e das figuras existentes.

Os recursos administrativos são vistos em sua origem e evolução histórica, com destaque para a "*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*".

A exposição estende-se ao Direito Comparado, com reflexões finais e propostas de *lege ferenda* (recursos administrativos na França, Alemanha e Itália).

Essa compreensão é de grande significado, quando examinamos a proteção da cidadania, preste a arbitrariedade administrativa.<sup>30</sup>

No que se refere aos aspectos constitutivos do pleno contencioso, examina-se a questão jurídica que se põe à apreciação do judiciário. Na discussão dessa matéria, destacam-se dois aspectos: o judiciário e o institucional. O contencioso judiciário, no que se refere aos elementos determinantes de sua natureza, deve ser elaborado dentro de três perspectivas: o primeiro elemento do contencioso é a existência de um litígio ou um conflito, quando surgem duas realidades distintas, o fato como realidade empírica e o valor do fato, como realidade ideal. Outro elemento desse contencioso é a existência das partes em litígio, que expõem valores divergentes e contraditórios, que passa a ser objeto de julgamento das pretensões divergentes ou discordantes. O terceiro elemento é existência de um tribunal ou juiz, pessoa imparcial e desinteressada a quem é submetida ao litígio e a solução pedida. Esse litígio pode ser resolvido por uma transação, por um compromisso, por conciliação, por renúncia ou uma sentença. A função própria dessa terceira pessoa é fazer um julgamento de valor, de maneira imparcial e desinteressada, dizendo o direito de conformidade com as exigências da justiça formal. Na ordem jurídica moderna, essa terceira pessoa pode ser um árbitro que se coloca ao serviço judiciário do Estado ou jurisdição estatal. A jurisdição estatal ou a arbitragem são modos de efetivação da justiça positivada. No pleno contencioso o juiz realiza um ato jurisdicional, desde que é dotado para exercer uma função jurisdicional. O pleno contencioso é chamado também de contencioso de plena jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por formas procedimentais particulares, que se submetem a um debate contraditório, a um certo formalismo, a publicidade das audiências e a necessidade de motivação da decisão.

30 J. RIVERO. *Système Français de la protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Paris, 1963; DUPUIS, G. *Les privilèges de l'administration*, Tese, Paris, 1962; FAVOREU, L. *Du déni de Justice en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1964; MESTRE, A. *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1974; RIVERO, J. *Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?* Mélanges. Waline, 1971.

A cidadania é contemplada pela Constituição da República Portuguesa, quando determina que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos. Todos têm direito, nos termos da lei, a informação e consultas jurídicas e ao patrocínio judiciário. Os cidadãos têm o direito de serem informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral. (Constituição Portuguesa, arts. 20º, 52º, 168º). O artigo 268 (direitos e garantias dos administrados), além do que foi acima dito, estabelece que os cidadãos têm, também, o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. Os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa quando afetam direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer atos administrativos, independentemente de sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. No mesmo sentido, é igualmente sempre garantido aos administrados o acesso à justiça administrativa, para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

O dever de fundamentação dos atos administrativos é garantia essencial da cidadania: “A disseminação do dever de fundamentação expressa nos ordenamentos jurídicos europeus não pode deixar de ter conseqüências ao nível dogmático, influenciando as construções doutrinárias relativas ao ato administrativo. No plano prático, o cumprimento do dever fornece o acesso regular às razões de atuação administrativa, especialmente nos casos em que a Administração dispõe de espaços de escolha ou de apreciação; ao contrário do que resultava da *arcana praxis*, a nova ética permite que se considere normal o conhecimento dos motivos e dos critérios de apreciação adotados. No plano normativo, o imperativo da fundamentação evidencia a responsabilidade do órgão competente para a prática do ato administrativo e valoriza os aspectos substanciais da fase constitutiva do procedimento; em vez de uma relação puramente objetiva entre o fim e o conteúdo, ganha relevo jurídico o processo de formação da vontade do sujeito que assume constitutivamente essa mediação.

Explicar-se-á assim que as reflexões finais deste estudo sejam referidas às linhas de força que a imposição do dever de fundamentação acentua, orienta ou justifica no diálogo científico desenvolvido nos domínios da teoria do ato administrativo.<sup>31</sup>

31 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Adminstrativos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, Coleção Teses, pp. 360 e 361; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública y libertad*, México, 1971; LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981; OLIVEIRA, Regis Fernandes de.

Em Portugal, o decreto-lei n.129/84, de 27 de abril, estabeleceu nova organização para os tribunais administrativos e fiscais, nos termos da nova Constituição, substituindo o Código Administrativo de 1940 e o decreto-lei n. 40.768, de 8 de setembro de 1956, mais a legislação complementar existente. A nova lei estabelece a natureza e os limites da jurisdição administrativa e tributária, alargando a competência contenciosa, aceitando-se definição lata de contratos administrativos, admitindo a declaração de ilegalidade do regulamento emanados da administração central. O artigo 1º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, estabelece que a justiça administrativa e fiscal é exercida por tribunais administrativos e fiscais, órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.

O exercício de meios processuais que sejam da competência dos tribunais administrativos e fiscais depende dos pressupostos estabelecidos pelo mencionado diploma e pelas leis do processo.<sup>32</sup>

A expressão contencioso administrativo pode ser definida como o conjunto de questões ligadas ao exercício de um litígio que decorre da atividade administrativa, em seu sentido mais amplo. A noção de jurisdição administrativa, como existe na França, é completamente independente das jurisdições judiciárias. A dicotomia tem origem histórica. No Antigo Regime existiam jurisdições que decidiam em matéria administrativa (*Cour des Aides*, *Cour des Monnais*), mas elas não passavam de uma verdadeira ordem jurisdicional. O regime revolucionário, hostil aos tribunais judiciários, consagra a separação das autoridades administrativas e judiciária. Diversos textos consagraram os mecanismos de apreciação sobre questionamentos de direitos. Com o tempo surgiu no seio da Administração, órgãos especializados no julgamento. Eles passaram a constituir uma ordem de jurisdição administrativa, na qual o mais importante é o Conselho de Estado. No que se refere ao estatuto constitucional da jurisdição administrativa, apesar dos textos silenciarem sobre a matéria, o Conselho Constitucional, por várias decisões, reforçou a estrutura da jurisdição administrativa. Mesmo assim, com base nos fundamentos reconhecidos pelas leis da República, o Conselho Constitucional confere à justiça delegada ao Conselho de Estado, um princípio de valor constitucional, assentado na independência dessas jurisdições, sobre as quais não pode ser reduzido o caráter específico de suas funções, que não podem ser reduzidos pelo poder legislativo ou pelo poder governante. Em uma segunda decisão de 25 de janeiro de 1987 — *Conseil de la concurrence* (A.J., 1987), decidiu que, de conformidade com a concepção Francesa da separação dos poderes, colocam-se igualmente, como princípios fundamentais, aquele que determina a competência da jurisdição administrativa, no que se refere a anulação ou reforma das

*Ato Administrativo*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980; MEDAUAR, Odete. *Da Retroatividade do Ato Administrativo*, Editora Max Limonad, Série Jurídica Max Limonad, n. 2, 1986; BOTELHO GUALAZZI, Eduardo Lobo. *Ato Administrativo Inexistente*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980; CRETELLA JÚNIOR, J. *Do Ato Administrativo*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1972.

<sup>32</sup> BOTELHO, José Manuel da S. Santos. *Contencioso Administrativo — Anotado — Comentado Jurisprudência*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995; ARGANARÁS, Manuel J. *Tratado do Contencioso Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955.

decisões tomadas pelas autoridades administrativas, no exercício de suas prerrogativas de poder público. A existência, em parte, da competência da jurisdição administrativa é assegurada constitucionalmente.

A jurisdição administrativa é definida através de sua organização e competência, sendo que ela se opera, através de:

- o processo administrativo contencioso;
- os recursos contenciosos, perante as jurisdições administrativas,
- as decisões das jurisdições administrativas e as vias recursais.

