O ENRIQUECIMENTO INJUSTO COMO PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO*

1. *Origens e fundamentos da teoria do enriquecimento injusto.* 2. *O enriquecimento injusto ou enriquecimento sem causa, como fonte de obrigações da Administração.* 3. *O enriquecimento injusto da Administração Pública e a importância dos pressupostos constitucionais dos mecanismos controladores de suas atividades.*

1. *Origens e fundamentos da teoria do enriquecimento injusto*

A teoria do enriquecimento injusto é encontrada em texto do Digesto, atribuído a Pomponius (Lib. L, Tit. XVII, fra. 206), que dizia: *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.*[1] (*Por direito da natureza é justo que ninguém se enriqueça com prejuízo e injúria de outrem*).

Os jurisconsultos romanos apresentavam fórmulas gerais, para mostrar quando

1 BONFANTE. *Derecho romano,* 1929, trad. esp.; PICAZO, Diez. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Madrid, 1970; MOLA, Rovira. *Voz enriquecimiento,* Nueva Enciclopedia Jurídica, Leix; ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. *El enriquecimiento sin causa,* Granada, 1989; LACRUZ BERDEJO, J. L. *Notas sobre el enriquecimento sin causa,* Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 1969; PASSERIN, *D'Entreves. Il negozio giuridico,* Turim, 1934; GROSSO, *Giuseppe. Il Sistema Romano dei Contrati,* G. Giappichelli — Editore, Turim, 1950, 2ª edição; SUÁREZ, *Ursicino Alvarez. El Negocio Jurídico en Derecho Romano,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano,* Prefácio do Prof. San Tiago Dantas. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1954, 2ª edição, pp. 383 e ss; AZEVEDO, *Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência. Validade* e *Eficácia.* Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, ARAÚJO, *Edmir Netto de. Do negócio jurídico administrativo,* Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

* Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (Doutorado e Mestrado). Professor Titular da UFMG. Livre-Docente em Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Direito Político. Doutor em Direito. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Prêmio Pontes de Miranda, pelo livro "Teoria Geral do Federalismo". Presidente do CONPEDE — Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

um princípio de obrigação derivava do enriquecimento sem causa: "*Bono et aequo non conveniat,* dizia Pomponius, *aut lucrari aliquem cum dammo alterius, ant damnum sentire per alterius lucrum*".

Apesar desse enunciado geral, o Direito romano, apenas mais tarde, iria conhecer diversas *condictiones,* para caracterizar a situação em que alguém sofresse empobrecimento injusto, podendo reclamar do enriquecido. As *condictiones* eram: *condictio in debiti, condictio causa data causa non secuta, condictio ob turpem ou iniustam causa e condictio sine causa.*

Além dessas *condictiones* existia a *actio in rem verso*, que ocorria contra o *pater familias,* pelas conseqüências surgidas por operações com *alieni iuris* dos dependentes. A mencionada *actio,* que tinha resultados específicos naquele sistema jurídico, generalizou-se no *Direito comum,* com o objetivo de cobrir as situações de enriquecimento "indireto" de uma pessoa, à custa de outra.

O crescimento de *actiones* e *condictiones* teve como conseqüência a divulgação do texto de Pomponius, propiciando o surgimento da teoria do enriquecimento sem causa, desligada da complexa instrumentação processual originária.

No Direito comparado, a regra romana foi recepcionada, sendo que na Espanha aparece nas Partidas: *Ninguno non deve enriqueszer tortizeramente con daño de otro* (7ª lib. XVII, tít. 34).

Entretanto, o Código Civil Espanhol não recolheu o princípio em questão. O mesmo não ocorreu com os Códigos de influência germânica, nos quais a pandeccistica teve forte influência, como revelam Enneccerus, Kipp e Wolp.[2]

Valle Ferreira, no exame do tema, afirma: "O princípio contrário ao enriquecimento sem causa, fundado em velha regra de eqüidade, é universalmente aceito; a circunstância de não se encontrar expressamente consagrado por todas as legislações não impede o seu reconhecimento pela jurisprudência, ao impulso das exigências diárias." (p. 9).

Ao colocar as questões dos antecedentes e sua natureza, destaca os seguintes temas:

a) Teoria da Gestão de Negócios;

b) Teoria da Eqüidade;

c) Teoria de Planiol (o enriquecimento sem causa, pode ser repetido, porque a conservação do mesmo pelo favorecido, constituiria fato ilícito);

d) Teoria do Enriquecimento criado;

e) Teoria Patrimonial.

No que toca às discussões e tentativas, Valle Ferreira ressalta o pensamento de Georges Ripert, demonstrando o sentido e o alcance da lei moral. Estranha que não

2 RIPERT e TEISSEIRE. *Essai d'une théorie de l'enichissement sans cause en droit civil français,* em Rev. Trim. Dr. Civil, 1904; VALLE FERREIRA, José G. *Enriquecimento Sem Causa.* Distribuição da Livraria Oscar Nicolai, Belo Horizonte, Prefácio do Dr. Arnaldo Medeiros da Fonseca; LUZZATO, *Ruggero. Le Obligazione nel Diritto Italiano.* Concetto Dell'Obbligazione — Elementi Dell'Obligazione — I Soggetti — La Prestazione — Il Vincolo Giuridico — La Causa, G. Giappichelli — Editore, Turim, 1950; JOSSERAND, L. *De l'abus des droits.* Paris, 1905; DABIN, J. *La Teoria de la Causa,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 2ª edição.

se encontrava, naquele momento, sancionada a proibição geral do enriquecimento injusto. Seus estudos apreciam a matéria no precedente romano (*actio de in rem verso: actio negotiorum gestorum; condictio; condictio indebiti; condictio ob causam datorum ou da causa data causa non secuta, condictiones ob turpem vel injustam causam; condictio sine causa*), no sistema alemão, no novo direito italiano e o enriquecimento sem causa no direito brasileiro (o sistema do Código, as categorias legais, soluções da jurisprudência, pagamento indevido, caracteres e limitações do enriquecimento sem causa, atribuição patrimonial válida, atualidade do enriquecimento, modos de enriquecimento, empobrecimento, correlação entre enriquecimento e empobrecimento, ausência de causa, aplicação da teoria do enriquecimento, caráter subsidiário da ação).

Esta composição de uma *Teoria Geral do Enriquecimento Sem Causa ou Injusto*, pelo professor Valle Ferreira, é essencial para a compreensão e a elaboração de uma Teoria Geral do Enriquecimento Injusto no Direito Administrativo.[3]

Mesmo assim, a teoria do enriquecimento injusto, na Espanha, pretendeu responder aos questionamentos, referentes aos arbitramentos de uma solução justa e razoável de certas pendências. Deve-se ressaltar que, devido à jurisprudência, foi elevado à categoria de princípio geral do direito.[4] Compreendeu-se que em diversas situações concretas, em que se exigia o emprego da eqüidade, tornava-se necessário aplicá-la, como fonte de caráter subsidiário.

A nova figura de obrigação nascida da lei, isto é, a do enriquecimento sem causa, é estudada ao lado da repetição do indébito e da gestão de negócios. O Código francês, aproveitando-se de jurisprudência amplamente difundida, principalmente na França, intervém para eliminar o desequilíbrio entre patrimônios, sem uma causa que o justifique. Ninguém pode obter vantagem em detrimento do alheio, sem fundamentos jurídicos éticos, razoáveis e proporcionais. O artigo 2.041 do novo Código dizia: quem enriqueceu com dano sobre outra pessoa, sem justa causa, está obrigado a indenizar pela diminuição patrimonial correlativa, nos limites do enriquecimento. A doutrina e a jurisprudência apontam os seguintes requisitos: um dano, o empobrecimento do autor, o qual corresponde um enriquecimento do demandado, correlativo ao empobrecimento do autor, na falta de causa que justifique o enriquecimento, isto é, uma relação de fato que constitua o veículo que permita a transferência desses valores, de um a outro patrimônio.[5]

A restituição do indevido, no dizer de Roberto de Ruggiero, "pertence ao mais amplo conceito do enriquecimento sem causa, pressupondo um pagamento feito quando não existia vínculo ou, ainda que existisse, quando ele não estava isento de exceções ou defesas que podiam ter-lhe paralisado a eficácia".[6]

3 VALLE FERREIRA, José G. *Enriquecimento Sem Causa*, ob. cit.

4 NUÑEZ-LAGOS, R. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.

5 ROTONDI, Mario. *Instituciones de Derecho Privado*. Prólogo, Traducción y Concordancias al Derecho Espanol por Francisco F. Villavicencio, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1955, pp. 376 e 377.

6 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, Volume III, Direito das Obrigações. Direito Hereditário. Edição Saraiva, São Paulo, 1958, tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Portugues pelo Dr. Ary dos Santos, p. 476.

Wahl, citado por Bonnecasse, afirma que não se pode assimilar o enriquecimento sem causa à teoria da imprevisão ("*rebus sic stantibus*"),[7] pois falta naquela a justa causa, que existe na segunda. Nas atividades administrativas que geram o enriquecimento sem causa, não se pode aceitar de pronto o abuso de direito, a força maior, o caso fortuito, a impossibilidade de pagamento, a culpa, o erro, a falta de causa, a lesão (figura jurídica similar à teoria da imprevisão) ou a condição ou cláusula resolutória.

No que se refere aos fundamentos da doutrina do enriquecimento injusto, os Códigos que buscaram inspiração no Código Napoleônico não reconheceram, expressamente, o enriquecimento injusto. A doutrina, para fundamentar a teoria do enriquecimento injusto, levantava como pressupostos: a teoria da causa, a teoria do fato ilícito, a responsabilidade por risco e a equiparação dos efeitos da *negotiorum gestio*.

Saleilles, a propósito da teoria do enriquecimento sem causa, no direito alemão, afirma que toda a teoria da causa, em matéria de atos jurídicos, de certa maneira, surge sob esta forma. Nada se consegue declará-la inútil, desde que não se pode evitar a própria validez do ato, como na Alemanha e no Direito romano, no terreno do enriquecimento injusto. Qualquer que seja o resultado, a que se deva deduzir-se, nulidade ou repetição, é necessário, chegar a definir o que seja falta de causa, que se completa pela noção de causa jurídica.[8]

A teoria da causa ilícita foi exposta por Domat e Pothier,[9] sendo que a mesma é considerada como ofensiva às leis e à moral.

Nas diversas teorias, destacamos a de Ripert, no que se refere à fundamentação do enriquecimento injusto, com base na responsabilidade por risco. Critica-se essa posição, dizendo-se que a responsabilidade se baseia em uma concepção subjetiva ou de culpa, onde a ação por enriquecimento injusto deve fazer abstração à mesma. Através da concepção objetiva, faltaria a relação de causa e efeito, entre o agente provocador do dano, necessária para caracterizar a pretensão por danos, sendo que na hipótese de enriquecimento injusto, a correlação deve estabelecer-se entre o patrimônio do enriquecido e do empobrecido.

Savatier, ao expor a teoria do enriquecimento sem causa, menciona o "*princípio da equivalência*", oportunidade em que realça o papel da eqüidade, na hipótese do enriquecimento injusto. Dessa circunstância, em que se refere ao "quasi-contrato", vincula uma ação especial, isto é, a que se denomina *de in rem verso,* contra o enriquecido.

O reconhecimento jurisprudencial da ação "de in rem verso" está ligado ao

7 FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão.* Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1943; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos.* Edição com referência à Constituição de 1988, após o Projeto do Código de Obrigações de 1965, ao Projeto do Código Civil de 1975 e ao Código de Defesa do Consumidor. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

8 SALEILLES. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand,* Paris, 1911, 3ª edição.

9 POTHIER, R J: *Tratado de Los Contratos,* Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948, 2 vols.

abandono da "*gestion d'affaires*", sendo que pela decisão de 15 de junho de 1892 (D., 95-1-596), a "Chambre de Requêtes", da Corte de Cassação a consagra. Ao tratar dos *fundamentos* da ação, René Savatier mostra que ela se alicerça nos "*princípios gerais do direito*" ou sobre a "*eqüidade*", fonte comum do direito civil.

Quanto às *condições* da ação, coloca em primeiro lugar o enriquecimento, sendo que toda prestação que tem valor pecuniário, deve ser considerada como enriquecimento. No segundo lugar, está o empobrecimento, que como no enriquecimento exige prestação de valor pecuniário. Como terceira condição está a relação de causalidade entre empobrecimento e enriquecimento. A ausência de justa causa é o terceiro elemento, que se configura com a ausência de justificação. A última condição fundamenta-se no caráter subsidiário da ação "de in rem verso". O montante a restituir é outro tema que tem sido objeto de discussão, quando se examina o valor injustamente transferido ao patrimônio de outro.[10]

Com os contratos da economia dirigida, os de adesão, os coletivos e os decorrentes da intervenção do Estado, surgiram novas perpectivas, desde que o Estado passou a estabelecer regras de ordem pública, limitando a liberdade contratual.

O enriquecimento injustificado ou sem causa, como mostra Alain Bénabent, em numerosas hipóteses, decorre de uma operação jurídica que tem como conseqüência o enriquecimento de uma pessoa, com sacrifício de outra. O enriquecimento é a conseqüência de certa operação que, aparentemente, é legítima ou pelo menos justificável, sob o ponto de vista jurídico, desde que há uma causa.

Devido a um concurso de circunstâncias, tal transferência não encontra justificação real no direito. A ação do enriquecimento sem causa, antigamente denominada "de in rem verso", visa compensar a transferência do valor injustificado. Examinando sua fundamentação moral, ressalta-se que não existe qualquer texto legal para promovê-la, por se tratar de uma criação jurisprudencial. Como elementos do enriquecimento sem causa, são levantadas as condições materiais e jurídicas que podem suportá-lo. Como Savatier, Alain Bénabent analisa, também, as condições positivas ou materiais que configuram o enriquecimento injusto, ao tratar do empobrecimento e do enriquecimento, fazendo a correlação dos mesmos. A indenização, por enriquecimento sem causa, parte da data da constatação do enriquecimento, mas o empobrecimento é avaliado pela sua consumação.

As conseqüências do enriquecimento injusto e a responsabilidade apresentam certas diferenças, onde, de acordo com a responsabilidade, a reparação deve alcançar o dano total produzido. No caso do enriquecimento injusto, a restituição só é plena, se levar em conta o valor real do enriquecimento alcançado. Convém ressaltar que o dano proveniente da responsabilidade decorre de ação ou omissão, ao passo que

10 SAVATIER, René. *Cours de Droit Civil.* Tome Deuxième. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, 2ª edição, pp. 99 e ss; idem, *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil D'Aujourd'hui.* Librairie Dalloz, Paris, 1952, 2ª edição; idem, *Du Droit Civil au Droit Public. A Travers Les Personnes, Les Biens et la Responsabilité Civile,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, 2ª edição; RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis,* Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., São Paulo, 1937, tradução da terceira edição francesa por Osório de Oliveira.

o enriquecimento injusto tem como base a redução positiva de um patrimônio, em decorrência do aproveitamento de outro.[11]

A doutrina civilista tem grande significado, para a compreensão e enquadramento dessa figura no Direito Administrativo, sendo que civilística moderna passou por diversas alterações, no que se refere à teoria do enriquecimento injusto.

2. O *enriquecimento injusto ou sem causa como fonte de obrigações da Administração*

O caráter moralmente injustificável do enriquecimento injusto, gerando o dever moral de indenizar ou restituir, tem grande relevância no direito.[12]

Considerado o enriquecimento injusto, como instituição da Teoria Geral do Direito, devemos levar em conta as considerações de ordem geral, apreciadas sob a ótica do Direito administrativo. Como princípio geral do direito, é, também, aplicável no âmbito das relações jurídico-administrativas.

Com o tempo a teoria do enriquecimento injusto passou a ter grande relevo na doutrina administrativa. Pertencente à Teoria Geral do Direito, a teoria do enriquecimento passou a ser aplicada e interpretada no âmbito do Direito Administrativo, procurando apontar características diferenciadas.

A aplicação do enriquecimento injusto, no âmbito das relações administrativas, começou pelo reconhecimento de ações que visavam conter abusos da Administração Pública. Como pressupostos do enriquecimento injusto, podemos entender que: configura-se o enriquecimento, quando surge uma vantagem patrimonial, que pode levar ao aumento do patrimônio (*lucrum emergens*, ao lado da diminuição do patrimônio (*damnum cessans*); ocorre o empobrecimento, representado por um dano, que se constitui em um *damnum emergens* e um *lucrum cessans*, de onde decorre o enriquecimento, sem causa justificadora do mesmo; inexiste preceito legal que exclua a aplicação do enriquecimento sem causa. Consagra a jurisprudência a aplicação de normas de eqüidade e proporcionalidade, proibidoras do enriquecimento à custa de outrem.

A construção do enriquecimento injusto contra a Administração procedeu-se por via da jurisprudência, no âmbito dos processos civis, considerando-se que o

11 BÉNABENT, Alain. *Droit Civil. Les Obligations*, Domat Droit Privé. Montchrestien, Paris, 1995, 5ª edição, pp. 242 e ss; MÚGIA, Santiago Cavanillas. "La Transformacion de la Responsabilidad Civil en *la Jurisprudencia*", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987.

12 JANER y DURÁN, E. *El enriquecimiento sin causa. origen de instituciones administrativas*, IEAL, 1955; FALLA, Garrido. *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II; ENTERRÍA, García de, FERNANDEZ, T. R *Curso de Derecho Administrativo*, II; MARTÍN-RETORTILLO, S. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo*. Sevilla, 1960; JEANNEAU, Benoît. *Les Principes Générau du Droit dans la Jurisprudence Administrativa*, Prefácio de M. Jean Rivero. E'dition du Recueil, Sirey, Paris, pp. 195 e ss e 203; CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1989, 2ª edição.

mesmo não estava amparado por preceitos administrativos, mas do direito comum.[13] Ele opera-se pelo proveito efetivo e real do patrimônio da Administração pública, acarretando prejuízos pecuniários ou não ao administrado. Este empobrecimento gera o direito ao reembolso, necessitando o requisito da existência de uma relação de causalidade. O enriquecimento injusto deve ocorrer em um ambiente em que não haja razão ou justificativa legal para a sua produção. Não deve originar-se de uma obrigação ou causa legal que gere sobre o demandante, prestações assentadas em relações jurídicas concretas, contratuais ou não. Laubadere e Moderne trataram da matéria, sendo que o primeiro afirmou que o enriquecimento injusto pode aplicar-se na execução dos contratos administrativos.

O tema em questão está ligado ao controle da discricionariedade administrativa, merecendo referência o trabalho de García de Enterría (*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*). Convém ressaltar o desenvolvimento dos instrumentos de controle judicial, efetivados pelos princípios jurídicos como os da proporcionalidade, igualdade e confiança legítima. Forsthoff relaciona discricionariedade com interesse público. O exercício do poder discricionário permite uma pluralidade de soluções justas, através de alternativas que sejam igualmente corretas. Distingue-se a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Com a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a lei define uma esfera da realidade, cujos limites não aparecem bem precisos em sua enunciação, mas assenta-se em situações concretas.[14]

A transferência e a participação na Administração Pública são fundamentais, sendo que a noção de discricionariedade é indissociável à questão de seus limites. A construção da discricionariedade tem que partir, necessariamente, do princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. T. R. Fernandez coloca, ainda, que toda decisão não motivada é automaticamente arbitrária.[15]

O exercício da cidadania, em sua plenitude, está vinculado aos métodos de atuação da administração e às garantias dos administrados. É dentro desta perspectiva que a participação do cidadão nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de seus representantes, é um dos direitos fundamentais, garantidos em certas constituições (Constituição espanhola, art. 23.2). A Administração, dirigida pelos órgãos do governo, submetida plenamente à Constituição, à lei e ao direito, deve servir, com objetividade, aos interesses gerais, atuando com eficácia.

13 MARTÍN-RETORTILHO, S. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho administrativo*, Sevilla, 1960; SERNIGNY, D. *D. Droit Public et Administratif Romain ou Institutions Politiques Administratives, Economiques et Sociales de L'Empire Romain.* Ang. Durand, Librairie — E'diterre, Paris, MDCCC LXII, 2 tomos.

14 SOUSA, António Francisco de. "*Conceitos Indeterminados*" *no Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994.

15 FORSTHOF, *Ernest. Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1993, vol. I, 6ª edição; DEBBASCH, Charles. *Institutions et Droit Administratif*, Presses Universitaires, Paris, 1986, 2ª edição; SATTA, *Filippo. Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Pádua, 1980.

Certos doutrinadores fazem opção pela expressão "cidadão", em lugar de "administrado", com destaque para a relevância dos direitos e deveres fundamentais da pessoa, garantidos e impostos pela Constituição.

O regime jurídico da responsabilidade da Administração Pública implica em certos pressupostos em que:

a) A administração, em sua atuação, não pode causar qualquer lesão aos bens ou direitos de um particular;

b) A lesão deve ser antejurídica, não existindo obrigação de suportá-la, em vista do ordenamento;

c) A lesão deve ser imputável à Administração;

d) Existência de conexão causal entre a ação administrativa e a lesão ou prejuízo produzido.[16]

O princípio do enriquecimento sem causa inspira-se na *eqüidade*. A doutrina discute se a eqüidade constitui um princípio geral que implicaria, no reconhecimento tácito da proporcionalidade. O prejuízo grave e anormal suporta, em termos de interesse geral, a procura dos responsáveis diretos. A igualdade intervém como sinônimo de eqüidade, na repartição de encargos entre o conjunto de membros da coletividade. A eqüidade corresponde a uma aplicação da noção de proporcionalidade, desde que os encargos são repartidos entre os cidadãos, "proporcionalmente" à sua faculdade.[17]

A restrição do enriquecimento sem causa, baseado na eqüidade, surge como princípio geral do direito, reconhecido pela jurisprudência administrativa, que ressaltou a noção de equilíbrio e de correlação, nas condições que lhe são impostas. Considera-se que todo enriquecimento que consiste em apropriação por uma outra pessoa origina-se de uma causa. Deve ocorrer o liame de proporcionalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento.[18]

Edmir Netto de Araújo, em substancioso trabalho, tratando "do *negócio jurídico administrativo*", focaliza pontos essenciais para a compreensão da natureza do enriquecimento injusto, por parte da Administração, ao ressaltar temas como: acordo

16 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Eduardo. Sobre el principio de inembargabilidades sus derogaciones* y sus límites constitucionais y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración, em Cívitas. Revista Espanola de Derecho Administrativo, nº 52, 1986; ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, 2 vols., tradução da 3ª ed. italian de 1960; FERNÁNDEZ RODRIGUES, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1994; Coordenação de Benigno Pendas Garcia. Obra Coletiva. *Administraciones Publicas* v Ciudadanos (Estudo sistemático de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1993.

17 DELVOLVÉ, P. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. BDP, Paris, LGDJ, 1969; ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1949, 5ª edição.

18 BOUDET. *La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif*. AJDA, I, 1959; FURET, M.F. *L'enrichissement sans cause dans la jurisprudence administrative*, D., 1967; RIVERO, J. *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Trav. de l'assoc. H. Capitant, Tome XIV, Dalloz, Paris, 1965.

de vontades e contrato; acordo de vontade no direito privado e no direito público; a categoria jurídica do contrato; contratos no direito privado e no direito público; acordos de vontades da Administração; contratos "da Administração" e contratos administrativos; cláusulas exorbitantes ou de prerrogativa; modalidade de contratos administrativos; outros acordos de vontade da administração (contrato de trabalho, contratos de locação, direitos autorais, doação, permuta, compra e venda); acordos de vontade não contratuais, celebrados pelo Estado (convênios administrativos, consórcios e tratados internacionais); protocolo administrativo.

Ao apreciar o negócio jurídico e o ato administrativo complexo, leciona: "*Negócio Jurídico*, portanto, é entendido como declaração de vontade preordenada à produção de conseqüências jurídicas agasalhadas pelo ordenamento, mas precisamente aqueles efeitos que com a declaração transitivada se desejou alcançar, e esse resultado se transforma e se concretiza em uma relação jurídica *nova*, inexistente antes das declarações."[19]

3. O *enriquecimento injusto da Administração Pública e a importância dos pressupostos constitucionais dos mecanismos controladores de suas atividades*

Concebida a Administração Pública, dentro de suas prerrogativas de poder público e do interesse geral, o enriquecimento injusto, proveniente da ação administrativa, passa a ter grande relevo.[20]

A responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por

19 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do Negócio Jurídico Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 153; FALLA, Garrido. *El negocio jurídico del particular en el Derecho administrativo*, RAP, núm. 1; ZAPATA, Jorge Bengolea. *Unificacion de Regimen en las Oblizaciones y Contratos*. Prólogo del Dr. Carlos C. Malagarriga, "Libreria Jurídica" Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1946; CORREIA, Fernando Alves. *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982; TOSHIO, Mukai. *Contratos Públicos. As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Contratadas* (Segundo as Leis nºs 8.666/93 e 8.883/94), Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1995, 1ª edição; RICHER Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*. L.G.D.J. Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, EJA, Paris, 1995.

20 COSCULLUELA MONTANER, L. *Consideraciones sobre el enriquecimento injusto en el Derecho Administrativo*, RAP, num. 84, 1977; BAYLE, G. *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1973; BONET, G. *L'enrichissement sans cause. Droit privé et Droit public*, Paris, 1989; CAEMMERER, E. Von. *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause Revue international de Droit Comparé;* GONZALEZ PEREZ, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo* Madrid, 1983; BRONDI, A. V. *Le publiche amministrazioni e la gestione di affari* Turim, 1985; JANER y DURAN, E. *El enriquecimiento sin causa origen de instituciones administrativas*, Madrid, 1955; GARRIDO FALLA, F. *Las obligaciones administrativas*, Revista de Derecho Privado, outubro, 1960; BERMEJO VERA, J. *Reflexiones en torno al "enriquecimiento sin causa"* en Derecho Administrativo, Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, nº 36.

ação do Estado, por via de ação ou omissão. O dever público de indenizar depende de certas condições: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar em prejuízo econômico e jurídico, material ou moral.

Relacionando responsabilidade e indenização, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, entende que ao estabelecer a Administração as relações jurídicas ou de fato com os administrados, pode a mesma intencionalmente ou não lesionar direitos, ocasionando responsabilidade administrativa ou indenização reparatória.[21]

A Teoria geral da responsabilidade do poder público, elaborada pela jurisprudência administrativa, aplica-se, em princípio, a todas as atividades administrativas, qualquer que seja a pessoa pública ou o respectivo serviço. Mas a doutrina ressalta algumas exceções, apontando os limites da aplicação do direito comum em casos da responsabilidade administrativa, no domínio do executivo. Ocorrem situações em que as pessoas públicas têm sua responsabilidade examinada por tribunais comuns, sob as condições do Direito civil, como os casos das pessoas morais deste segmento do direito.[22]

A *Teoria Geral da Responsabilidade* teve no direito civil sua grande construção doutrinária, entretanto, vamos encontrá-la, quando examinamos a responsabilidade da Administração pública. Carlos Garcia de Oviedo, que trata da doutrina do enri-

21 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Curso de Direito Administrativo. Edição Saraiva São Paulo, 1979, pp. 346 e 351; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito* Administrativo. Malheiros Editores, São Paulo, 1994, 5ª edição, pp. 472 e ss; DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1954, 2 vols.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso* de Direito Administrativo. Malheiros Editores, São Paulo, 1995, 2ª edição; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* Atlas S.A., São Paulo, 1992, 3ª edição, pp. 335 e ss; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo. Nos Termos da Constituição Federal de* 1988, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, pp. 396 e ss; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo. Parte Introdutória. Parte Geral. Parte Especial.* Forense, Rio de Janeiro, 1989, 8ª edição, revista, aumentada e atualizada pela Constituição de 1988, pp. 173 e ss; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de Direito Administrativo.* Editora Lê, Belo Horizonte, 2ª edição, Revista e Atualizada de "Práticas de Direito Administrativo", pp. 212 e ss; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, 16ª edição, pp. 545 e ss; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo. De acordo com a Constituição de* 1988, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1989, 10ª edição pp. 77 e ss; *LAZZARINI, Alvaro. Estudos de Direito Administrativo,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, Escola Paulista da Magistratura. Coletanea Jurídica da Magistratura — 2. Coordenação: Yussef Said Cahali, pp. 417 e ss. *FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário,* Forense, Rio de Janeiro, 1979, 5ª edição; *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Autotutela. Poder de Revisão dos Atos pela Administração.* BDA. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ, São Paulo, Publicação Mensal, Ano XII, nº 4, abril, 1996, pp. 194 e ss.