A jurisdição suprema, em matéria administrativa, é do Conselho de Estado, sendo que as jurisdições submetidas ao Conselho de Estado são numerosas, podendo, entretanto, se distinguir em duas grandes categorias:

— As jurisdições dotadas de *competência geral*, são constituídas pelas Cortes administrativas de apelação, criadas pela lei de 31 de dezembro de 1987 e pelos Tribunais administrativos;

As jurisdições de *competência especial*.<sup>33</sup>

O sistema jurisdicional administrativo é essencial para o *Cidadão-Administrado*, em suas diversas tipologias (Conselho de Estado, jurisdições administrativas territoriais, Cortes administrativas de apelação, jurisdições administrativas especiais), com diversos questionamentos sobre a regulamentação de questões sobre competência, no interior da ordem jurisdicional administrativa.

A dualidade jurisdicional, bem como as relações entre as ordens jurisdicionais administrativas e judiciária, nem sempre afasta a questão dos conflitos de competência, inclusive no que se refere aos mecanismos da coisa julgada, de efeito mútuo, entre as duas ordens de jurisdição. Os julgamentos civis, investidos de autoridade relativa de coisa julgada, não são invocáveis no plano administrativo, que são reservadas à identidade de partes, de causa e de objeto.<sup>34</sup> A regulamentação de conflitos nascidos da dualidade jurisdicional, o tribunal de conflitos e os meios de intervenção decorrem de certos parâmetros. O vocábulo “conflito” lembra o enfrentamento entre duas ordens jurisdicionais. Na França existe à criação original do

33 PEISER, Gustave. *Contentieux administratif*: Mémentos. Droit Public. Science Politique, Dalloz, Paris, 1995, 9ª edição; RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés Economica*. Presses Universitaires D’ Aix-Marseille, Paris, 1987, 2ª edição. Collection Droit Public Positif. Dirigée par Louis Favoreu; DRAGO, Guillaume. *L’Execution des Decisions du Conseil Constitutionnelite des Lois ‘Efetivite du Controle de Constitutionnalite des Lois*, Préface de Yves Gaudemet. Collection Droit Public Positif. Presses Universitaires D’ Aix-Marseille, Paris, 1991; Auby et Drago. *Traité de Contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 1984, 3ª edição, 2 volumes; Debbasch, *Contentieux administratif*, Dalloz 1994, 6ª edição; FAVOREAU, Louis. LOÏC, Philip. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1979, 2ª edição; idem. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, E’ditions Dalloz, Paris, 1993, 7ª edição; FAVOREU, Louis. *Recueil de jurisprudence constitutionnelle — 1952 1993*. R.J.C. Décisions DC — L — FNR — I du Conseil Constitutionnel, Litec, Paris, 1994; FAVOREU, Louis. LOÏC, Philip. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel Grands Arrêts*, Dalloz, Paris, 1995, 8ª edição.

34 DURAND. *Les rapports entre les juzidistions administrative et judiciaire*, L.G.D.J., 1956; DEVOLVÉ, G. *Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée*, RF.D.A, 1991; LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, Paris, 1980; AVRIL, Pierre. GICQUEL, Jean. *Le Conseil Constitutionnel*, Clefs Politique, Montchrestien, 1995, 3ª edição.

“Tribunal dos Conflitos”, para proceder, com a instituição de processos diversificados, que permite ao Tribunal mencionado, solucionar os embates, como regulador da separação entre autoridades administrativas e judiciárias, como verdadeiro árbitro.<sup>35</sup>

René Chapus, tratando da sociologia e do direito do contencioso administrativo, afirma que como outros fenômenos da vida social, está o mesmo ligado aos diversos conflitos que são decididos pelas jurisdições administrativas, ocasião em que ressalta:

1 — o tema é susceptível de ser objeto de estudo sociológico;

2 — examina-se, dentro dessa perspectiva:

a) a influência política da jurisdição administrativa;

b) sua sensibilidade às mudanças políticas ou constitucionais;

c) a posição dos magistrados administrativos na compreensão de sua missão ou qual a maneira de analisá-los dentro da compreensão geral do significado da palavra “juízes”, por seus julgamentos;

d) como a opinião pública, em geral, os considera, em grau de confiança.<sup>36</sup>

O cidadão, frente à administração pública, adquire, em certos ordenamentos jurídicos, cada vez maior significado, desde que em outros momentos sua compreensão era reduzida e limitada. Nas diversas maneiras de concretização da cidadania, operou-se a criação de um ordenamento jurisdicional administrativo, separado daquele que é considerado como geral. A qualificação subjetiva do cidadão sofre ampliações, quando se trata da Administração pública, diversificada do ordenamento jurídico geral, no que se refere às relações interpretativas, daí decorrentes. Os temas capacidade, “status” e poder sobressaem no direito administrativo e no direito público e geral, bem como no direito privado, desde que se aceite a contestável dicotomia. As constituições disciplinam diretamente os direitos políticos civis, constitucionais e outros que compõem a generalidade do sistema jurídico global. Nessa elaboração doutrinária surge a *Teoria do interesse legítimo*.

No confronto da cidadania com a Administração pública, disciplinado no ordenamento jurídico geral, não se coloca apenas o direito subjetivo, mas o interesse legítimo.<sup>37</sup>

A nova versão da cidadania empreende diversas reflexões que situam ou relocalam temas clássicos e modernos, necessários aos diversos enfrentamentos dos Poderes Públicos:

a) Liberdade constitucional e garantias.<sup>38</sup>

35 PACTEAU, Bernard. *Contentieux Administratif*: Collection Droit Fundamental. Droit Juridictionnel. Presses Universitaires de France, Paris, 1994, 3ª edição; idem, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*; L.G.D.J., 1977.

36 CHAPUS, René. *Droit du Contentieux Administratif*. Montchrestien, Paris, 1995, 9ª edição, p. 5 e ss; idem, *Droit Administratif Général*, Tomo I, Montchrestien, Paris, 1995, 9ª edição; idem, *Droit Administratif Général*, Tomo III, Montchrestien, Paris, 1995, 8ª edição.

37 CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, GARZANTI Milano, 1996, Terceira edição revista e aumentada, pp. 463 e ss.

38 FACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, CEDAM, Padova, 1992, 2ª edição, HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*, NIS. La

- b) Igualdade.<sup>39</sup>
- c) Direitos não-escritos.<sup>40</sup>
- d) O sistema de fontes do direito e interpretação.<sup>41</sup>

A temática anterior, necessária à elaboração contemporânea da Teoria Geral da Cidadania (na Ordem Jurídica Internacional e *Comunitária*), assenta-se, também nas *liberdades públicas*, bem como nas novas pontuações referentes à pessoa, à personalidade, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

Dominique Turpin, relacionando os protetores das liberdades públicas, elenca:

- a) O Executivo como “nobre guardião da liberdade geral”;
- b) O Parlamento “delegado da liberdade em face do poder”;
- c) A Autoridade Judiciária, “guardiã da liberdade individual”;
- d) O Juiz Administrativo, protetor das liberdades públicas;
- e) O Conselho Constitucional é a Carta Jurisprudencial das liberdades;
- f) A “Teoria Geral das Liberdades” e o princípio da intangibilidade dos direitos fundamentais adquiridos;
- g) A Declaração Universal e os instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem: Direito Internacional Humanitário. Convenções gerais (universais e regionais);
- h) Convenções específicas:
  - Genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade;
  - Escravidão, tratamento dos seres humanos, trabalhos forçados;

Nuova Italia Scientifica. Roma, 1993, 1ª edição italiana; CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà. Primo Studio Sul Ricorso Costituzionale (Con Particolare Riguardo Agli Ordinamenti Tedesco Svizzero e Austriaco)*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1976.

<sup>39</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*. Com a colaboração de Eduardo Vera Cruz, Livraria Almedina, Coimbra, 1993; BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e Libertà*, Eaudi Contemporânea. Torino, 1995; JOUANJAN, Olivier. *Le Principe D’Egalite Devant la Loi en Droix Allemend*. Préface de Michel Fromont. Collection Droit Public Positif. Economica, Paris, 1992.

<sup>40</sup> PONTTHOREAU, Marie-Claire. *La Reconnaissance des Droits Non-E’crits Par les Cours Constitutionnelles Italienne et Française. Essai sur le Pouvoir Créateur du Juge Constitutionnel*. Préface d’Alessandro Pizzosso. Economica, Paris, 1994.