22 RIVERO, Jean. WALINE, Jean. *Droit Administratif,* Dalloz, Paris, 1996 16ª edição, p 266 e ss; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos,* Livraria Almedina, Coimbra, 1974; CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado.* Editor Borsoi Rio de Janeiro, 1956, Nova Edição Atualizada por José de Aguiar Dias, 2 tomos; DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil,* Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1954, 2 vols.; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem* Culpa, Edição Saraiva, São Paulo, 1974, 2ª edição; BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Teoria & Prática* Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1990, 2ª edição; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982.

quecimento indevido, afirma que o princípio da responsabilidade geral do Estado é moderno e deve sua origem, em primeiro lugar, ao reconhecimento de que se trata de grande princípio da responsabilidade por dano, não apenas no Direito privado, mas, também do Direito público. Afirma que é regra de justiça, de que ninguém pode enriquecer-se as expensas dos demais.

A Administração pública, em seus diversos tipos de atuação, pode prejudicar o cidadão, o contribuinte, ou o patrimônio de outro, pelo que deve reparar os atos ou indenizar, pelos prejuízos causados. A Administração, ao impor ao particular certo sacrifício especial, deve agir dentro de certos limites. Não pode afetar os direitos humanos e a personalidade humana.[23]

O tema, na órbita do Direito Administrativo, gera diversas correlações com a Constituição e a cidadania, ao lado da proteção jurisdicional dos particulares contra as atitudes, pronunciamentos e mecanismos de atuação estatal.[24]

Franck Moderne, em prólogo ao livro de Manuel Rebollo Puig,[25] ressalta a importância do enriquecimento injusto no Direito contemporâneo, que passou a ter destaque na ordem jurídica dos Estados que adotaram o modelo romanista. Aplicado à Administração ou às pessoas públicas, assumiu valor singular, apesar das dificuldades de suas interpretações por parte dos direitos europeus.

As teorias do enriquecimento sem causa desenvolveram-se em um contexto econômico específico, formulado pelo liberalismo, em que a predominância dos valores de ordem patrimonial prevaleciam sobre outros elementos, menos propícios

23 OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho Administrativo.* Vol. I, E I S A, Madrid, 1955 5ª edição, por Enrique Martinez Useros, pp 573 e ss; DUEZ, Paul. DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif,* Librairie Dalloz, Paris, 1952, pp. 419 e ss; WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif,* Recueil Sirey, Paris, pp 576 e ss; WIGNY, Pierre. *Droit Administratif. Principes Genéraux.* E'tablissements *E'mile* Bruylant, Bruxelas, 1953; LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, 5ª edição, pp 118 e ss; MEZEAUD, Henri. MAZEAUD, Leon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile. Délictuelle et Contractuelle,* Librairie Recueil Sirey, Paris, 1947, 4ª edição; SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civil en Droit Français Civil Administratif Profissional Procédural.* Prefácio de Georges Ripert. Conséquences et Aspects Divers de la Responsabilité, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951 2ª edição; MELO, Albertino Daniel de. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem no Direito Francês e Brasileiro,* Forense, Rio, 1972 1ª edição; DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil,* Forense, Rio de Janeiro, 1973 1ª edição; LIMA, Álvaro. *A Responsabilidade Civil pelo fato de Outrem* Forense, Rio de Janeiro, 1973 1ª edição; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil (Doutrina e Jurisprudência),* Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989, 2ª edição; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco* Editora Bernardo Alvares S A, Belo Horizonte, 1961; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil,* Forense, Rio de Janeiro, 1985; OLIVEIRA, Fernando Bastos de. *A Responsabilidade Civil e o Código Civil Brasileiro,* José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1973; MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil,* Coimbra, 1985.

24 JOLIET, R. *La protection jurisdistionnelle des particuliers contre les manquements étatiques,* Revue française de droit administratif, 1994; PONTIER, J. — M. *La subsidiarité en droit administratif,* R.D.P, 1986.

25 PUIG, Manuel Rebollo. *El Enriquccimiento Iniusto de la Administracion Pública.* Prologo de Franck Moderne. Monografias Jurídicas, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, MP.

à avaliação do equilíbrio ou desequilíbrio patrimonial. Sua origem no direito privado gerou vários questionamentos de ordem doutrinária e jurisprudencial, quando se pretendeu aplicá-la à Administração pública. Afirma o prefaciador que na França raros eram os autores de direito público, que, no final do século passado ou princípios do atual, se declararam partidários do tema.[26]

26 MESTRE, Achille. *Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif.* Recueil de l'Académie de legislation de Toulouse, 1913; MICHOUD, León. *De la gestion d'affaires appliquée aux services publics.* Revue général d'administration, II, 1984; BAYLE, G. *L'enrichissement sans cause en droit administratif,* LGDJ, 1973; ALMOSNINO, *L'enrichissment sans cause et son caractere subsidiaire,* Paris, 1931; ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A. *El enriquccimiento sin causa, Granada,* 1989; idem Santiago de Compostela, 1979; AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa.* Saraiva, São Paulo, 1933; ANDREOLI, Giuseppe. *L'ingiustificato arricchimento,* Giuffrè, Milano, 1940; BARBERIS, Mario Ricca. *L'azione d'arricchimento del progetto italo-francese sulle obbligazioni,* Recueil d'études en l'honneur de Fr. Gény, II; DIÁZ BIALET, Agustín. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Romano v la institución en el derecho moderno,* Rev. de la Universidad de Cordoba, 1941; GEROTA, *Démètre G. La théorie de l'Enrichissement sans cause dans le Code civil allemand.* Paris, 1925; GRAZIANL *L'azione di ingiustificato arricchimentov in diritto mod.* em Rivista di Diritto Civile, 1922; *Investigaciones de Seminario — Enriquecimiento sin causa.* Fac. Derecho y Ciencias Soc. B. Aires, 1929; LAGOS, Rafael Nunez. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho espanol.* Reus, Madrid, 1934; MORI-CHECCUCCI, *Urico. L'arricchimento senza causa.* Carlo, Cya, Firenze, 1943; RENARD, Jean. *L'action d'enrichissement sans cause dans le droit francais moderne* Rev. Trim. Dr. Civ., 1920; RICCOBBONO, *Salvatore. La gestione degli affari altrui* e *l'azione di arricchimento nel diritto moderno.* em Riv. Dir. Comm., 1917; ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile,* apud Bonnecase, Supplément, III; VERGNIAUD, Ernest. *L'enrichissement sans cause — Rousseau.* Paris, 1916; BAYLE, G. *L'enrichissement sans cause en droit administratif* Paris, 1973; BERMEJO VERA, J. *Reflexiones en torno al "enriquecimiento sin causa" em Derecho Administrativo",* Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 36, 1º de janeiro de 1970; BONET, G. *L'enrichissement san cause.* Droit privé et Droit public, Paris, 1989; CAEMMERER, L. Von. *Pròblemes fondamentaux de l'earichissement sans cause,* Revue international de droit comparé, 1966; CASTAN TOBEÑAS, J. *Prólogo al libro de R. Núñez-Dagos. El enriquecimiento sin causa en el Derecho español,* Madrid, 1934; CLAVERO AREVALO, F. A doctrina de los principios generales del Derecho. Estudios de Derecho Administrativo; idem RAP, núm. 7, 1952; COSCULLUELA MONTANER, L. *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo,* RAP, núm. 84, 1977; DIEZPICAZO e PONCE DE LEON, L. *La doctrina del enriquicimiento injustificado* em *Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa,* Madrid, 1988; ESCRIBANO COLLADO, P. Recensión al libro de Bayle. L'enrichissement sans cause en Droit *administratif.* REDA, núm. 2, 1974; ESCUDERO MIRALLES, A. *El enriquecimiento injusto en la iurisprudencia social.* Córdoba, 1993; LACRUZ BERDEJO, J. *2. Notas sobre el enriquecimiento sin causa.* Revista de Crítica de Derecho Inmobiliário, 1965; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, Sevilha 1960; MARTINEZ LAFUENTE, A. El enriquecimiento sin causa en Derecho Financiero, Revista Espanhola de Derecho Financeiro, Civitas, núm. 36; MESTRE, Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif, Toulouse, 1914; MESTRE, Gestion d'affaires et *enrichissement sans cause en droit* administratif, Toulouse, 1914, MOISSET DE ESPANES, L. *Notas sobre el enriquecimiento sin causa,* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. LXXXI, set, 1980; MOSQUERA SANCHEZ, L. *La apliçación juurirsprudencial del principio de la prohibicion del enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo local, em Obra Coletiva, Administración local y Administración de Justicia.* Madrid, 1997; NOVOA RIVAS, A. *Incidencias del enriquecimiento injusto en el Direcho Tributário,* Revista de Derecho Privado, novembro, 1973; NUÑEZ-LAGOS, R *El enriguecimiento sin causa en el Derecho español,* Madrid, 1934; RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. *El enriquecimiento sin causa, como fundamento de la responsabilidad internacional. Revista español de Derecho Internacional,* 1982; ROQUES, P. *De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif,* Tese, Montpellier, 1930; SANCHEZ ISAC,

O Conselho de Estado e o juiz comum relutavam em submeter a Administração ao novo direito, quando indagavam sobre como as pessoas públicas podiam ser obrigadas ao cumprimento das conseqüências decorrentes do enriquecimento injusto. Rememora-se uma lei de agosto de 1970, pela qual a Nação deveria pagar aos cidadãos o preço de sacrifícios que eram impostos em nome da utilidade pública. Deveria ela, pagar por estes prejuízos.

Os sacrifícios impostos aos Municípios, em tempo de guerra, suportados por seus habitantes, propiciou o recrudecimento das noções de enriquecimento sem causa e da gestão de negócios, pelo que a matéria tomou corpo na doutrina e, posteriormente, na jurisprudência administrativa. A Corte de Contas, jurisdição financeira tão antiga como o Conselho de Estado, desenvolveu abundante jurisprudência que iria nutrir a teoria da gestão de negócios. Tratando de "obras públicas", os tribunais administrativos, desde a lei de 28, do Ano VIII (1800), contribuíram para sustentar a idéia de que as pessoas públicas não poderiam enriquecer, impunemente, a custa dos contratantes. As coletividades locais, por muito tempo, conservaram no direito francês o estatuto de pessoas privadas, no que os princípios do enriquecimento sem causa puderam ser aplicadas, com base nas disposições do Código Civil.

Salienta Franck Moderne que não existe nos "arrêts" do Conselho de Estado francês uma teoria elaborada do enriquecimento injusto. A mais alta jurisdição administrativa preferiu aceitar, de maneira sutil, os conceitos de "*negotiorum gestio*" ou de "*repetição do indébito*", que permitiriam submeter a Administração a novas obrigações. O direito administrativo da responsabilidade e dos contratos desenvolveu-se com assento no "arrêt Blanco" e as grandes decisões jurisdicionais do princípio do século. Mas tarde o conceito de enriquecimento injusto ou sem causa logrou aprovação na jurisprudência do Conselho de Estado.

Em 1961, com o "arrêt" da Seção de 14 de abril (*Ministre de la Reconstruction C. Societé Sud-Aviation*, o princípio do enriquecimento sem causa foi tido como "*principe général applicable même sans texte*". Manuel Rebollo Puig entende que esta tardia consagração apareceu, acompanhada de uma conexão deliberada com a categoria dos "*quase-contratos*". Mas Franck Moderne compreende que a noção é pouco estimulante, além de entender que esta formulação aproximativa demonstra a insuficiência dos esforços em submeter este direito às pessoas públicas e privadas, mesmo que tenha acarretado novas obrigações para a Administração. A jurisprudência passou a dar destaque às situações em que a Administração beneficiava-se, sem causa, das prestações de uma pessoa privada. Temas como o quase-contrato e o consentimento, este último base do contrato, são retomados.

A noção de uma Administração Pública, onipresente, em um Estado centralista,

J. *El defecto de forma y el enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia contratual. Estudios prácticos sobre contratación local*, Madrid, 1982; FERREIRA, Sergio de Andréa. O Estado e o Dever de Indenizar (Teoria do Risco Administrativo) — Responsabilidade Extracontratuais, BDA, Boletim de Direito Administrativo. Editora NDJ Ltda., São Paulo, Publicação Mensal, Rio, XII nº 5, março, 1996, pp. 251 e ss.

como a França dos séculos XIX e XX, não poderia admitir que se enriquecesse sem seu consentimento ou contra a sua vontade. Havia, no dizer da doutrina, certa debilidade teórica na incorporação do enriquecimento sem causa à categoria dos quase-contratos. Ao mesmo tempo, na doutrina e na jurisprudência espanholas ocorreu maior autonomia, conforme as reflexões de M. Rebollo Puiz. O enriquecimento injusto surge, na Espanha, como fonte autônoma de obrigações, devidamente acompanhadas de ações processuais que asseguram sua efetividade, como "*princípio geral do Direito Administrativo*", cujo alcance excede o restrito quadro dos "quase-contratos". Trata-se de "um princípio geral do ordenamento jurídico", fundado em considerações éticas, de uma espécie de "superprincípio", que transcende às categorias do direito público e de direito privado.[27]

As preocupações em articular o princípio geral do enriquecimento injusto e outros princípios gerais do direito levantam várias polêmicas, referentes as fórmulas conciliatórias dos assuntos envolvidos, inclusive no que se refere à autonomia do Direito administrativo.

Considerado como fonte específica das obrigações, o princípio visa constranger a Administração a restituir, de uma ou outra maneira, mediante recursos apropriados, o que injustamente adquiriu, em detrimento de outro. Objetiva-se restabelecer, dentro do possível, uma situação que não deveria ser alterada. Uma proibição geral, apriorística, de qualquer forma de enriquecimento injusto pode conduzir a dúvidas e dificuldades, que afetam noções como razoabilidade, finalidade, proporcionalidade, eqüidade, justiça e outros valores e princípios.[28]

Nas relações estabelecidas no contrato administrativo, no que toca as relações que daí surgem, quanto à aplicabilidade do enriquecimento injusto, existem diferenças doutrinárias. O direito francês, por exemplo, esforça-se por restringir a força expansiva da noção de enriquecimento sem causa, limitando sua utilização a algumas hipóteses relativamente laterais e globalmente ligadas aos "quase-contratos". De outro lado, entende-se que a ação de enriquecimento sem causa exige que se haja esgotado, previamente, outras possibilidades de obter justiça. Mesmo assim, o direito privado e doutrina civilista francesa, atualmente, estão sensíveis às novas idéias. Questões como o empobrecimento (no caso do enriquecimento sem causa ou na repetição do indébito), a eventual responsabilidade do demandante (na hipótese da gestão de negócios) servem como motivo para apontar soluções restritivas.[29] Não se

27 FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los principios generales del Derecho* y su formulación *constitucional,* Cuadernos Cívitas, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990, 1ª edição.

28 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo.* Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 3ª edição revista, ampliada e atualizada com a Constituição Federal de 1988, pp. 44 e ss; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. "*Princípios Gerais de Direito Administrativo*", Volume I. Introdução, Forense, Rio de Janeiro, 1969, 1ª edição; idem, Volume II. Das Pessoas, Forense, Rio, 1969; MÁRIO, Mazagão. *Curso de Direito Administrativo,* Max Limonad, São Paulo, 3ª edição; TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo,* Saraiva, São Paulo, 1975.

29 PERINET-MARQUET, H. *Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri.* Semaine juridique, I, 1982; LECENE-MARENAND, M. *Le rôle de la fonte dans les quasi-contrats,* Revue trimestrelle de droit civil, 1994; ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia Jueces y Control de la Administracion,* Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995.

pode esquecer o papel da eqüidade, na configuração do enriquecimento injusto, levando-se em conta o conceito decorrente das obrigações e a visão restritiva no direito privado, nem sempre compatível com o Direito administrativo. A noção de enriquecimento não justificado extende-se, atualmente, ao Direito Comunitário, principalmente sob a forma da repetição do indébito. As normas gerais de procedimento passaram a sofrer influência do Direito Comunitário, com formas abertas, através do critério da publicidade. Os poderes públicos, de acordo com o Tribunal Constitucional, estão obrigados ao inexcusável respeito a uma série de princípios e deveres que a Constituição estabelece: princípio da legalidade, proibição da arbitrariedade, objetividade, imparcialidade, igualdade e atuação por meio de procedimentos. Dentre estes princípios, pela sua singularidade, destaca-se o que exige das Administrações Públicas o servir com objetividade aos interesses gerais (art. 103-1 CE).[30]

Manuel Rebollo Puig examina, com grande riqueza doutrinária, o enriquecimento injusto ou sem causa desde o direito privado, para admití-lo como "princípio geral do Direito Administrativo". Para o autor acima nominado, a noção de enriquecimento injusto ou sem causa tem certa tradição no Direito administrativo espanhol, sendo, freqüentemente, usado, atualmente nos Tribunais contencioso-administrativos.

Originária do Direito Civil a figura jurídica que estamos examinando, foi aceita pelo Direito Administrativo. Apesar de estar relacionada com o seu desenvolvimento no direito privado, não se pode fazer uma identificação entre o instituto civil e administrativo.

Diversos pontos são lembrados, como precedentes de uma teoria civilista que está vinculada ao fundamento ético-moral e à construção jurídica, onde a idéia de enriquecimento injusto está ligada a conceitos abstratos de justiça. Na doutrina vamos encontrar, bem como na jurisprudência, freqüentes referências a um princípio geral do direito que proíbe o enriquecimento injusto e uma ação que leva à apresentação de uma pretensão restituitória do empobrecido. O enriquecimento injusto assenta-se na proibição de resultados, gerando ações restituitórias de enriquecimento. Temas como a cobrança do indevido, responsabilidade extracontratual ou aquilina, contratos, são vistos à luz dos requisitos da ação, em que se situa o enriquecimento e o correlativo empobrecimento.

A extensão da restituição devida por enriquecimento sem causa, gerada pela obrigação restituitória, leva à indagação de seu conteúdo e alcance.

30 MOLINA, José Antônio Moreno. *Contratos públicos: Derecho comunitario* v Derecho español, McGraw-Hil, Madrid, 1996; PAREJO ALFONSO, L. *Objeto. ámbito de aplicación y* principios *aenerales de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones publicas y* el procedimiento *administrativo común*". em Obra Coletiva, *La nueva Ley de régimen Jurídico de las Administraciones públicas y* del procedimiento administrativo comum, Direção de Leguina Villa e Sánchez Morón, Tecnos, Madrid, 1993; FELIU, José Maria Gimeno. *El Control de la Contratacion Publica (Las Normas Comunitarias* v su Adaptacion en España), Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995, Primeira Edição; VINYOLES I CASTELLS, Miguel. *La Adjudication de los Contratos Publicos. La nueva ley de Contratos de las Administraciones Públicas* y normativa comunitaria, Generalitat de Catalunya. Escola d'Administración Pública de Catalunya. Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995, Primeira Edição.

Com o tempo o Direito Administrativo passou a aceitar as formulações em torno do enriquecimento injusto ou seu causa. Diversas discussões procuram levantar questões sobre o papel atribuído pelo ordenamento administrativo a esta noção, com destaque na determinação de seu regime jurídico.

Manuel Rebollo Puig, em uma perspectiva mais abstrata, procura indagar se o enriquecimento injusto é acolhido como princípio geral do Direito administrativo ou é a aplicação de um princípio do Direito Civil, em novo setor do direito: trata-se de um princípio geral ou de um princípio comum a todo direito e idêntico em todas situações.

No Direito Administrativo italiano, como ressalta Manuel Rebollo Puig, o processo é descrito em relação com a gestão de negócios alheios ou a "*actio negotiorum gestorum contraria*", que se efetiva para recuperar, perante o "*dominus negotti*", os gastos realizados. Consagrou-se a ação do gestor contra a Administração. Aceitava-se a "*negotiorum gestio*" administrativa[31], inclusive no que toca a ação de enriquecimento, admitida contra a Administração. Ao tratar da evolução do instituto no Direito Administrativo, Manuel Rebollo Puig aponta as posições assumidas na Itália, por parte de Santi Romano, Orlando, Zanobini, Vitta, Sandulli. A consolidação e aceitação no Direito administrativo do enriquecimento sem causa ocorreu, também, na França e na doutrina administrativista alemã. A jurisprudência contencioso-administrativa espanhola, inicialmente, foi contrária à aplicação do enriquecimento injusto.

As dificuldades da aceitação do enriquecimento sem causa, no Direito Administrativo, são amplamente analisados pela doutrina. Entretanto, tendo em vista o valor da justiça material e a eqüidade no Direito Administrativo, entende-se que o mesmo tem, neste segmento jurídico, papel mais destacado que no Direito civil.

A luta contra o enriquecimento administrativo, moralmente reprovável,[32] enca-

31 BRONDI, A. V. *Le publiche amministrazioni e la gestione di affari.* Turim, 1985; CAPACCIOLILI, E. *La gestione di affari in Diritto Amministrativo,* Padua, 1956; ZANOBINI, G. *Corso di Diritto Amministrativo,* vol. I, Milão, 1958, 8ª ed.; VITTA, C. *Diritto Amministrativo,* Turim, 1955, 4ª edição; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da Competência Administrativa. Oriens Constitucionais e Fundamentos Jurídicos.* Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977; FOIX, Montserrat Cuchillo. *Jueces* v administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdicional de la actuación *administrativa).* Editorial Civitas, Madrid, 1996.

32 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Administración pública y moral.* Cuadernos Civitas. Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995, 1ª edição, SIMMONS, A. John. *Moral Principles and Political Obligations.* Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1981; HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale,* tradução de Vinci-Enzo Tota, Editori Laterza, Roma, 1994; idem, *Escritos sobre moralidad* y eticidad. Ediciones Paidós. I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991, 1ª edição, Pensamiento Contemporâneo 17, Introducción de Manuel Jiménez Redondo; DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político.* Introducción de Fernando Vallespín. Paidós I.C.E./U.A.B. — Universidade Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1993, 1ª edição, Ediciones Paidós. Pensamento Contemporâneo — 29; APEL, Karl-Otto. *Teoría de la verdad* y ética del discurso. Ediciones Paidós. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1995, Introducción de Adela Cortina; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Do Princípio da Moralidade Administrativa,* 2º Curso Município e Tribunal de Contas 30 de ago. a 03 de set. de 1993, Belo Horizonte, BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa.* BDA, Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ Ltda., Publicação Mensal. São Paulo, Ano XII, n. 2, fevereiro, 1996, pp. 62 e ss.

minha as discussões para o enriquecimento injusto e a justiça material, nos contratos administrativos, no que toca equivalência das prestações e preço justo. A teoria da equivalência ou do equilíbrio econômico no contrato administrativo é peça central de sua regulação e fonte de numerosas técnicas que têm como objetivo sua manutenção. As exposições entendem que as diferenças entre o Direito Administrativo e o Direito civil são de fundo, pelo que a exigência de que os contratos sejam objetivamente juntos, no Direito civil assentam-se na autonomia da vontade, na imutabilidade dos contratos e na segurança jurídica. No Direito administrativo nem a liberdade de pactos, incondicionada autonomia da vontade, nem a imutabilidade dos "contratus lex", nem uma justiça puramente formal são princípios válidos para uma interpretação extensiva. É um contrato regulamentado, mutável que aspira ser objetivamente justo.

Existem previsões normativas expressas, para evitar o enriquecimento injusto da Administração. A doutrina aponta regulações que permitem ao administrado reclamar da Administração valores que justificam a idéia do enriquecimento sem causa. Para Manuel Rebollo Puig vários argumentos, de ordem jurisprudencial e doutrinária, consagram a proibição do enriquecimento injusto como princípio geral do direito, sendo o mesmo dotado de virtualidade para limitar o poder regulamentar.

No que se refere à autonomia e o particularismo do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, parte-se da compreensão de que é um princípio geral do direito que tem plena eficácia no Direito administrativo.

O Direito Administrativo é considerado como o direito "comum" das Administrações públicas, circunstância que lhe dá a característica de um "sistema jurídico autônomo", com capacidade de superar suas próprias lacunas, dentro de uma metodologia interdisciplinar.

As configurações do enriquecimento injusto no Direito Administrativo têm grande importância na interpretação e aplicação deste ramo do direito, sendo que constitui critério para compreensão dos contratos administrativos. Examina-se, nesta oportunidade, o equilíbrio das prestações ante a modificação das circunstâncias, como: o risco imprevisível e a proibição do enriquecimento injusto; dificuldades ou sujeições imprevistas, perante o enriquecimento injusto; atualização dos preços fundados no enriquecimento injusto; o erro de cálculo.

O enriquecimento sem causa é visto como fonte de obrigações da Administração, daí a necessidade em se apreciar seus caracteres gerais, através da configuração dos pressupostos da ação do enriquecimento contra a Administração pública. A Administração pode decidir o que é conveniente aos interesses gerais, examinado a escassez de recurso, estabelecendo prioridade, com certa margem de discricionariedade.

As imprecisões sobre o enriquecimento e o correlativo empobrecimento leva-nos às dificuldades sobre a distinção nítida entre enriquecimento sem causa e gestão de negócios, cobranças do indevido e responsabilidade da Administração, pelo cumprimento de suas obrigações. A Administração está obrigada a restituir todo seu enriquecimento, nos limites do efetivo empobrecimento do autor.

O prazo de prescrição para ação de enriquecimento contra a Administração, assenta-se na genérica ação de responsabilidade extracontratual.

Ao lado da doutrina do enriquecimento sem causa no Direito Administrativo, surge a gestão de negócios, onde a Administração aparece como: gestora de negócios de particulares; gestora de assunto da coletividade, gestora de assuntos de outra administração.

Dentro dessa compreensão surge questionamentos sobre a confusão e distinção da gestão de negócios e o enriquecimento sem causa da Administração.

A restituição do indébito é examinada ao lado do enriquecimento sem causa da Administração, com a generalizada aceitação da "*condictio indebiti*" no direito público, sendo que a temática está vinculada ao regime de tributos e de outros ingressos.

A devolução do que foi cobrado indevidamente e a revisão dos atos administrativos, aparece na doutrina e na jurisprudência, com grande realce.

A responsabilidade extracontratual por danos, o enriquecimento sem causa, ao lado da responsabilidade patrimonial da Administração e os contratos administrativos geraram distinções importantes no Direito Administrativo, com destaque para o conteúdo das obrigações administrativas de restituição do enriquecimento e a indenização pelos danos causados pelos serviços públicos. Quando ocorre o dano, supõe-se o enriquecimento da Administração, tendo em vista o prejuízo do administrado.[33]

As funções e modalidades da ação de enriquecimento no Direito Administrativo, vincula-se às condições da prestação e dos contratos que não tenham sido validamente concluídos: enriquecimento por prestações realizadas, em conjunto de contratos inválidos; nulidade ou anulabilidade do contrato; igualdade de conseqüências ante o enriquecimento injusto; restituição do enriquecimento em casos em que não cabe a devolução "*in natura*"; retroatividade dos efeitos do contrato inválido; consolidação dos efeitos contratuais particularmente, em atenção a boa fé do empobrecido.

Desde que a Administração dá causa à mobilidade do contrato, procura-se configurar o enriquecimento e a responsabilidade, destacando-se, ainda, a responsabilidade pessoal das autoridades que deram origem a contratos irregulares e o enriquecimento injusto da Administração.