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET — Unione Tipografico — Editrice Torinese, Torino, 1994, Volume Primeiro; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, págs. 149 e segs; MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1990; FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª edição, revista e atualizada, Editora Saraiva, 1984; SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*, Doutrina e Processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968; AMARAL SANTOS, Aricê Moacyr. *O Mandado de Injunção*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989; DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*, Guia Teórico e Prático, Aide Editora, 1989; PASSOS, JJ. Malmón de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Constituição e Processo, Forense, Rio de Janeiro, 1989; FIGUEIRDO, Marcelo. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991; SILVA, José Afonso da *Mandado de Injunção e Habeas Data*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989; QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Teoria e Prática*, Forense, Rio de Janeiro, 1995, 2ª edição.



- Tortura;
- Asilo;
- Liberdade de informação, vida privada;
- Seguridade social;
- i) Convenções relativas à proteção de certas categorias;
  - refugiados e apátridas;
  - migrantes;
  - trabalhadores;
  - mulheres;
  - crianças;
- j) Convenções relativas às discriminações:
  - discriminações fundadas na raça;
  - discriminações assentadas na desigualdade sexual;
  - discriminações no ensino;
  - discriminações no emprego e na profissão.

A fragilidade das liberdades públicas clássicas levou a novas reflexões sobre o campo de abrangência das liberdades e o princípio da não discriminação (funcionários civis, militares, as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os detentos).

Essa necessidade de Elaboração da Teoria Geral da Cidadania englobam temáticas diversas, referentes a:

- Juízes e Órgãos parajurisdicionais;
- O Juiz Judiciário;
- O Juiz Administrativo;
- O Conselho Constitucional;
- As Cortes e Tribunais Constitucionais;
- A Corte Européia dos Direitos do Homem;
- A Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- Os Órgãos parajurisdicionais;
- Instâncias internacionais;
- Autoridades Administrativas Independentes.<sup>42</sup>

A liberdade jurídica e os direitos fundamentais, em seus novos espaços, expande-se com os mais diversos conceitos que são reformulados ou reinterpretados como: livre-arbítrio e determinismo, pragmatismo, reelaboração do conceito de personalidade, responsabilidade e imputabilidade. Ao lado dessas indagações específicas da Teoria Geral da Cidadania, frente ao Estado, visto em sua ordem jurídica interna e

<sup>42</sup> TURPIN, Dominique. *Les libertés publique. Théorie générale. Libertés de l'esprit. Liberté individuel. Libertés sociales*. Mémo Fac. DUNOD, Paris, 1995; HEYMANN-DOAT, Arlette. *Libertés publiques et droits de l'homme*. L.G.D.J., Paris, 1994, 3ª edição; COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, Dalloz, Paris, 1975, 5ª edição; BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*, Paris, 1972, 4ª edição; PELLOUX, R. *Le citoyen devant l'Etat*, Paris, 1955; RIVERO, J. *Libertés publiques, T. 1. Les Droits de L'Homme*, Paris, 1973; ROBERT, J. *Les libertés publiques*, Paris, 1971; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das Liberdades Públicas*, Juruá Editora, Curitiba, 1991; CRETTELLA Júnior, J. *Liberdades Públicas*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974.

interestatal, os conceitos de subjetividade, cidadania e emancipação, pessoa e personalidade envolvem-se em novas categorias, conteúdos e paradigmas.<sup>43</sup>

As novas perspectivas da Cidadania, frente ao Estado, à Administração Pública, a Ordem Jurídica Interna, a Ordem Jurídica Internacional e Comunitária, devem ser consideradas à luz da nova era dos Direitos, da proteção dos direitos humanos e suas garantias na pluralidade de instâncias internacionais, comunitárias, regionais, estatais e locais. Os direitos humanos, em um mundo cada vez mais unificado, ganham maior expressividade e proteção, em diversos campos e instâncias.<sup>44</sup>

A proteção da Cidadania expande-se além da ordem jurídica interna, através de nova teorização que vem completar as garantias jurisdicionais, dando novas possibilidades à efetivação dos direitos humanos na sociedade contemporânea, com repercussão nas formas de exercício da atividade administrativa e as garantias da cidadania.

Os princípios constitucionais sobre a organização administrativa, no que se refere à sua enumeração e conteúdo, são tratados debaixo dos seguintes tópicos:

- 1) Princípio da desburocratização;
- 2) Princípio da aproximação dos serviços às populações;
- 3) Princípio da participação dos interessados na gestão da Administração Pública;

43 VIRGA, Pietro. *Libertà Giuridica e Diritti Fondamentali*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1947; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Biblioteca das Ciências do Homem. Edições Afrontamento; Porto, 1996, 5ª edição, pp. 203 e ss; Vide, Carlos Rogel. *Bienes de la Personalidade, Derechos Fundamentales y Libertades Publicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985; ALONSO, Eduardo Serrano. *Derecho de la persona. La Ley-Actualidad*, Madrid, 1996, 2ª edição revista e atualizada; LETE DEL RÍO, José M. *Derecho de la Persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, 3ª edição.

44 LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco. *Aspectos Procesales de la Tutela Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los Derechos Fundamentales (Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo surgida del proceso especial regulado en la Ley 62/1978. Años 1979 a 1991)*. Prólogo de Antonio Jiménez — Blanco Carrilo de Abornoz. Comares Editorial, Granada, 1993; DUARTE, Maria Luísa. *A Cidadania da União e a Responsabilidade dos Estados por Violação do Direito Comunitário*, LEX. Edições Jurídicas, Lisboa, 1994; MELLO, Celso A. *Responsabilidade Internacional do Estado*, Renovar, Rio de Janeiro, 1995; idem, *Direito Internacional Americano. Estudo sobre a Constituição de um Direito para a Integração Econômica* Renovar, Rio de Janeiro, 1995; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Escopo Editora, Brasília, 1990; CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, RUI DE SANTIAGO, Jaime. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direitos Humanitários, Direito dos Refugiados*, IIDH Có-Edição. Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Comité Internacional da Cruz Vermelha. Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, San José, Costa Rica, Brasília, 1996; EISSEN, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985; VINYOLÉS I CASTELLS, MiguEL *La Adjudicación de los Contratos Públicos. La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normativa comunitaria. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administración Pública de Catalunya*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, 1ª edição; GIMERO FELIU, José Maria *El Control de la Contratacion Publica (Las Normas Comunitarias y su Adaptacion en España)* Prólogo de José Bermejo Vera. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995; CHINCHILLA, Cannem, LOZANO, Blanca DEL SAZ, Silvia. *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Universidad Nacional de Educación à Distancia, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, 1ª edição.

#### 4) Princípio da descentralização.

Esses e outros princípios ampliam as possibilidades da Cidadania efetiva e participativa, possibilitando uma nova era dos direitos, em que se destaca, inclusive a desobediência civil como participação na defesa da Constituição. Ao lado dessas preocupações aprimora-se a elaboração da teoria geral dos direitos humanos, em ordens jurídicas plurais, de eficácia interna e externa,<sup>45</sup> através de garantias reais.

Nas diversas formas de atuação da cidadania, Ronald Dworkin levanta certos problemas que merecem ser destacados:

a) Que deve fazer o cidadão, quando a lei não é clara, permitindo que faça algo, que na opinião dos outros, não é permitido?

b) O que é juridicamente adequado, tendo em vista os direitos jurídicos, para o cidadão tomar a atitude correta?

c) Se a lei é duvidosa, não sendo por conseguinte clara, deve-se obedecer às autoridades executivas?

d) Se a lei é duvidosa, o cidadão pode seguir seu próprio caminho, isto é, fazer o que crê que é o mais defensável;

e) Se a lei é duvidosa, o cidadão pode seguir, a seu próprio juízo, o caminho que pensa estar correto, mesmo depois de uma decisão em contrário da suprema instância competente?<sup>46</sup>

Acerca, ainda, dos direitos dos cidadãos, Dworkin, afirma que a linguagem dos direitos domina, atualmente, o debate político dos Estados Unidos. Coloca-se no debate a compreensão de que se o Governo respeita os direitos morais e políticos de seus cidadãos, no que se refere à política exterior, sua política racial, desde que estas vulnerem abertamente tais direitos. As minorias, cujos direitos são violados, têm direito, por sua vez, a violar a lei?