Pode ocorrer o enriquecimento por prestações de contratos não concluídos ou já extintos, possibilitando o enriquecimento da Administração por prestações contratuais anteriores à perfeição do contrato ou à própria extinção do contrato.

O enriquecimento sem causa da Administração pode ocorrer, também, por meio de obrigações do contratante, superiores ao que estava determinado. O contratante realiza em favor da Administração prestações superiores e mais custosas, do que as que foram pactuadas. É o fenômeno da "extralimitação contratual", por meio de prestações superiores ao que foi pactuado.

Várias são as formas do enriquecimento sem causa por parte da Administração pública, decorrentes de sua atuação, originárias de fundamentos contratuais e extracontratuais. Torna-se, cada vez mais, necessário completar a elaboração doutrinária

33 SANVENERO, V. *L'azzione di arrichimento nel Dirito publico,* Rivista di Diritto Pubblico, 1929; LOMBARDI *L'Amministrazione pubblica e il divieto d'arrichimento senza causa,* cur Studi in Onore Cammeo, 1933, vol. II.

do instituto, para que se possa romper com os abusos da Administração pública, frente aos administrados ou aos cidadãos.

As diversas atividades estatais, com o fenômeno do intervencionismo administrativo na economia, geraram várias incidências no sistema jurídico, seja do ponto de vista metodológico ou dogmático. No momento em que o Estado liberal abandonava seu comportamento abstencionista e iniciava as primeiras intervenções econômicas e sociais, surgiu novo perfil do Estado, com o crescimento de tarefas que multiplicam seu relacionamento com os cidadãos, com as empresas e a sociedade em geral, motivando, cada vez mais, a compreensão de todas as formas de agir da Administração, com a ampliação de novas metodologias de controle.[34]

As fases da economia dirigista, o crescimento das formas de atuação administrativa e os novos conceitos de ordem pública econômica, contribuíram para diversificar as modulações e inflexões que repercutiram no campo jundico. Ao lado dessas tendências, o movimento nacionalizador, das primeiras atividades empresariais do Estado e as empresas públicas, geraram novos conceitos que procuravam atender a realidade econômica. O crescimento das atividades econômicas públicas e privadas contribuiu para uma nova Teoria do Serviço Público, devido os avanços da Planificação econômica, gerando uma espécie de pacto de não agressão entre o setor público e o privado,[35] com descrições sobre os antecedentes e fundamentos ideológicos do

34 FARJAT, G. *Droit Economique, PUF,* Paris, 1971, LAUBADERE, A. de. *Droit public economique,* Dalloz, Paris, 1976, 2ª edição; DEBBASCH, Ch. *Le droit administratif face a l'evolution de l'administration francaise,* em "Melanges Offerts a M. Waline", tomo II, Paris, 1974; SATTA, F. Princípio di legalitá e pubblica amministrazione nello stato democratico, Padova, 1969; RIPPERT, G *L'ordre economique et liberté contractuelle,* Melanges, Geny, 1934, t. 2; FARJAT, G. *L'ordre Dublique economique.* LGDJ, Paris, 1963; LEMOYNE DE FORGES, P. *Ordre publique et règlementation des princ.* Revue Trimestreille de Droit Commercial, num. 3, julho/agosto, 1976; DEBBASCH:, Ch. *L'Administration au pouvoir,* Calmon-Levy, Paris, 1969; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos. Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1991; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Motivação e Controle do Ato Administrativo, Del Rey, Belo Horizonte, 1992; LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial.* Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo — 10, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981; MEDAUAR. *Da Retroatividade do Ato Administrativo.* Editora Max Limonard Ltda., São Paulo, 1986; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, 2ª edição; VAZ CESQUINHO, Maria Cuervo Silva e. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979; *AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Extinção do Ato Administrativo.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978; CRETELLA JÚNIOR, Jose. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder,* Forense, Rio de Janeiro, 1978; OLIVERA, Régis Fernandes de. *Delegação Administrativa.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, REALÉ, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo,* Forense, Rio, 1968, 1ª edição; BRAUD, Philippe. *La Nation de Liberté Publique en Droit Francais,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968; DEMICHEL, André. *Le Controle de L'E'tat sur les Organismes Privés. Essai D'une Générale de Droit et de Jurisprudence,* Paris, 1960, 2 volumes.

35 ZUELI, F. *Servici pubblici e attivita imprenditore,* Giuffrè, Milão, 1973; CHEVALLIER, J. *Le* serviçe public PUB, 1971; RIVERO, *Hauriou et l'avenement de la notion de service publice.* em Melange Mestre; SFEZ, L *Essai sur la contribution du doven Hauriou au droit administratif français* LGDJ, Paris, 1966; MANZANEDO MATEOS, J. A. *Servicio publico: aproximacion a una linea evolutiva,* em Estudios en homenaje al profesor López Rodó, Madrid, 1972, vol. II; PISIERKOUCHNER E. *Le service public dans la théorie de l'etat de Leon Duquit,* Paris, 1972; SÁ VIANA, Caio Tácito. *Atualidade do Direito Administrativo.* Universidade Federal da Paraíba. Editora Universitária, 1977.

serviço público. Ressalte-se a pluralidade de seus significados, em vista das distintas perspectivas metodológicas. Duguit transforma o conceito de serviço público em um conceito ideológico e descritivo da metamorfose do Direito e do Estado. Jèze, com sua visão técnico jurídica da articulação do serviço público, como regime especial administrativo e competência administrativa, coloca a visão material e jurisprudencial, lançando as bases para a concepção clássica da Escola de Serviço Público, com pleno destaque dos "*princípios gerais do Direito administrativo*".

Ao lado dessas preocupações, as Constituições passam a dar destaque as atividades do Governo e da Administração,[36] com questionamentos sobre os motivos que justificam que a Constituição deva conter normas sobre Administração Pública. Como pressuposto para este crescimento, coloca-se uma conclusão básica: a Constituição deve definir os direitos do cidadão, em confronto com o Estado.[37]

As Constituições contêm disposições relativas ao ordenamento da Administração Pública, que surgem como guias que consubstanciam a responsabilidade dos órgãos políticos, que realizam as funções do governo em todos os seus níveis, inclusive local. Os textos constitucionais estabelecem alguns princípios de organização da Administração pública: reserva-se à lei, o provimento da organização da Administração pública; os órgãos públicos são ordenados segundo disposição de lei, de modo a serem assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração (*il buou andamento e l'imparzialità dell' amministrazione*); nos ordenamentos dos mencionados órgãos são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades próprias dos funcionários; garante-se mecanismos do acesso imparcial nos âmbitos predeterminados de atuação estatal; outro grupo de disposições estabelece a administração pública articulada, respeitando as formas de descentralização, enunciadas aos diversos entes que a compõem.

Várias são as causas que podem levar à invalidade dos procedimentos administrativos (nulidade, irregularidade, anulabilidade, a incompetência, o excesso de poder, a violação da lei e a autotutela (sanatória, anulação de oficio, eficácia *ex tunc*, convalidação, conversão e revogação), inclusive com a possibilidade de, em certos momentos, recuperá-los.

As formas de tutela contra a atividade administrativa seguem os pressupostos da jurisdição comum ampla, com competência universal ou seguem os lineamentos inerentes ao sistema de justiça administrativa (toda esta matéria é objeto do Direito Administrativo e do Direito Processual Administrativo).[38]

36 MARTÍN RETORTILLO, S. *Pressupuestos constitucionales de la función administrativa*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n. 26, maio-agosto, 1958; CATALDI, *I singoli objettivi della pubbl. amm. e il loro metodo di studio*, RDP, 1947.

37 *L'Amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente.* A Cura di Sabino Cassese e Aida Giulia Arabia, Obra Coletiva, Il Mulino, Bolonha, 1993, p. 19; REIS, Palhares Moreira. *A Administração Pública o Novo Direito Constitucional e o Direito Anterior.* Editora Jurid Vellenich Ltda., Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, Separata.

38 CARETTI, Paolo. DE SIERVO, Ugo. *Istituzioni di Diritto Pubblico.* G. Giappichelli Editore, Turim, 1992, pp. 329 e ss; CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico.* Dott. A. Giuffirè Editore, Milão, 1992, pp. 469 e ss; PAULLAIN, Bernard. *La Pratigue Francaise de la Justice Constitutionnelle.* Prefácio

O enriquecimento da Administração, de maneira incorreta, pode ocorrer por intermédio da tributação, no que se refere à sua formulação, alíquota e utilização indevida dos recursos auferidos dos contribuintes. Ricardo Lobo Torres trata da liberdade fiscal, do poder tributário, imunidades fiscais, com destaque para: a isonomia e as proibições de tratamento desigual; as proibições de privilégio odioso; as proibições de discriminação; as imunidades e as proibições de tratamento desigual; proibição de tributos confiscatórios, propiciando completo elenco das formas tributárias, que propiciar o enriquecimento injusto da Administração.[39]

Sacha Calmon Navarro Coelho, ao concluir que o valor do ICMS da última operação a consumidor final, nunca poderá ser superior ao valor real da operação mercantil que lhe der causa, entende que tal situação provocará:

"(a) enriquecimento sem causa do Estado;

(b) empobrecimento ilícito do contribuinte, vítima de tributação confiscatória".[40]

Marcelo Figueiredo, ao ventilar a Probidade Administrativa, faz detalhado exame do "enriquecimento ilícito". A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (DOU de 3.6.92), passou a dispor de sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.[41]

O enriquecimento ilícito foi tratado, anteriormente, na doutrina e na legislação brasileira, por Francisco Bilac Moreira Pinto, com análises sobre a intervenção do Estado na ordem econômica e suas repercussões, ocasião em que menciona a ampliação da área sujeita à corrupção. Faz parte do trabalho o estudo sobre a crise da moralidade política e administrativa nos países latino-americanos, bem como a

de Daniel Mayer. Collection Droit Public Positif, Economica, Presses Universitaires D'Aix Marxeille, Paris, 1990.

39 TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidades e Isonomia*, Renovar, Rio de Janeiro, 1995; TAVARES, José. *A Administração Pública e o Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 123 e ss; MACHADO, Hugo de Brito. *Instrumentos de garantia dos* direitos dos Administrados: Mandado de Segurança Ação Popular e Ação Civil Pública. BDA. Boletim de Direito Administrativo. Editora NDJ Ltda. Publicação Mensal, Ano XIII, n. 1, janeiro, 1997, pp. 29 e ss; CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação Civil Pública.* AIDE Editora, Rio de Janeiro, 1989; MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Ação Civil Pública (ambiente. consumidor. patrimônio cultural) e Tombamento.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986; BEZNOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Civil Pública.* Constituição de 1988. Primeira Leitura — 2 — Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989; MILARE, Édis. Coordenador. Obra Coletiva. Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 — Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995; *Ação Civil Pública.* Coordenador: Édis Milaré. Obra Coletiva. Lei 7.347/85 — Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

40 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *A Substituição Tributária "Para a Frente"*, seu Problema e seus Problemas — Emenda nº 3 e L.C. Nº 87/96 (Art. 10) — As Esperadas Legislações Estaduais e suas Prováveis mas Inócuas Restrições, Repertório IOB de Jurisprudência. RJ 1, nº 1/97, Tributário Constitucional e Administrativo, 1º Janeiro, 10599, 1ª quinzena de janeiro de 1997, pág. 24.

41 MARCELO, Figueiredo. *Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar.* Malheiros Editores, São Paulo, 1995; FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função.* Lei n. 8.429, de junho de 1992, Edipro-Edições Profissionais Ltda., São Paulo, 1994, 1ª edição.

corrupção nos Estados Unidos e no Brasil. Como causas da corrupção menciona as causas circunstânciais e reais da corrupção. Ressalta, ainda, a importância da ética no Estado moderno, ao lado de soluções sugeridas para combater à corrupção. Lembra a fórmula brasileira para estabelecer sanção constitucional para a corrupção política e administrativa (Constituição de 1946, parte final do § 31 do art. 141), que previa a sanção específica para o enriquecimento ilícito dos servidores públicos e dos empregados autárquicos, através do seqüestro e da perda dos respectivos bens e valores.

A Lei n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958, em complemento ao texto constitucional, estabeleceu que: o servidor público, ou dirigente, ou empregado de autarquia, que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito, ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores.[42]

Ao tratar do enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa, esclarece:

"O enriquecimento ilícito de que trata esta lei é instituto autônomo, que não se confunde com o enriquecimento sem causa do direito civil.

Os elementos constitutivos desta última modalidade de locupletamento injustificado são os seguintes:

a) atribuição patrimonial válida;

b) enriquecimento de uma das partes;

c) empobrecimento da outra;

d) correlação entre o enriquecimento e o empobrecimento.[43]

A importância constitucional da Administração pública é ressaltada por Sabino Cassese (*Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni in quali debbono essere queste norme*), quando realça a projeção da boa Administração, em um ambiente constitucional adequado e eficiente,[44] realizando suas tarefas a serviço da coletividade.

A constitucionalização sobre princípios gerais da atividade e do procedimento administrativo é significativa, ocasionando vários parâmetros de controle, limitando o poder discricionário da Administração, para evitar qualquer espécie de lesão.[45] Em vários estudos contemporâneos, consagrados ao poder discricionário, são analisadas as formas modernas de controle, a partir de instrumentos de controle jurisdicional

42 PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*, Forense, Rio, 1960, 1ª edição, p. 133.

43 PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício dos Cargos Públicos*, ob.cit., p. 140.

44 CASSESE, Sabino: "*Il diritto amministrativo — dicono i tedeschi — è diritto costituzionale concretizzato. Questo vuol dire che la Costituzione può garantire il diritto alla salute. ma questo dipenderà, poi dalla bontà dell' organizzazione ospedaliera: che la Costituzione può garantire un giusto processo e assicurare l'espazione delle pene, ma questi dipenderanno, poi, dalla bontà delle amministrazioni giudiziaria e penitenziaria; che la Costituzione puo garantire il diritto all'istruzione. ma questo dipenderà dalla efficacia dell'ordinamento scolastico*" (*em L'Amministrazione e la Costituzione*, ob. cit., p. 22).

45 BOCKEL, A. *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'amministration*, ADJA, 1978; *Processi Giurisdizionali Amministrativi. Penali. Costituzionali.* em FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 1994, 7ª edição, pp. 225 e ss.

que apreciam questões como: aparência de regularidade, erro manifesto, decisões discricionárias desrazoáveis, racionalidade mínima, excesso de poder e enriquecimento sem causa.[46]

Os princípios gerais do direito, no Direito Administrativo, têm grande significado como mecanismo de proteção substancial e processual dos direitos do administrado, para se impedir a violação do ordenamento jurídico. Contempla-se a proteção processual dos particulares, afetados por atos administrativos e regulamentares, violadores de princípios gerais do direito.[47]

Os princípios estruturais de defesa, a participação no procedimento administrativo, os interessados, o conteúdo da participação procedimental, o princípio do contraditório, de direito de defesa, o reconhecimento do princípio do procedimento justo e as participações como fins garantísticos (participação — defesa; participação funcional e participação instrutória) são essenciais à conscientização das transformações da Administração pública e da sociedade.[48]

O alcance do controle judicial da atividade administrativa leva a diversas questões prévias como: condições exigidas das partes; capacidade para ser parte e capacidade processual; legitimação (ativa, passiva).[49]

A Constituição, como fonte do Direito Administrativo, tida como ordem jurídica imperativa e plena, à qual o Estado está submetido, desenvolve a ordem jurídica total. Reflete sobre todas as orientações a serem, dadas, quando se aplica os direitos individuais contidos na mesma, inclusive em termos de uma ordem supranacional de direitos. A natureza das normas constitucionais, a supremacia da Constituição, a

46 MAZÈRES, J. — A. *La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervencion économique*, em Annales Fac. Dr. Toulonse, F. XIX, 1971; VLACHOS, Georges. *Droit Public E'conomique Francais et Communautaire*, Armand Colin, Paris, 1996; ACKERMAN, Bruce A. *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven e Londres, 1980; SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*, Editora Saraiva, São Paulo, 1990.

47 CASSAGNE, Juan Carlos. *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, Reimpresion; ORLANDO, V. E. *Principi di Diritto amministrativo*, Florenca, 1915, 5ª edição; HAURIOU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1914, 8ª edição; DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*, Editora LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 1995.

48 SCHINAIA, *Profili evolutive nella problematica del procedimento amministrativoz em La Disciplina Generale del Procedimento Arnministrativo: contributi alle iniziahve legislatie*, em Corso, Milão, 1989; CARTABIA, *La Tutela dei Diriti nel Procedimento Amministrativo (la legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milão, 1991; SEPE. *Partecipazione e Garantismo nel Procedimento Amministrativo. em RTDP*: VILLATA, *Riflessioni in Tema di Partecipazione al Procedimento e Leteittimazione Processuale*, em Diritto Processuale Amministrativo, 2, 1992; LEMASURIER, *Vers une démocratie administrative du refus d'informer au droit d'être informé*, RDP, 1980; CHAPUS. *Droit administratif*, Général, I, Paris, 1988, 4ª edição; LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1988, I, 10ª ed.; RIVERO, *Droit Administraif*, Paris, 1985, 11ª edição; SLASSINOPOULUS, *Le Droit de la Défense devant les Autorités Aministratives*, Paris, 1976; DEVOLVÉ, *L'Acte Administratif, Paris, 1983.*

49 TAWIL, Guido Santiago. *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993; CLAVERO. *Justicia constitucional y justicia administrativa: el recurso de contrafuero*, em Primeiras Jornadas administrativas de Galicia, Madrid, 1970.

imperatividade das normas constitucionais, o caráter de normas jurídicas das disposições constitucionais,[50] desenha a estrutura garantística dos direitos.

Espera-se, nos dias de hoje, grande renovação das relações entre Estado e Administração, com vista à cidadania e o permanente controle de suas atividades, para que não cause prejuízos à sociedade, considerada individual e coletivamente (*L'Etat pour le citoyen expertise et démocratie*).[51]

A idéia de Estado e de Administração, passam por renovações, no que toca a própria ação pública. É nesse sentido que surgem indagações como:

a) O Estado vilipendiado pelos liberais e suspeito por uma parte da esquerda é meio de exploração ou opressão?

b) Poderá servir aos cidadãos e contribuir para as transformações sociais necessárias à sociedade contemporânea?

c) O novo contexto nacional e internacional confirma as dúvidas sobre os Estados, em assumir os problemas da sociedade atual?[52]

Indaga-se, inicialmente, o papel do Estado e sua força instrumental, ligada ao seu caráter democrático, inclusive no que se refere à organização dos serviços públicos. É nesse diagnóstico que os cidadãos, em certos Estados vêem atendidas suas seguridades e a redução das desigualdades sociais, afirmações da prevalência do interesse público, sobre os interesses particulares.

Certas análises têm apontado os obstáculos ao bom funcionamento do Estado, com explicações sobre as dificuldades em resolver os problemas da sociedade de hoje. A redefinição das missões públicas, suas insuficiências e a predominância de interesses individuais, contrapõem-se aos interesses de revisão, em profundidade, das missões do Estado, onde surgem temas significativos nos quais se observa:

a) A reflexão econômica tem por finalidade melhorar as maneiras de atender às necessidades dos homens;

b) A intervenção pública é necessária, quando o mercado é deficiente, por natureza ou em razão das circunstâncias;

c) O crescimento das responsabilidades locais;[53]

50 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte Geral, Tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, Terceira Edição, Enteramente rehecha con la Constitución de 1994 y la reforma del Estado, pp. VI — 2 e ss; BARRAZA, Javier Indalecio. SCHAFRIK, Fabiana Haydée. *El Control de la Administración Pública*, Prólogo de Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; ARGAÑARAS, Manuel J. *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955.

51 *Sous la direction de Christian Join-Lambert. L'Etat moderne et l'administration. Nouveaux contextes. nouvelles éthiques. nouveaux experts.* Obra Coletiva, Science administrative, L.G.D.J. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994.

52 JOIN-LAMBERT, Christian. *Conditions pour un Etat démocratique, em Le spectre de la déchirure sociale et politique Hommes et libertés/Panoramiques*, Arlea Corlet, 1994; JEAMMEAUD, A. *La démocratisation du secteur public.* AJDA, 1983; PRÉTOT, X. *A'propos de la loi du 26 juillet* 1893, *relative à la démocratisation du sector public*, Rev-adm, 1984; RAPP, L. *Le secteur public démocratisé*, AJDA, 1984; BIZAGUET, A. *Le Secteur public et les privatisations* PUF, Coll, Que sais-je?, nº 2414; RIVERO, J. *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1987; PERRY, Michel. *Morality. Politis & Law.* Oxford University Press, New York, 1988.

53 GREFFE, Xavier. *La décentralization.* Repères. E'ditions La Découverte, Paris, 1992; HOORENS,

d) A descentralização e a desconcentração como exigências de eficácia e de democracia;

e) Administração produtiva e participativa;

f) Classificação das relações entre o serviço público e a cidadania;

g) Desenvolvimento das responsabilidades;

h) Ética e Deontologia da ação pública;

i) Transparência;

j) Democracia, corrupção e deontologia (a corrupção endêmica e a corrupção epidêmica);

k) A Deontologia da transparência.

A utilização incorreta dos recursos estatais gera o macro enriquecimento injusto da Administração Pública, sob as formas mais variadas, daí a necessidade de ampliar os mecanismos de controle dessas atividades, com destaque para as formas de defesa da cidadania.

A moralidade administrativa e o combate a todas formas de corrupção no Estado constitui um dos temas essenciais, para a prevenção do enriquecimento ilícito, por parte do poder público.[54]

O Seminário sobre "El Estado y la Prevención de Corrupción" (Instituto de Ciencia Política — Pontifícia Universidade Católica de Chile) e a *Comisión Nacional de Etica Pública* (criada pelo Presidente D. Eduardo Frei Ruiz — Tagle, com o propósito de gerar uma instância de estudo e elaboração de propostas de políticas públicas e iniciativas legais que contribuam para aperfeiçoar a democracia, reforçam os procedimentos e instituições que acautelem o cumprimento dos debates legais e éticos da atividade pública) têm grande significado, no que toca ao controle da Administração.

O mencionado Seminário sobre o "Estado e a Prevenção da Corrupção" abordou vários temas, de grande significado como: Modernização do Estado e probidade; a importância da transparência; a sociedade civil na luta contra a corrupção; uma visão positiva do funcionário público, aos quais exige-se mais, desde que tenham uma dignidade e responsabilidade maior; o financiamento da atividade política; reformas da legislação penal.

A corrupção é tratada ao lado da democracia, por Oscar Godoy A., quando examina os aspectos conceituais e éticos do fenômeno da corrupção pública, com referências à sua extensão e profundidade. Dentro dessa orientação focaliza o seu controle democrático.

A definição da corrupção foi objeto de um informe, preparado pelo Conselho

Dominique. PERETTI, Marie Pierre. *Les collectivités locales et l'emprunt.* Politiques locales. L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A, Paris, 1996; BERNOT, Jacques. *La répartition des compétences.* Politiques locales, L.G.D.J., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996; FALZON, Micheline. *Les interventions économiaues des collectivités locales.* Politiques locales. L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1996.

54 LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Ética e Administração Pública.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

da Europa, na Conferência de Ministros Europeus de Justiça, no verão de 1994, onde chegou-se à conclusão de que as noções de corrupção não estão harmonizadas nas legislações penais européias. Entendeu-se, também, que a opinião pública, em geral, usa o termo no sentido lato, extendendo-a à atividade privada e pública, como a *aquisição de vantagem indevida por parte de pessoas investidas em uma função e no cumprimento da mesma.*[55]

O regime democrático é aquele em que a legitimidade e a confiança na autoridade, estão submetidos ao escrutínio periódico do voto e à avaliação contínua da função pública, desde que a governabilidade é uma característica dessa forma política. Assenta-se na responsabilidade dos atos de seus agentes na sociedade civil. Esta responsabilidade necessita de transparência, que se configura pela visibilidade plena das ações que surgem no exercício das funções administrativas. A aplicação do princípio da publicidade da função pública é necessária, para que o cidadão exerça o controle sobre a cidadania, em uma fiscalização da gestão, de forma clara e expedita.

Os códigos penais não definem, com rigor, o vocábulo corrupção. Capitulam delitos como:

— suborno;
— tráfico de influência;
— uso indevido de informação privilegiada;
— apropriação abusiva de bens públicos,
— utilização de recursos públicos, por motivação particular.

O "*Manual de Medidas Práticas contra a Corrupção das Nações Unidas*"[56] inclue as ações e circunstâncias que configuram a corrupção ou a facilitam:

1) Delitos de roubo (o roubo, conversão e outras formas de apropriação de propriedades estatais para o uso privado), cometidos no exercício de uma função pública que afeta os bens do Estado;

2) Abusos cometidos na posição de autoridade, que consiste na planificação, tentativa, procura ou transferência, com êxito, de um benefício privado, como resultado de uma exploração injusta da posição, função oficial ou pública;

3) Conflito de interesses entre as obrigações públicas ou oficiais e as relacionadas com o bem comum e o interesse privado;

4) Obrigações de transparência que obrigam a informar sobre bens e relações financeiras anteriores à ocupação de uma função oficial, quando as violações a estas obrigações estão penalizadas com sanções, isto é, quando a não transparência ou falsificação da informação está criminalizada.[57]

55 HEIDENHEIMER, Arnold J., JOHNSTON, Michel, LEVINE, Victor. (ed), *Political Corruption.* A Handbook (Transaction Publischer, New Brunswick and London, 1993; NILSSON, Hans G. *Substantive Crime Law Corruption and Money Laundering* (Conference on the Political Processes, Institutions and Corruption in States of Transition in East-Central Europe, Budapest, 1994.

56 Document of the Eight UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Ofienders, Havana, 1990.

57 THIBAU, Tereza Baracho. *O Habeas Data,* Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1997; EK-

5) Forma especial de transparência, relacionada com o financiamento de partidos políticos e as campanhas eleitorais, pode gerar fortes penalidades contra sua transgressão.[58]

A corrupção gera a alteração ou desnaturação da função pública. Lembra Oscar Godoy A., a definição de Joseph S. Nye, para quem a mesma é uma conduta que desvia de suas obrigações normais uma função pública, por motivos privados, pecuniários ou de "status", violando regras contra o exercício de influências corretas, com motivações privadas, secundárias, partidárias ou destituídas de seriedade.

Estes dois podem ser realizados por agentes públicos, servidores ou mesmo particulares (presidente, parlamentares, governadores, prefeitos, ministros de Estado, juízes), designados de acordo com as disposições constitucionais e legais, inerentes a qualquer membro da Administração pública. A conduta do agente público configura-se pela ação ou pela omissão secreta ou oculta, solapando o ato derivado de faculdade própria de sua função oficial. Como exemplo menciona-se o ato de licitação, em que o agente público responsável, revela informação de um dos licitantes a outro, em concorrência que gera vantagens indevidas.

O agente público utiliza, indevidamente, de sua função, quando busca obter benefício privado, que se constitui em valor, presente ou futuro, monetário ou não.

O ponto central da corrupção configura-se na conduta em que o agente realiza ação desonesta, no cumprimento de função contida na esfera de suas atribuições, previstas nas normas legais ou administrativas vigentes. O exercício da função pública incorreta, pode gerar transgressões penalizadas ou não.

No exame da extensão e áreas de corruptibilidade, a doutrina relaciona:

a) Extorsão; abuso de confiança; fraude; abuso do serviço público contra interesses de terceiro, especialmente usuários; suborno passivo; suborno ativo; aceitação de vantagens indevidas; tráfico de influências;

b) Corrupção ou suborno; corrupção indireta; abuso de poder por parte de agentes públicos; abuso negligente do poder; não respeito às regras das tecnologias ou bens controlados pelo Estado; abuso a respeito de normas relativas às relações econômicas; abuso de informação em relações comerciais; delitos de obtenção de vantagens públicas indevidas; intervenção na independência dos Tribunais de Justiça; delitos em relação com as falências e liquidação de dívidas;

c) Suborno: demandar ou aceitar vantagem ou estar de acordo em receber uma vantagem privada; suborno ativo, dar ou prometer vantagens privadas; tráfico de

MEKDJIAN, Miguel Ángel. PIZZOLO, *Calogero. Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente* a *la revolución informática.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996; GOZAÍNE, Osvaldo A. *El Derecho de Amparo Los Nuevos Derechos* y Garantías del Art. 43 de la Constitución Nacional e Proceso de *amparo. Proteción de derechos subjetivos Hábeas data. Hábeas corpus.* Depalma, Buenos Aires, 1995.