Procura-se definir quais os direitos concretos que têm os cidadãos, em todos os modos e procedimentos que têm em utilizá-los. Entende, com razão, Ronald Dworkin que a Constituição reúne questões jurídicas e morais, enquanto promove a validade

45 AMARAL, Diogo de Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pp. 717 e ss; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus Ltda., Rio de Janeiro, 1992. tradução de Carlos Nelson Coutinho; MOURGEON, Jacques. *Les Droits de L'Homme*. Coleção Que saisje? Presses Universitaires de France, Paris, 1990, 5ª edição; CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1993; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993; CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993; BUERGENTHAL, Thomas. SHELTON, Dinah *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, Publicação do Internacional Institute of Human Rights; Strasbourg, N. P. Engel, Publisher-Kehl. Strasbourg, Arlington, 1995; PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade, Max Limonad, São Paulo, 1996; ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, Editorial Frotta, Madrid, 1994; GARCIA, Maria. *Desobediência Civil. Direito Fundamental*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994; DUVERGER, Maurice. *A Europa dos Cidadãos*. Edições Asa, Lisboa, 1994, 1ª edição.

46 DWORKIN, Ronald. *Civil Disobedience*, em *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1978, pp. 206 e ss.

de uma lei, que deve responder a complexos problemas morais, com o referente ao entendimento de que uma lei deve respeitar a igualdade inerente a todos os homens. Terá o cidadão, em alguma ocasião, o direito moral a infringir uma lei ou um sistema de direitos.<sup>47</sup>

Ao lado da internacionalização dos direitos humanos, destacam-se as garantias jurisdicionais para sua defesa, sendo que elas atingem o espaço judicial europeu, criado pelas perspectivas do sistema de circulação de sentenças, criado pelo Convênio de Bruxelas.

As Cortes Constitucionais surgem como instrumentos básicos para a concretização plena da cidadania, ressaltando nesse sentido a justiça constitucional ou a jurisdição constitucional, a teoria da interpretação, a teoria da argumentação e a natureza do poder dos juízes.<sup>48</sup>

O parâmetro do juízo é considerado como o complexo de regras, em que os atos legislativos ou equivalentes são examinados pela Corte, para decidir sobre a legitimidade constitucional. A Constituição italiana (art. 10, 1<sup>ª</sup>) reconhece, diretamente, a norma de direito internacional, de maneira automática.

Os métodos do Processo Constitucional ou do Direito Processual Constitucional indicam as bases e prospectivas sobre as quais se deve construir a dogmática do mesmo. Primeiramente coloca-se a questão sobre sua posição sistemática, frente a outras disciplinas jurídicas. São consideradas aí uma concepção processualística e uma concepção constitucionalista. Pode-se configurar o Processo Constitucional como parte especial do Direito Processual, que se ocupa de uma jurisdição especial, em matéria constitucional, abrangendo o Direito Processual Civil, Penal, Administrativo e outros. O direito da justiça constitucional vem sendo construído como base

47 DWORKIN, Ronald. *The Rights of Citizens*, em *Taking Rights Seriously* ob. cit., pp. 184 e ss; idem. *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995. 1<sup>ª</sup> edição; HART, H.L.A. *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 2<sup>a</sup> edição; DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 72 e ss; PERRY, Michael J. *Morality Politics & Law*. Oxford, 1988, Oxford University Press. New York. Oxford, 1988; HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1993; HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale*. Sagittari Laterza. Editorial Laterza, a cura di Vince-Enzo Tota, Roma-Bari, 1994; HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. de William Rehg. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, pp. 82 e ss. CONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Administración pública y moral*. Cuadernos Civitas, Editorial Cívitas, S.A. Madrid, 1995, 1<sup>a</sup> edição; HART, H. L. A. *Law, Liberty, and Morality*. Stanford University Press. Stanford California, 1963.

48 CAPPELLETTI, Mauro. *Le Pouvoir des Juges*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille. Economica, Paris, 1990, Tradução de René David e Prefácio de Louis Favoreu. Aricles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé; SORRENTINO, Federico. *Lezioni sulla Giustizia Costituzionale*. raccolte dal dott. Salvatore Mileto, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995; *La Corte Costituzionale e Gli Altri Poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon-B. Caravita-M. Luciani — M. Volpi. G. Giappichelli editore, Torino, 1993; LUTHER, Jörg. *Idee e Storie di Giustizia Costituzionale Nell'Ottocento*. G. Giappichelli editore-Torino, 1990; ANDOLINA, ITALO, Vignera. Giuseppe. *Il Modello Costituzionali del Processo Civil Italiano*, Corso di lezioni. G. Giappichelli Editore, Torino, 1990; *Garantías Jurisdissionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamerica*, Obra Coletiva. Universidade Nacional Autónoma de México, 1992.

no Direito Processual, com assento no modelo do Processo Civil. Lembremos do art. 35 da lei institutiva do *Verfassungsgerichtshaf* austríaco. Peter Häberle usou, pela primeira vez, Direito do Processo da Constituição. G. Zagrebelsky menciona a justiça constitucional como um tipo particular de defesa da Constituição. A existência de um Direito Processual Geral menciona a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* tedesco.<sup>49</sup>

O *stylus iudicandi* da Corte Constitucional italiana elaborou significativa construção, inserido na modalidade interpretativa-argumentativa, levantamentos de:

- a) questões problemáticas de caráter conceitual e terminológico;
- b) o “princípio” na jurisprudência da Corte,
- c) modalidade argumentativa na enunciação do princípio;
- d) a tutela privilegiada do “princípio supremo”;
- e) a “criatividade” da Corte na enunciação do princípio e seus limites;
- f) argumentos de caráter histórico, como limite da expansividade do princípio,
- g) a “relativização” da expansividade do princípio, em um sistema complexo e balanceado;

h) a argumentação principiológica e o argumento fundado sobre a especialidade.

O princípio resulta, normalmente, da formulação de uma proposição de caráter normativo, sendo que com o tempo pode ser reformulado: princípio da laicidade do Estado, da tutela da vida, da liberdade sexual ou da relação previdenciária etc.

O “stylus” da Corte, ao mencionar “princípio” (Teoria Geral dos Princípios) entendo-o como base da argumentação da Corte. Como enunciado normativo tem o caráter de particular generalidade e fundamentalidade. É reconhecido, prevalentemente, por via intuitiva. Essas reflexões conduzem a pontos concretos de interpretação:

- a) a complexa variedade, em um texto articulado e balanceado, da possibilidade argumentativa;
- b) a harmonização decorrente do privilégio interpretativo, reconhecido ao legislador;
- c) corolário do privilégio interpretativo de legislador, em questão de balanceamento;
- d) a conseqüente “relativização” do valor da rigidez constitucional;
- e) o argumento deduzido da “carta” supranacional, da tutela dos direitos humanos, na proposta de lei;
- f) a neutralidade da Corte acerca dos pronunciamentos do legislador sobre a circularidade da relação entre o “valor da Constituição” e o “valor da lei”.<sup>50</sup>

49 HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeb. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Duncker & Humboldt, Berlim, 1996; HESSE, Konrad. *Giuzdzüge des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995; ELY, J. H. *Democracy and Distrust — A theory of judicial review*, Cambridge (Massachussetts) e London, 1980.

50 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdiccion Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984; CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, pp. 199 e ss; MIRANDA, Jorge. *A Actividade do Tribunal Constitucional em 1994*, Separata da Revista “O Direito”, Ano 127, 1995, III — IV; *La Corte Costituzionale Tra Diritto Interno e Diritto Comunitario*. Corte

Ao mesmo tempo, aparecem as reflexões sobre a passagem de controle de legalidade ao controle de constitucionalidade dos atos administrativos, tomando a Constituição como regra de direito. O controle de constitucionalidade não é exclusivamente o controle de constitucionalidade das leis, mas ele ocorre, cada vez mais, na apreciação dos atos administrativos, com prolongamento do controle da legalidade. Na Áustria, a Corte Constitucional é encarregada do controle da constitucionalidade das leis e dos atos regulamentares. Sendo o controle de constitucionalidade das leis de competência exclusiva do juiz constitucional, o controle da constitucionalidade dos atos administrativos ocorre, também, através da competência do juiz administrativo.

O controle de constitucionalidade dos atos administrativos pode ser exercido pelo juiz judiciário. Esse último tem a competência, em certos casos, de apreciar a legalidade e a constitucionalidade dos atos não regulamentares.