58 GODOY A., Oscar. I — *Aspectos Conceptudes* y Éticos del Fenómeno de la Corrupción Púbiica. *Consideraciones Generales sobre la Corrupción* y su Prevenciòn, "El Estado y la Prevención de la *Corrupción* em Revista de Ciencia Política, I. Instituto de Edición Especial, Ciencia Polítca. Pontificia Universidade Católica de Chile, Santiago, Chile, Vol. XVIII, nºs 1-2, 1996, p. 20; HABERMAS, Jürgen. *Dialettica della Razionalizzazione,* Edizioni Unicopli, Milão, 1994, trad. de Emilio Agazzi, pp. 109 e ss; COHEN, Daniel. *Richesse du Monde. Pauvretés des Nations,* Flammarion, Paris, 1997, p. 16 ess.

influência; suborno na esfera econômica ou em relação com as organizações sociais; demanda ou aceitação de vantagens, em troca de uma publicação ou ocultação da publicação, de algum fato ou ato na imprensa pública; abuso de poder;

d) Abuso de autoridade oficial; participação ilícita de funcionário em empresas comerciais e atividades financeiras privadas; negligência no cumprimento das funções oficiais, aceitação e solicitação de suborno; aceitação de presentes; falsificação de documentos públicos.[59]

Dedica-se, também, o trabalho, à análise das fontes de corrupção e zonas de corruptibilidade, com referência ao *Commowealth Secretariat,*[60] apresentando detalhada sistematização das fontes levantadas entre os membros dessa comunidade de nações, com outros países como a Índia, Austrália, Cook Islands e Canadá:

a) O suborno, em geral, tanto em sua aceitação, como em sua oferta, aparece associado as seguintes atividades ou funções estatais: contratos governamentais e licitações impróprias;[61] licenças e permissões; aprovação de intercâmbios internacionais; licenças de importações e exportações; assistência financeira governamental; obtenção de votos no parlamento; eleições; obrigações administrativas menores (exames para carteiras de motorista; permissão para autorizar circulação de veículos e gestões oficiais para movimentar documentos no interior da administração);

b) Aquisição ou uso privado de terras estatais por funcionários públicos, em termos favoráveis para estes, em detrimento do patrimônio público;

c) Aquisição, por funcionários públicos, de propriedades estatais ou de contratos em termos favoráveis aos mesmos;

d) Uso impróprio de bens estatais; como o uso de veículos em atividades privadas;

e) Apropriação indébita de fundos públicos, incluindo o mau uso de estipêndios parlamentares e outros serviços;

59 GODOY A. Oscar. I — *Aspectos Conceptuales* y Éticos del Fenómeno de la Corrupción Pública, ob. cit., pp. 22 e 23.

60 CARNEY, Gerard. *Conflict of Interest:* A Commonwealt Study of members of Parliament (Legal Division. Common Weath Seçretariat, Londres, 1992).

61 JUSTEN FILHO, Marcal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,* De Acordo com a Lei Federal nº 8.883, de 08/06/1994, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1996, 4ª edição; BARROS, *Sérgio Resende de. Liberdade e Contrato. A Crise da Licitação,* Editora UNIMEP, Piraciba-SP, 1995; DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação,* Editora Juriscrédi Ltda., São Paulo; sem data; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático das Licitações,* Editora Saraiva, São Paulo, 1991; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos Licitantes,* Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 3ª edição Revista e Ampliada; FERRAZ, Sérgio. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação,* Malheiros Editores, São Paulo, 1994, 3ª edição revista ampliada e atualizada de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos.* Comentários à Lei 8.666/93, Artigo por Artigo, Alterada pela Lei 8.883/94, Del Rey, Belo Horizonte, 1994; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Nova Lei das Licitações,* Livraria e Editora Renovar Ltda., Rio de Janeiro, 1993; FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Licitações e Contratos na Administração Pública. Comentários à Lei n. 8.666/93,* Edipro-Edições Profissionais Ltda., São Paulo, 1994; GASPARINE, Diogenes. *Crimes na Licitação.* Editora NDJ Ltda., São Paulo, 11/1996, 1ª edição; DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das Licitações na Administração Pública.* Concorrência, Tomada de Preços e Convite, Forense, Rio de Janeiro, 1973, 1ª edição.

f) Nepotismo;

g) Más práticas eleitorais.

Essa enumeração de transgressões, como afirma Oscar Godoy A., mostra a diversidade de formas sob as quais se apresenta a corrupção.

Ao lado desta tipologia, necessitamos estabelecer as estratégias para prevenir, combater e controlar as múltiplas formas de corrupção, com a finalidade de extirpar as condutas, práticas e ações corruptoras. A legislação contemporânea, além de adotar as figuras penais existentes, pode consagrar procedimentos como: a declaração de bens e interesses, antes de assumir uma função pública e a conseqüente penalização no descumprimento desta ação ou sua falsificação; penalização do tráfico de influência, ou seja a criminalização de todo comportamento, quando a pessoa usa de sua influência real ou suposta para obter ou intentar angariar de um agente público uma vantagem ou um benefício privado; penalização do uso indevido de informação privilegiada; controle do enriquecimento ilícito durante o desempenho de uma função pública.

Convém ressaltar a importância da matéria, quando se trata dos fenômenos da corrupção no financiamento da atividade política, quando os partidos políticos procuram obter vantagens e fontes de financiamento para terem influência no processo eleitoral.

O fenômeno da corrupção tem íntima ligação com a ética. A palavra corromper, de origem latina *corrumpere,* compreende a conjugação de *com* (juntos) e *rumpere* (romper), que significa subornar. É nesse sentido que a corrupção configura alteração e cumplicidade. A palavra corrupção expressa, assim, a idéia de um ato que altera o estado das coisas, mediante a cumplicidade de um agente. A corrupção é mais grave quando aquele que a realiza utiliza de inverdade e infidelidade, acarretando o abuso de função e o mau uso dos recursos públicos. A corrupção na esfera pública gera a desconfiança nas instituições estatais. Distingue-se a ética pública e a ética privada, no que diz respeito a corrupção, quando analisamos os sujeitos que deram origem ao ato de corrupção. A análise conceitual da corrupção está ligada à probidade pública ou administrativa,[62] gerando diversos tipos de controle como: controles internos; controle da administração indireta; controle das estatais; controle parlamentar; controle do Tribunal de Contas; controle da administração pelo "ombudsman" e controle jurisdicional da administração.[63]

62 FREITAS, Juarez. *Do Principio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação,* Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, ano 33, n. 129, janeiro/março, 1996; idem, *Estudos de Direito Administrativo,* Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

63 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993; idem, *A Processualidade no Direito Administrativo,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, idem, *Controle Administrativo das Autarquias,* José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1976; idem, *Direito Administrativo Moderno,* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, 1ª edição; idem, *Controle da Administração Pública,* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993; D'AURIA, Gaetano. *I Controlli. Il sistema dei controllis, em L'amministrazione pubblica italiana.* Un profilo a cura di Sabino Cassese e Claudio Franchini. Obra Coletiva. *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

Na configuração da relação entre a atividade administrativa e a deturpação de seus procedimentos, podemos ressaltar certos fatores que dificultam a realização dos deveres e interesses públicos, devido a: um processo crescente de individualismo; a falta de compromisso com a ética civil; o débil sentido do público que acarreta uma visão exclusivamente privatista por parte da sociedade. Existe uma relação intensa entre a ética pública e a ética privada, sendo que a corrupção configura-se como a falta de honestidade e integridade das pessoas, no cumprimento dos deveres inerentes às obrigações assumidas perante a sociedade. A corrupção implica no uso incorreto de cargo ou função, com o desprezo pelo interesse público. A corrupção pode ser vista sob diversos aspectos, quando se trata da corrupção política e da relação entre corrupção e poder. A sociedade democrática deve ampliar os mecanismos de proteção que levem a evitar a corrupção. Várias são as formas que podem atingir a corrupção, bem como os mecanismos que levam, pelo menos, à redução da corrupção.

A honradez na política, a seriedade no gasto público e a prevalência da ética leva a questões sobre o posicionamento dos governos, bem como da responsabilidade daqueles que exercem atividades e políticas na administração pública ou em outros entes públicos. Tanto o governo quanto o parlamento, devem estabelecer formas de vigilância das atividades da administração pública. O crescente contacto do setor privado com o setor público indica a necessidade da ampliação dos instrumentos de fiscalização, que devem ser revistos para a consagração de: sistemas e procedimentos adequados de controle; responsabilidades definidas; disposições corretas para as formas de informação; pessoal capacitado; gastos regulares; avaliação dos programas e monitoramento das regras empregadas; responsabilidade nas decisões; normas corretas e aplicáveis de licitação; política disciplinar clara; avaliação efetiva nos riscos e gestão dos projetos; avaliação correta dos conflitos de interesses e valores.

Outra parte importante na matéria é a que se refere aos métodos de investigação da corrupção, seja ela política ou administrativa. Ressalta-se as dificuldades no que se refere a investigação dos atos ilícitos, desde que o ato de corrupção ocorre entre pessoas, com absoluto segredo. É de se ressaltar que os esquemas de corrupção são complicados, pelo que não podem ser apurados por sistemas rotineiros de controles.

Várias são as questões constitucionais e legais relacionadas com a corrupção e a probidade pública, pelo que na amplitude das formas de investigação surgem as faculdades fiscalizadoras do poder legislativo sobre as atividades estatais. Algumas críticas são feitas ao tipo de governo presidencial, a concentração política que propiciam as possibilidades de variadas formas de corrupção. A prevenção da corrupção surge em diversos momentos, com a preocupação do estabelecimento de controles sobre as atividades estatais. No exercício das atividades estatais, existem conflitos e interesses incompatíveis com o serviço público, pelo que se necessita, cada vez mais, da participação da cidadania e da utilização de novas formas de controle social contra a corrupção. A corrupção é uma forma de subversão da administração pública, pelo que deve ser controlada com eficácia, através de instru-

Mulino, Bolonha, 1994, 2ª edição, pp. 79 e ss; LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. "O *Procedimento Administrativo entre a Eficácia e a Garantia dos Particulares*" (Algumas Considerações) Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

mentos que produzam efeitos concretos. As infrações éticas têm efeitos morais, econômicos, políticos e sociais que afetam o exercício do poder, a cidadania, a estabilidade política, a capacidade de empreendimento e a igualdade perante a lei.

Para o controle da corrupção são necessários preceitos constitucionais, princípios, legislação adequada e o cumprimento de todos eles, para a efetivação de uma sociedade correta. A ética pública efetiva-se através de diversos mecanismos, pelos quais se pode realizar o controle da administração pública, enumerando-se entre eles os seguintes: limitação da atuação do estado, objetivando a solução de conflitos de interesse no campo privado e público; prevalência do interesse público sob o particular, proibindo-se a utilização de cargos em benefício próprio, evitando-se a predominância dos interesses pessoais, nas questões submetidas à administração, a legalidade do gasto público e do exercício das atribuições públicas; a transparência das atuações administrativas, inclusive através da informação pública detalhada do exercício das atribuições, destino e origem dos recursos e fundos, o aprimoramento do serviço público, com resguardo do direito da cidadania, sem discriminações, a igualdade de todos os cidadãos e servidores públicos, por meio de normas homogêneas, claras, objetivas, justas, não discriminatórias, não privilegiadoras e de excepcionalidade.

Muitas legislações contêm disposições legais que procuram limitar o conflito de interesses, entre a ética pública e a ética privada, propiciando controles efetivos das atividades. A sociedade deve ter o balanço e o diagnóstico das atividades administrativas, com efetiva aplicação da legislação em torno das questões referentes à corrupção. A administração pública está sujeita a responsabilização, sem prejuízo da responsabilidade civil, penal e ética. Os estatutos administrativos devem regular, minuciosamente, todas as formas da responsabilidade efetiva dos administradores, com as diversas sanções administrativas consagradas por via de procedimentos adequados, com prevalência do princípio do devido processo legal. O tráfico de influências deve ser combatido, através de adequada legislação, para evitar as formas que geram todo tipo de corrupção. A legislação tem consagrado a denúncia como fator eficaz no controle da corrupção, para permitir o levantamento das anomalias, visando: a transparência da gestão pública; os mecanismos de controle social, a consagração de entidades que tenham como finalidade investigar e punir os casos de corrupção; as razões do silêncio, tendo em vista o interesse público ou interesse difuso e sem titular definido. Neste particular são examinados os temas referentes à falta de incentivos das formas de fiscalização da administração pública, em decorrência do temor das represárias e das dificuldades processuais.

No direito comparado encontramos diversas formas de controle das atividades administrativas, como: o "ombudsman" escandinavo, o defensor do povo, o mediador, o provedor de justiça e a proteção norte americana dos *"Whistleblowers" (The Whistleblower ProtectionAct).*[64]

64 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El Defensor del Pueblo (Ombudsman)*, Ediar-Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1989; *La Defensoria del Pueblo: retos* y posibilidades. Obra Coletiva. Comisión Andina de Juristas, Lima (Perú), 1995.

O controle da corrupção, por parte das diversas instituições existentes, pressupõe que elas hajam de maneira adequada, com reforço da cidadania. Entre as formas corruptivas existentes convém ressaltar as questões referentes ao financiamento público e os gastos dos partidos políticos, quando se examina o financiamento público e o financiamento privado.[65]

Diversos trabalhos[66] têm ressaltado os aspectos negativos da corrupção no desenvolvimento dos povos, pois além de ser um problema ético e moral, contribui para distorção racional de recursos, desviando-os para atividades e objetivos não essenciais à atividade estatal. Ressalte-se o papel da prevenção contra as formas de corrupção e a própria definição da mesma, bem como o seu relacionamento com os procedimentos de democratização.