O Conselho Constitucional exerce, de maneira excepcional, o controle de constitucionalidade de atos administrativos, quando lhe é reconhecida a competência para apreciar a constitucionalidade de um decreto convocatório dos eleitores, após a dissolução da Assembléia Nacional.

Ocorre uma competência plena e inteira, no que toca a normatividade da Constituição, quando são também examinadas questões como: princípio de legalidade e princípio de constitucionalidade, normas constitucionais e princípios gerais de direito. Todos atos administrativos são susceptíveis de ser submetidos ao controle de constitucionalidade. A regularidade dos atos administrativos é verificável pelo controle de constitucionalidade. Existem atos administrativos cuja regularidade é essencialmente verificada pelo controle de constitucionalidade.<sup>51</sup>

A generalização da justiça constitucional tem propiciado diversos estudos sobre os princípios do controle da constitucionalidade das leis, destacando os instrumentos do controle, com saliência para o que a doutrina utiliza, como conteúdo da expressão “*bloc de constitutionnalité*”.<sup>52</sup>

Nesse sentido, convém ressaltar os estudos sobre o valor das Declarações de Direitos, a importância do preâmbulo, os princípios fundamentais reconhecidos pela Constituição e pelas leis, com destaque para o exame do valor da Constituição. Nesses estudos são ressaltados os aspectos dos tratados, convenções e acordos internacionais. As diferentes técnicas de controle, na doutrina francesa examinada

Costituzionale Atti del Seminario Svoltosi in Roma. Palazzo della consulta Nei Giorni 15 e 16 Ottobre, 1990, DOTT, A. Giuffrè Editore, Milão, 1991; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*, il Mulino, 1988; ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Clefs/Politique Montchrestien, Paris, 1996, 2ª edição; DEHOUSSE, Renand. *La Cour de justice des Communautés européennes*. Clefs/Politique, Montchrestien, Paris, 1994; ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel, Préface de Georges Vedel, Domat Droit Public*, Montchrestien, Paris, 1995, 4ª edição.

51 FAVOREU, Louis. RENOUX Thierry S. *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs, Extrait du répertoire de contentieux administratif Dalloz*, Sirey, Paris, 1992.

52 FAVOREU, Louis. LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Sevilla. Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991, 1ª edição; PINIELLA SORLI, Juan-Sebastián. *Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias*. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994.

sobre as idéias referentes ao controle de constitucionalidade externo e ao controle de constitucionalidade interno. O controle de constitucionalidade interno e material aprecia a violação da Constituição e o “*détournement de pouvoir*”. Para a verificação da constitucionalidade da lei, convém destacar as técnicas de interpretação da lei, o erro manifesto de apreciação e a própria natureza do controle. Convém ressaltar que existe ainda as apreciações em torno da tipologia das decisões, com referências as modalidades particulares de execução das decisões parcial e totalmente invalidadoras de determinados atos. No que se refere a execução, convém ressaltar a execução efetuada pela jurisdição administrativa e a execução da jurisdição judiciária. Nas diversas espécies de desenvolvimento das formas protetoras da cidadania, convém ressaltar o papel que tem a garantia constitucional, no que se refere aos aspectos essenciais de defesa da cidadania, tornando-a concretizada e efetivada.<sup>53</sup>

A cidadania, na multiplicidade de seus desdobramentos, visando o homem integral ou o ser humano, em sua plenitude deve ser compreendida em seu pluralismo. Friedrich Müller, ao tratar do princípio da força normativa da Constituição identifica-a como um dos critérios de interpretação do texto maior. A efetividade dos direitos fundamentais, nessa interpretação, vincula-se ao pressuposto do “*in dubio pro libertate*”. A Corte Constitucional entende que os direitos fundamentais devem ser interpretados *extensivamente*. No caso de dúvida, os direitos fundamentais devem ter aplicação extensiva. Por ocasião da concretização do direito constitucional, convém dar prioridade à solução que ressalta os direitos concernentes à cidadania, ao direito subjetivo e à responsabilidade pública.<sup>54</sup>

Para que efetive, de maneira eficaz, a democracia administrativa, torna necessário caracterizarmos os paradigmas essenciais da Democracia. David Held afirma que existe, no mundo contemporâneo, uma extraordinária diversidade de modelos democráticos, que se assentam em visões tecnocráticas de governo, ao lado de concepções de vida social, caracterizadas pela extensiva participação política, com confrontações entre “*New Right*” e “*New Left*”, tentando descrever os contornos de um e outro modelo. Não deixa de apontar os conflitos entre igualdade e liberdade, que muitas vezes, entende como irreconciliáveis.<sup>55</sup>

Na elaboração dos paradigmas de uma Teoria Democrática contemporânea, vários são os teóricos que procuram configurar seus pressupostos, com novas maneiras de refletir sobre o processo democrático. R.P. Wolf, mencionando o conflito entre a autoridade e autonomia, conclui que o homem é responsável pelos seus atos. Lembrando Kant, afirma que o homem é metafisicamente livre, no sentido de que, de alguma maneira, é capaz de escolher qual atitude deve tomar. Robert A. Dahl,

53 PIZZORUSSO A, Volpe G. SORRENTINO F., Moretti R *Garanzie Costituzionali*, commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano Roma, Bologna, Roma, 1981.

54 MÜLLER, Friedrich *Discours de la Méthode Juridique*. Léviathan. PUF, Presses Universitaires de France, 1996, tradução do alemão de Olivier Jaranjan; DROMI, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Publica*, Editorial Grouz, Madrid, 1986, Prologo de Jose Bermejo Vera.

55 HELD, David. *Models of Democracy*. Stanford University Press. Stanford, California, 1987; idem, *Political Theory Today*. Edited by David Held. Stanford University Press, Stanford, California, 1991.

ao tratar dos dilemas do pluralismo democrático, coloca o dilema da autonomia vs. controle.<sup>56</sup>

A reelaboração da teoria democrática tem sido feita através de preocupações com transições políticas, crise das ideologias e do próprio poder, a reativação temática do Estado de Direito, a continuidade constitucional, as transformações do poder, com discursos sobre a Constituição e até a sua impossibilidade. Ao lado dessas investigações destacam-se referências sobre teoria da moralidade, deontologia e ética, teoria da moral filosófica contemporânea, com implicações que decorrem das comparações entre o universalismo abstrato da ética de Kant e as implicações relativistas, comunitárias e contextualistas, na tradição de Aristóteles e Hegel.<sup>57</sup>

José Luiz Quadros de Magalhães, em sugestiva obra, propõe uma revisão dos estudos constitucionais no Brasil, ao lançar os paradigmas que propiciam o repensar dos temas essenciais da nova institucionalização do Estado brasileiro, com acentuadas propostas de descentralização e da revisão das noções do poder local.<sup>58</sup>

As necessárias reflexões sobre a democracia administrativa precisam dessas reflexões acerca do modelo de regime político concretizado, através de instrumentos jurídicos que melhorem a proteção constitucional dos direitos do homem e da própria governabilidade.

Os controles da administração pública e a processualidade no Direito Administrativo apresentam vasta tipologia, que foram objeto de estudo por parte de Odete Medauar, que examinou os controles internos, controle da administração indireta, controles internos, controle da administração indireta, controles estatais, controle parlamentar, controle do Tribunal de Contas, o controle da administração pelo “Ombudsman” e o controle jurisdicional da administração. A processualidade e o núcleo comum da processualidade mereceram análises detalhadas e de grande importância para a temática desse trabalho.<sup>59</sup>

56 WOLF, R P. *The Conflict between Authority and Autonomy*, em Authority. Edited by Joseph Raz. Readings in Social and Political Theory. New York University Press. New York, 1.99; DAHL, Robert A. *Dilemmas of Pluralista Democracy. Autonomy vs. Control*, New Haven and London. Yale University Press, 1982; idem, *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press. Chicago Press. Chicago and London, 1956; Edited by David Held, *Prospects for Democracy*. North, South, East, West. Stanford University Press Stanford, California, 1993.

57 MORODO, Raúl, *La Transición Política*. Temas clave de la Constitución Espanhola Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1993, 2ª edição. BOBBIO, Norberto. *Las ideologías y el poder en crisis. Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo y tercera fuerza*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988; idem. *As Ideologias e o Poder em Crise*, Editora Polis. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1988; CHEVALIER, Jacques. *L'Etat de droit*. Clefs/Politique. Montchrestien, Paris, 2ª edição; REBUFFA, Giorgio. *La Costituzione Impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Itália, il Mulino/Contemporânea*, 74, Società Editrice il Mulino, Bolonha, 1995; HABERMAS, Jürgen. *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, and London tradução de Ciaron Cronin; HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos I conceptos Fundamentales*, con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho linternacional, Editorial Juricentro, São José, Costa Rica. 1986.

58 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro (Poder Municipal)*, Belo Horizonte, 1996.

59 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo,



Os remédios constitucionais são instrumentos essenciais para a defesa da cidadania, pelo que propiciam, também, o repensar das relações jurídico-administrativas, bem como dos limites principiológicos da anulação dos atos administrativos, por meio das maneiras corretas de interpretação das diversas formas de manifestação dos órgãos componentes da estrutura do Estado,<sup>60</sup> inclusive no que se refere à própria governabilidade. É dentro dessa perspectiva que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da proteção do cidadão, salienta os novos direitos fundamentais de solidariedade e a proteção contra o administrador (os abusos do executivo, os sistemas de proteção judicial, o sistema inglês, o amparo mexicano, o direito brasileiro, o contencioso administrativo, o *Ombudsman*, a Procuratura e o Ministério Público.<sup>61</sup>

José Luiz Quadros de Magalhães, em sugestiva obra, propõe uma revisão dos estudos constitucionais no Brasil, ao lançar os paradigmas no Brasil, ao lançar os paradigmas que propiciam o repensar dos temas essenciais da nova institucionalização do Estado brasileiro, com acentuadas propostas de descentralização e da revisão das noções do poder local.<sup>62</sup>

A eficácia e a eficiência da democracia administrativa dependem do permanente respeito à cidadania. Eduardo García de Enterría, em importante trabalho, destaca três aspectos ligados à temática de nosso estudo: Democracia, Juízes e Controle da Administração. Entende o publicista espanhol que a polêmica sobre o controle judicial da discricionariedade tem grande utilidade para a revisão das doutrinas básicas do Direito Administrativo. Na primeira parte de seu trabalho destaca a relação entre Democracia e Justiça Administrativa. Mencionando Luciano Parejo, Tomás Ramón Fernández e Miguel Sánchez Morón, mostra como esses autores têm dedicado

1993; idem, *Processualidade no Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.993.

<sup>60</sup> OTHON SIDOU, J. M. *Do Mandado de Segurança*. Editora Revista dos Tribunais, RT, São Paulo, 1969, 3ª edição revista e ampliada; idem, "Habeas Data", Mandado de Injunção, "Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Ação Popular. As Garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova Constituição, Forense, Rio de Janeiro, 1989, 3ª edição; FREITAS, Juarez. *Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação do atos administrativos*, em Estudos de Direito Administrativo, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1995, pp. 9 e ss; VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Instrumentos de Defesa da Cidadania na Nova Ordem Constitucional. Controle da Administração Pública*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993; ARAGÃO, J. Guilherme. *A Justiça Administrativa no Brasil*. Cadernos de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1955; FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (Individual e Coletivo)*, Aspectos polêmicos, Malheiros Editores, São Paulo, 1992; BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Fundamentos de Dogmática Constitucional Transformadora, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

<sup>61</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. Editora Saraiva, São Paulo, 1995, pp. 83 e ss; idem *Constituição e Governabilidade. Ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira*, Editora Saraiva, São Paulo, 1995; Caio Tácito de Sá Viana. *Atualidade do Direito Administrativo*. Universidade Federal da Paraíba. Editora Universitária, 1977, p. 13; FREITAS, Juarez. *Do Princípio (la probidade administrativa e de sua efetivação)*. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Secretaria de Documentação e Informação. Secretaria de Edições Técnicas. Separata. Brasília, Ano 23, n. 129). Janeiro/Março, 1996; idem, *A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 1995. pp. 145 e ss.

<sup>62</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro (Poder Municipal)*. Belo Horizonte, 1996.

ao debate que nos preocupa, quando tomamos a proteção jurídica do cidadão, em qualquer das instâncias da atividade administrativa.

Esse trabalho ressalta os pontos essenciais da democracia, mencionando a obra de Hans Kelsen, dando destaque ao prólogo de M. Tropper (*La Démocratie. Sa nature. Sa valeur "Económica"*. Paris, 1988).

Ressalta que a democracia não é um simples procedimento formal da designação dos governantes. Após ressaltar os temas gerais da democracia, da representação política e da liberdade, ressalta o papel dos administradores democráticos, bem como a posição do juiz dentro do estado democrático de direito e as suas funções ante as decisões administrativas no âmbito da discricionariedade e da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>63</sup>

A Administração pública contemporânea, além do destaque dado ao papel da Cidadania, tem apresentado novas formas de defesa dos direitos e interesses individuais, bem como as conseqüências da coletivização do mesmo. As novas formas do atuar administrativo, vem proporcionando outras organizações como a tipologia da Autoridade Administrativa Independente. Esses modos de atuação colocam em discussão alguns aspectos dos assentos constitucionais e das noções dos órgãos de direção política do Governo. Ao mesmo tempo reflete sobre a unidade do executivo e a organização hierárquica do Estado pessoa. A instituição da autoridade independente gerou estudos sobre sua tipologia ou uma classificação decorrente da autoridade, assunto complexo colocado no direito italiano. Esses estudos fazem comparação com o modelo tradicional da administração, com os trabalhos da "Commissione Piga" que consagra o termo "amministrazione indipendente". Essa instituição é examinada ao lado de outros ordenamentos como o francês e os de tradição anglo saxônica, como os do Reino Unido e dos Estados Unidos da América que disciplinam a relação do serviço público e as questões da privatização. A temática da autoridade independente, é examinada em relação ao serviço público e a privatização. Os serviços públicos são prevalentemente gerenciados pelo aparato administrativo, sendo que a autoridade administrativa independente tem como objetivo garantir a correção da ação administrativa. As fontes de uma pluralidade de modelo de gestão, transferidas aos sujeitos públicos ou privados, apresentam instrumentos vários que destacam o problema da eficiência do serviço, que não se assenta apenas no simples processo de privatização dos instrumentos de exercício de certas atividades ou com a privatização da titularidade desta mesma atividade. Discute-se em que consiste o momento publicístico, com as questões de regulação com referências ao *rolling back the State*, no que se refere aos serviços de interesse da coletividade.

Nessa estruturação, surge alguns componentes que indicam a autoridade na qual prevalece a função de garantia dos interesses da coletividade, por atuações que resguardam o complexo ordenamento que tem derivação imediata da Constituição; a autoridade ou agência, com função de regulação administrativa, determinada pelos setores da vida econômica; a autoridade ou organismo, com prevalência de funções

63 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1ª edição, 1995.

administrativas coordenam e vigiam os setores eminentemente técnicos. As diversas conformações da autoridade independente introduziu várias modificações no ordenamento.

A autoridade independente é considerada como nova figura da organização administrativa, reveladora de profundas modificações da estruturação do poder público na Itália.<sup>64</sup>

2 — Justieombudsman — Allmanhetens pressombudsman ou PO. *Fiscalização das atividades da sociedade (imprensa, consumidor, promoções no serviço público, questões judiciais e penitenciárias, abusos do marketing e da propaganda). Ação dos trustes e dos sindicatos. Cláusulas contratuais.*

Giuseppe de Vergottini, ao tratar de Ciência da Comparação e do método comparado, apresenta alguns assuntos para estudo dessa temática. Destaca o *Ombudsman*, procurador, comissário parlamentar ou defensor cívico, de origem escandinava. É órgão de inspeção parlamentar e sobretudo tutelador dos interesses dos cidadãos, no que se refere aos abusos administrativos. É uma instituição sueca, que foi exportada para vários países como a Nova Zelândia, Alemanha e Inglaterra. Pode-se fazer comparação nas maneiras de sua aplicabilidade.<sup>65</sup>

O *Ombudsman* é considerado como personalidade independente, designada, geralmente, por organismo legislativo, encarregado da proteção dos *direitos dos administrados* e de regular os litígios que podem ocorrer entre eles e a administração, conforme os princípios de direito e de equidade. Essa instituição, nascida nos Estados escandinavos, tende a generalizar-se, inclusive aparecendo com outras denominações.

Na França, o *Médiateur*, no sentido geral, é a pessoa que serve de intermediária entre as pessoas, grupos ou Estados, para resolver problemas ou conflitos.

A Lei de 3 de janeiro de 1973, completada por três decretos de 9 de março de 1973 e uma lei orgânica de 11 de julho de 1973, criaram na França sob o nome de *médiateur*, uma instituição, parcialmente inspirada no *Ombudsman* sueco, cuja fun-

64 TORCHIA, Luisa. *Gli Interessi Affidati Alla Cura Delle utorità Independenti. I Garanti delle Regole a cura di Sabino Cassese e Claudio Franchini, Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese.* Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1996, págs. 55 e segs.

65 VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato.* Manual di Scienze Giuridiche. Padova, CEDAM, 1981, p. 7; Di Giovine, A. *L'ombudsman in Italia: competenze e poteri*, em Mortati C (a cura di), *L'Ombudsman (il difensore civico)*, Torino, 1974; VERRIER, P. *Le médiateur*, R.D.P., Paris, 1973; MESCHERIAKOFF, S. *Le médiateur*, Bil. I.I.A.P., 1973, LEGRAND, A. *Médiateur ou ombudsman?* A.J.D.A., 1973; CHAPUISAT, J. *Le médiateur français ou l'ombudsman sacrifié*, Rev. int. sc. adm, n. 2, 1974; MERRIER, J. *La place du médiateur dans la politique de réforme administrative*, RISA, 1981; RIVERO, J. *Vers un droit européen: nouvelles perspectives en droit administratifs*, na Obra Coletiva *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Publicações do Institut Europeu, Florença, 1978; *Competência judicial y Ejecución de Sentencias en Europa.* Tribunal de Justiça de las Comunidades Europeas. Aranjadi, Editorial, Pamplona, 1993.

ção essencial é acolher as reclamações dos administrados e tentar demover os comportamentos da administração, quando são funcional e judicialmente incorretos ou simplesmente defeituosos. A lei de 3 de janeiro de 1973 foi modificada pelas leis de 24 de dezembro de 1976, 13 de janeiro de 1989 e 6 de fevereiro de 1992.<sup>66</sup>

Em direito internacional, pessoas intervêm, em um conflito, de acordo com as partes, propondo-lhes uma solução de pendências. Na França essa personalidade é nomeada por 6 (seis) anos pelo governo, com o mandato irrevogável e não renovável. Tem como objetivo a solução de negócios, cujas decisões não são encontradas pelas vias normais administrativas ou contenciosas.

O Mediador recebe reclamações dos indivíduos contra o mau funcionamento de organismos investidos de missões, no serviço público. Escolhido pelos membros do Parlamento, por iniciativa dos cidadãos ou de seu próprio chefe, ele faz *recomendações* às autoridades competentes para superar as dificuldades ou apresenta proposições para melhoria do serviço. Ele redige, anualmente, um relatório de suas atividades, remetido ao Presidente da República, ao parlamento, sendo o mesmo publicado.

M. Antoine Pinay foi designado como *Médiateur* em 1973, substituído em junho de 1974 por M. Aimé Paquet, que teve como sucessor, em 1980, M. Robert Fabre.

A doutrina francesa, trabalhando o termo *mediação*, como modo de solução pacífica dos conflitos caracterizados pela intervenção de um terceiro, tem lembrado as funções do *Médiateur*. Refere-se também a modos de solução pacífica dos conflitos, sem o caráter de obrigatoriedade (*Bons offices, Enquête. Conciliation, Mediation*), como mecanismos diferenciados da arbitragem e das decisões judiciárias. *A arbitragem é um procedimento não jurisdicional de solução conflitos, através dos recursos a um ou vários terceiros, livremente escolhidos e aceitos.*<sup>67</sup>

O instituto teve grande repercussão no Direito Comparado, sendo adotado pela Nova Zelândia (*Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act*), Austrália, Canadá, França, Portugal (Provedor de Justiça), Espanha (Defensor do Povo).<sup>68</sup>

Em Portugal, o Provedor de Justiça teve tratamento constitucional (art. 23º, § 3º), reconhecendo-se o direito de queixa ao mesmo. Diversos deveres fundamentais tiveram acento constitucional, como o dever de depor em inquéritos parlamentares e perante o Provedor de Justiça. O constitucionalismo português chega a denominá-

66 LAUBADÈRE, André de. VENEZIA, Jean-Claude. GAUDEMET, Yves *Traité de Droit Administratif*. Tomo 1, L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992.

67 FIUZA, César, *Teoria Geral da Arbitragem*. Del Rey, Belo Horizonte, 1995; *Em Direito Internacional Publico destaca-se Acte Général arbitrage. Cour Permanente d'arbitrage*, elaborado em 1928 pela IX Assembléia da Sociedade das Nações Unidas, que propôs regular pacificamente os litígios, de conformidade com três procedimentos (a conciliação, a decisão judiciária e a arbitragem por um Tribunal especial de cinco membros, para solução de litígios de ordem política espécie de um procedimento especial). O ato geral de arbitragem foi revisto, em 1949, pela Assembléia Geral das Nações Unidas; MOTULSKI, H. *La nature de l'arbitrage*, em E'crits, Dalloz, Paris, 1971, T. II.

68 ALVES, Fernando Correia. *Ombudsman. O Provedor de Justiça* (Coimbra, 1979); *ao Provedor de Justiça*. Secretaria de Estado da Comunicação Social. Direção Geral da Divulgação, Lisboa, 1978.

los de deveres fundamentais extraconstitucionais. Nos termos do art. 23 da Constituição Portuguesa e da Lei n. 9/91, de 09-04 do Estatuto do Provedor de Justiça, está previsto:

1. Os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios graciosos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.

3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembléia da República.

4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.<sup>69</sup>

Vários trabalhos têm-se dedicado ao estudo dos meios tradicionais de controle da atividade administrativa, realçando sua insuficiência. Os juristas procuram destacar e classificar os sistemas de controle. O controle administrativo, com base na estrutura hierarquizada dos órgãos administrativos; o controle judiciário, com a apreciação de recursos e ações, o controle político, exercido pelo poder legislativo sobre o poder executivo, nem sempre acomodam todas as maneiras de controle do Cidadão, para se valer perante a Administração pública. Para a defesa de direitos e interesses legítimos são necessários meios eficazes para conter a variada ação administrativa, em seus limites legais.<sup>70</sup>

O controle interno e o controle externo ocorrem pelo reexame dos atos de um ente administrativo por outro ente, para verificação da conformidade de seus atos com os padrões da legalidade. Os controles externos da atividade administrativa ocorrem através de órgãos externos à Administração.

Diversas são as experiências do *Ombudsman*, sendo que o instituto teve origem na Suécia, em 1809. Etimologicamente é tido como sinônimo de procurador, mandatário, representante ou delegado.

Inicialmente, as ilegalidades e os abusos da Administração Civil e Militar eram controladas por apenas um *Ombudsman*.

Em 1915, na Suécia, criou-se o *Ombudsman* específico para controlar a atividade dos serviços de Defesa, aparecem o *Justitieombudsman* (JO), para Administração Civil e o *Militieombudsman* (MO), para assuntos militares. A Finlândia (*Riksdagens Justitieombudsman*), a Diilamarca (*Folketingets Ombudsmand*) e a Noruega (*Sivil Ombudsman for forvaltningen*) seguiram o primeiro exemplo, isto é, da Suécia.

Mas tarde a República Federal da Alemanha instituiu o Comissário Parlamentar para as Forças Armadas (*Wehrbeauftragte des Bundestages*).

<sup>69</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Atualizada*. 3ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 170.

<sup>70</sup> LEGRAND, André. *L'Ombudsman Scandinave*, Paris, 1970; NAPIONI, Giovanni. *L'Ombudsman*, Milão, 1969 PELLON, Ricardo. *Las Metamorfosis del Ombudsman*, in Documentacion Administrative, n. 161.

O *Ombudsman* é de grande importância para o sistema democrático, caracterizando-se pela sua eficácia e vigor. O *Ombudsman* julga o Governo, bem como as propostas feitas pelo mesmo. Ele fiscaliza todas as atividades da sociedade: imprensa, consumidor, as promoções no serviço público, questões judiciais e penitenciárias, abusos do *marketing*, da propaganda, bem como ação dos trustes, dos sindicatos, defendendo sempre a aplicação da lei e das situações que ela rege. De certa maneira, fiscaliza o cumprimento das leis, para evitar abusos. Dentre as grandes figuras da Suécia destacou-se Ulf Lundvik, chefe dos *Justitieombudsman* (JO) ou do *Ombudsman Parlamento*.

Palavra de origem sueca, etimologicamente significa homem de direito, isto é, a pessoa que tem o direito de representar alguém, o *Justitieombudsman* foi criado em 1810. Em 1809 a Constituição sueca estabeleceu que o Parlamento elegeria uma pessoa para conhecer da lei, com habilidade e integridade excepcional, para supervisionar como representante do Parlamento, o cumprimento de leis e das instituições governamentais suecas. Na Suécia não se restringe apenas 10, existem vários *Ombudsman*. Mesmo significando procurador, compreende-se que o *Ombudsman* indique funcionários responsáveis por processo, negócios jurídicos de empresa ou pessoa. Pode ser dos sindicatos, onde representam os operários de determinada empresa, perante o sindicato ou do sindicato frente as entidades patronas.

Com funções e poderes semelhantes aos do *Justitieombudsman*, existem ali os grandes *Ombudsman* (*Antitruste, Consumidor e Imprensa*).

O *Ombudsman* para a imprensa (*Allmanhetens Pressombudsman* ou PO) tem como finalidade defender pessoas ou instituições atingidas por publicações na imprensa. Fiscaliza o cumprimento da ética jornalística, ao lado da “Comissão de Honra da Imprensa”, criados em 1969. Comitê especial de três membros, um dos quais pertencente ao meio jornalístico, elege o *Ombudsman*. A pessoa, qualquer que seja, considerado que houve violação da ética jornalística, dirige protesto ao PO, sendo que esse poderá encaminhar o caso ao julgamento da Comissão de Honra da Imprensa, com permissão da vítima. A publicação pode gerar reparação dos danos, através de retificação do jornal, em questão ou de uma réplica.

Vários casos de *Ombudsman* da imprensa são verificados anualmente, por meio de iniciativa pessoal, sendo que na maioria dos casos ocorre retificação do noticiário criminal. Sua atuação não se baseia em leis ou decretos. Ao mesmo tempo a Comissão de Honra da Imprensa não é nenhum órgão governamental, mas é formado por representante de editores, de jornalistas e da Associação Sueca de Imprensa. Seu objetivo não é o cumprimento da lei, mas da ética, da autodefesa e da preservação da ética.

O *Konsumentombudsman*, KO, é o *Ombudsman do Consumidor*, nomeado pelo Rei e não pelo Parlamento surgiu na Suécia, em 1971. Visa o cumprimento da *Lei de Marketing* e da *Lei Sobre Cláusulas Contratuais*. Na primeira lei, o consumidor tem toda proteção contra a publicidade enganosa e outras práticas comerciais abusivas. Pode o KO interditar práticas de *marketing* consideradas de má fé, como atuações de efeitos combinados, publicidade intencionalmente errada, bem como certos bônus, ligados à compra de artigos ou serviços.

O *Ombudsman* não atua sobre as leis que organizam o consumo e o mercado. Fiscaliza a publicidade dos meios de comunicação, as informações que constam das embalagens, publicidade distribuída pelos correios. O *Ombudsman* ajuda o consumidor a continuar que vale a pena consumir, porque sua presença corrige os erros do sistema.

A *Lei sobre Cláusulas Contratuais* tem o objetivo de proteger o consumidor de cláusulas eticamente inaceitáveis e que surgem em contratos de vendas, de mercadorias ou serviços.

O *Ombudsman* do consumidor é constituído não só de um homem, mas de vários funcionários. A representação nesse *Ombudsman*, nos seus primeiros anos de existência, com 20 (vinte) pessoas analisou 17 mil casos (oriundos de queixas dos consumidores, resolvidos por meio de acordos amigáveis), sem necessidade de levar ao Tribunal de Práticas do Mercado, nem dos vendedores, além de 138, em tantos casos apreciados.

O *Ombudsman Parlamentário* espalhou-se pelo mundo, com o sentido e a expressão que o termo e sua natureza jurídica têm hoje. Na Suécia existem quatro *Ombudsman da Justiça* (JO), cujo chefe pode ser reeleito. As atividades são divididas em três áreas de competência, com as atividades de seus pares. Advogados, arquivistas, secretárias e datilógrafos compõem o corpo de trabalho do *Ombudsman* da Justiça. Ele é responsável perante o Parlamento, e não junto ao Governo. Fora da atuação fiscalizadora estão os Ministros de Estado, que criaram o fiscal, os membros do Parlamento e dos Conselhos Municipais.

Compete ao *Ombudsman* supervisionar o cumprimento de leis e estatutos, pelo que os funcionários públicos estão sob a fiscalização, desde os prefeitos e até chefes da Igreja, que na Suécia são servidores públicos, bem como empregados em qualquer repartição.

Todo cidadão e empresa têm o direito de dirigir o seu protesto, por carta, ao *Justitieombudsman*. O número de casos estudados é grande, sendo que muitos deles decorreram de iniciativa dos próprios *Ombudsman*. Em seus resultados e soluções ocorreram arquivamento, sem qualquer investigação, por falta de fundamentos.

Dentre os casos apreciados, que atingem a milhares, alguns processos legais decorreram de abuso de autoridade, violação de segredo profissional, tratamento desigual de doentes, favorecendo certo paciente, em hospital, em prejuízo dos outros. Como resultado dessas decisões submetidas ao *Ombudsman* pelo governo, os responsáveis foram amolestados publicamente.

O *Ombudsman* deve trabalhar com a maior integridade e humanidade possível. Na Suécia ele existe devido, também, a um sistema do qual fazem parte tribunais, departamentos, conselhos (Tribunal de Práticas de Mercado, Departamento de Preços e Cartéis e o Conselho de Honra da Imprensa. E uma espécie de representante do povo ou da gente, na Suécia.

O *Ombudsman Antitruste* é nomeado pelo Rei, não pelo Parlamento, como ocorre com o do Consumidor. Fiscaliza o cumprimento da lei que regula a concorrência desejável para o interesse público. A Lei sueca Antitruste não é muito rígida, daí que este *Ombudsman* resolve muitas questões pela negociação, ele foi criado em 1954.

O Comissário Parlamentar para a administração (PCA), no Reino Unido, deve combater as injustiças que ocorrem na atividade administrativa. Ele atua na hipótese em que a ação ou omissão da Administração é inspirada em vontade arbitrária, parcialidade, negligência, demoras injustificadas, incapacidade ou irregularidades formais.

O Comissário Parlamentar para Administração não se pronuncia sobre a oportunidade de uma decisão, mas apenas no que se refere à competência, deve impedir faltas ou abusos, para poder intervir. Não pode criticar uma medida que lhe pareça inquietante ou desrazoável, se nenhuma falta pode ser apontada na decisão ou no procedimento que tenha tomado.

Como o PCA, o *Ombudsman* sueco deve combater as injustiças contidas pela administração, mas as intervenções não estão limitadas por aquelas do PCA, ele pode pronunciar-se sobre a oportunidade. Aponta ilegalidades e injustiças, atos anormais ou irracionais. O *Ombudsman* intervém quando entende que certas práticas ou rotinas são inadequadas do ponto de vista do interesse público. Se o *Ombudsman* interessa-se pelo essencial, aos mesmos defeitos vistos pelo PCA, ele é mais livre nas intervenções.

Na Suécia, as intervenções ocorrem, desde que a administração não está bem-sucedida. Em 1974, no que concerne à direção nacional do trabalho e os comitês do trabalho, decidiu sobre a criação de empresas.

É possível reduzir os erros da administração, por meio da formação, da informação e do controle. A Administração pública deve ser dinâmica, refletindo a realidade da sociedade. Necessita evitar retardamentos inaceitáveis (*justice delayed is justice denied*), levando em conta as diversas maneiras e mecanismo de concretização de uma cidadania efetiva, que deverá estar acima de qualquer forma arbitrária de agir.