Em todas as formas de corrupção, ocorre o enriquecimento injusto da administração pública, daí o exame das experiências no combate e prevenção adotadas na Bolívia, no Chile (inclusive em nível local), na Venezuela, no Sudeste Asiático (Indonésia, Malásia, Tailândia e Filipinas).

As preocupações com a veracidade e a cultura política aparecem nos trabalhos que tratam da corrupção, em nível de comportamento, modernização, meios de comunicação e controle por parte da cidadania nas sociedades democráticas. Critica-se a tradição da cultura do segredo, por parte da administração pública, com a consagração dos pressupostos da reserva, do sigilo e da confidencialidade nas formas de atuação da administração pública. É nesse sentido que se valoriza a transparência administrativa, o papel da imprensa e o controle por parte da cidadania.

Os conflitos de interesses, a imparcialidade e independência dos agentes públicos geram diversos levantamentos sobre o controle e a fiscalização, como instrumentos de prevenção da corrupção. Ao lado desses dados surge a necessidade de novas leis sobre a regulamentação de contratos, licitações e o aperfeiçoamento do sistema penal aplicado a todas formas de corrupção. Ao mesmo tempo ressalta-se a importância de se garantir a independência dos órgãos de intermediação entre a sociedade civil e o Estado, para que se proceda o controle social e a prevenção da corrupção, através de medidas que asseguram: a probidade funcional, a primazia da responsabilidade, a eficiência, eficácia e probidade da gestão pública; a probidade funcional, por meio de uma política nacional de ética pública, a incorporação do princípio da probidade funcional e da transparência em nível constitucional; uma política de incentivos para a função pública (revalorização do funcionário público;

65 GONZALEZ-VERAS, Ibañez Santiago. *La Financiacion de los Partidos Politicos*, Dykinson, S.L. Madrid, 1995; LEYRIT, Claudes. "*Les partis politiques et l'argent*". *Le nerf de la politique*. Financement public ou privé? Des campagnes de plus en plus coûteuses. La tentation de la corruption. *Les pouvoir des Juges*. Le Monde-Editions. Marabout, Paris, 1995.

66 MACLEAN, Ronald. *III — Estudios sobre algunas dimensiones de la corrupción en Bolivia, Chile, Colombia y el Sudeste Asiático. El Estado y la Prevención de la corrupción el contexto internacional de la corrupción y el caso de Bolivia*, em *El Estado y la Prevención de la Corrupción*, Revista de Ciencia Polícia, ob. cit., págs. 131 e ss; OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de Corrupção*, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

melhoria do sistema de remuneração), um código de probidade pública, a definição de funções e responsabilidades com relevo para a ética pública; aprimoramento dos procedimentos para determinar a responsabilidade administrativa; regulamentação sobre tráfico de influências e uso indevido de informação privilegiada no âmbito administrativo; aperfeiçoamento do regime de incompatibilidades entre funções públicas e atividade privada; o poder judiciário e a probidade; formas de controle e fiscalização, com controles que impeçam o "desvio de poder".[67]

Miguel Sanchez Moron menciona as insuficiências da teoria jusadministrativista clássica, ante as mudanças sociais e institucionais dos dias de hoje, para assumir e resolver inumeráveis problemas práticos que surgem nas administrações modernas. Para completar suas conclusões, ressalta o papel da nova idéia de participação, como conceitualização jurídico-administrativa. Torna-se necessário, cada vez mais, ressaltar o papel do povo como *opinião pública*, frente aos comportamentos políticos e administrativos. José Antonio Estévez Araújo relembra o trabalho clássico de Habermas (1962) sobre opinião pública. Em livro recente sobre Teoria do Direito e do Estado, o autor alemão aborda o tema, partindo da categoria da *öffentlichkeit*, considerada como uma abstração que se refere ao conjunto dos diferentes foros nos quais os cidadãos aparecem como "público". A tradução literal do termo alemão seria "*publicidade*", porém pode ser tomado como "esfera pública"

Em (*Faktizität und Geltung*), Habermas refere-se à estrutura da *Öffentlichkeit*, negando que a esfera pública possa ser considerada como uma instituição, desde que carece de normas regulamentadoras, critérios de admissão ou finalidades precisamente definidas.[68]

O controle da atividade administrativa pelo cidadão opera-se por meio de vários instrumentos, inclusive os judiciais. A luta contra a arbitrariedade da Administra-

67 DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Anulação do Ato Administrativo por Vício Relativo a sua Finalidade. Aplicação da Teoria do Desvio do Poder*, Belo Horizonte, 1991; idem, *Controle de Empresas Estatais*. Uma Proposta de Mudança, Editora Saraiva, São Paulo, 1991; BOURQUIN, Maurice. *La Protection de Droits individuels contre les Abus de Pouvoir de l'Autorité administrative en Belgigue*, E'tablissements E'mile Bruylant, Bruxelas, 1912; TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*, Rio de Janeiro, 1951 (tese de concurso); idem, *O abuso de poder administrativo no Brasil (conceito e remédios)*, Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio, 1959; idem, *A Administração e o controle da legalidade*, em RDA, 37; idem, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975; idem, *Poder de Polícia e Polícia do Poder*, na Coletânea "Direito Administrativo da Ordem Pública", Obra Coletiva, Saraiva, São Paulo, 1987, 2ª edição; FIORINI Bartolome A. *La Discrecionalidad en la Administracion Publica*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1952; CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977; *DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. Discricionaliedade (Uso e Abuso de Poder)*, BDA. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Publicação Mensal, Ano XII, n. 3, março, 1996, pp. 125 e ss; LAZZARINI, Álvaro. *Discricionariedade (Uso e Abuso do Poder)*. BDA. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ Ltda., São Paulo, Publicação Mensal, Ano XII, n. 6, 1996, junho, pp. 337 e ss.

68 ARAÚJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso* y la Desobediência Civil, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1994, p. 119; HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, traduzido para o inglês por William Rehg.

ção,[69] efetiva-se pelo controle judicial, pelo que não se deve esquecer os resultados práticos do contínuo aperfeiçoamento das técnicas de vinculação judicial da Administração. Tornou-se possível, por meio de garantias formais do indivíduo em suas relações com a Administração, potencializando o controle da legalidade de atuação do poder público. A Administração passa a submeter-se ao "bloco de legalidade", com regras previsíveis e de caráter controlador de todas as formas de intromissão ilegal da mesma. O "bloco de legalidade" é encontrada em Maurice Hauriou, sob a denominação de "bloco legal", bem como em Eisenmann.[70] Com o tempo, além das diversas maneiras de controle, aparecem as formas de participação administrativa da sociedade, gerando o que Habermas denomina de sistema de equilíbrio possível. A participação como alternativa política, ao lado da problemática jurídica da participação administrativa, como dado jurídico positivo e a redefinição dos interesses jurídicos, decorre de interesses sociais, interesse difuso, interesse coletivo, interesses públicos heterogêneos, com relevante papel dos sujeitos participantes (participação individual, participação coletiva, participação procedimental (iniciativa do procedimento, fase instrutória, publicidade da atividade administrativa).[71]

A penetração das idéias democráticas nas concepções administrativas tem ressaltado a relevância do "princípio da participação". Jean-Marie Auby e Jean-Bernard-Auby ao tratarem do "princípio democrático" e da "administração pública", ressaltam que a concepção tradicional da função pública, dominada pelo princípio da autoridade, ainda não deixou de ser aplicada. A administração permanece, largamente, como uma instituição tipo hierárquico. As formas consubstanciadas no direito de participar na gestão dos serviços administrativos foram efetivando novas conquistas participatórias, que contribuem para a democratização da Administração pública, por meio de processos de descentralização das instituições administrativas e de profundas reformas dos sistemas político administrativos.[72]

Em todas essas oportunidades, como García de Enterría e Ramón Fernandez, devemos colocar o papel dos princípios gerais do direito, de capital importância para a compreensão do sistema normativo de Direito administrativo. Entendem, os mencionados autores, que eles expressam os valores materiais básicos de um ordena-

69 ENTERRIA, García de. *La lucha contra los inmunidades del poder en el Derecho administrativo,* Madrid, 1974; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom,* Claredon Press, Oxford, University Press, New York, 1986.

70 EISENMANN, C. *Le droit administratif et le principe de legalité,* E.D.C.E., 26, 1957.

71 MORON, Miguel Sanchez. *La Participacion del Ciudadano en la Administración Pública.* Estudios de Administracion, XLII, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro,* Del Rey, Belo Horizonte, 1997; BASSOLS COMA, M. *La protección jurídica del ciudadano.* Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Cívitas, Madrid, 1993, tomo III.

72 AUBY, Jean-Marie. AUBY, *Jean-Bernard. Droit de la fonction publique. Fonction publique de l'E'tat. Fonction publique territoriale. Fonction Publique hospitalière.* Dalloz, Paris, 1997, 3ª edição, pp. 26 e ss; GRUBER, Annie. *Le décentralisation et les institutions administratives,* Armand Colin, Paris, 1996, 2ª edição; ZILLER, Jacques. *Administrations Comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze,* Montchrestien, Paris, 1993, com a colaboração de Jean-Philippe Brouant.

mento jurídico, constituindo-se, por isto, em convicções ético jurídicos fundamentais de uma comunidade. A expressão deve ser entendida em seu caráter ontológico e não apenas lógico, desde que constitui suporte de todo o ordenamento jurídico, ao qual presta todo o seu sentido. Transcendem a um preceito concreto e organizado, desde que dá sentido a muitos outros, não se confundindo com apreciações singulares e particulares.[73]

Os direitos e garantias dos administrados encontram diversas fontes de defesa, nos sistemas constitucionais, nas atividades juridicionais e administrativas, que localizam nos pressupostos processuais suas formas de concretização.[74]

É com este objetivo que Diogo Freitas do Amaral, tratando da Administração Pública, mostra o entendimento do sistema jurídico português, quando repete: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções".[75]

Os princípios inerentes às diversas formas de jurisdições (constitucional, civil, penal, administrativa etc.), em seus respectivos contenciosos, constituem valores básicos, para defesa dos direitos inerentes à cidadania[76] em suas múltiplas maneiras de atuação.

A existência de certa ordem de jurisdições administrativas, inteiramente independentes das jurisdições judiciárias, leva a várias conclusões sobre este dualismo,[77] sendo que o regime revolucionário francês, hostil aos tribunais judiciários, consagrou a separação de autoridades administrativas e judiciárias em diversos textos.

O controle da discricionariedade administrativa assenta-se na compreensão de que todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva, por parte de juízes e tribunais, no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sendo que a Administração pública deve atuar com objetividade, na defesa dos interesses gerais, submetidos, de maneira plena, à Constituição, à Lei e ao Direito.[78]

73 ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho* Administrativo. I, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995, pp. 75 e ss.

74 PERROT, R *Institutions judiciaires,* Dalloz, Paris, 1994, 6ª edição.

75 AMARAL, Diogo de Freitas do. *Curso de Direito Administrativo,* Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 120.

76 *I Cittadini e L'Amministrazione,* em Sabino Cassese. *Le Basi del Diritto Amministrativo,* Garzanti, Turim, 1996, 9ª edição; SALINAS, Esperanza Gonzalez. *Processo Administrativo para la Proteccion de los Derechos Fundamentales* (Jurisprudência del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo), Editorial Cívitas, S.A, Madrid, 1994, 2ª edição; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale* I — *Il sistema delle fonti del diritto,* UTET, Unione Tipografico Editore, Torinese, Turim, 1990.

77 França (Lei de 16 e 24 de outubro de 1790): *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparée des fonctions administratives.* Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs, pour raison de leurs fonctions", em Peiser, Gustave, *Contentieux administratif.* Mémentos. Droit Public. Science Politique. Dalloz, Paris, 1995, 9ª edição, p. 1; PACTEAU, Bernard. *Contentieux administratif,* PUF, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, 3ª edição; CHAPUS, René. *Droit du contentieux Administratif,* Montchrestien, Paris, 1995, 5ª edição; BOTELHO, Santos. *Contencioso Administrativo,* Anotado-Comentado-Jurisprudência, Livraria Almedina, Coimbra, 1995; SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo.* Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1964.

78 FELIPE, Miguel Beltrán de. *Discrecionalidad Administrativa* v Constitución. Editorial Tecnos, S.A,

Urge profundas transformações no sistema administrativo do Estado contemporâneo, modificações essas que devem ser substanciais e metodologicamente corretas. Os Estados nacionais clássicos, com as alterações ocorridas na sociedade internacional, defrontam com novos modelos de relações que os mesmos mantinham até os nossos dias. São identificadas, inclusive tendências desintegradoras do Estado, com referências ao discurso filosófico da modernidade.[79]

Vários são os princípios que inspiram a ação administrativa, sendo que Xavier Philippe discorre sobre outro grande princípio, que está vinculado ao enriquecimento injusto. Trata-se da proporcionalidade que é tratada, também, como princípio geral, orientador de outras regras administrativas. Entende o mencionado autor que o princípio da igualdade impõe proporcionalidade absoluta. Existe um conjunto de normas que fixam o quadro da atuação administrativa, sendo que um deles surge da idéia de proporcionalidade que limita o poder discricionário da administração. O controle da proporcionalidade é aplicável no processo contencioso, no domínio do excesso de poder e no contencioso de plena jurisdição. A proporcionalidade está ligada a proteção dos direitos fundamentais, sendo que a força do controle, transforma-se em protetor dos cidadãos ou dos administrados. A definição geral da proporcionalidade estabelece-se em torno de dois elementos: um elemento fixo constituído pela relação entre dois ou vários parâmetros; um elemento variável representado pelo grau de liame que os une. A concepção comum da proporcionalidade caracteriza-se pela existência de uma relação de correlação, sendo que no campo jurídico ela surge como exigência de uma relação lógica e coerente entre dois ou vários elementos. A palavra proporcionalidade vincula-se a conceitos como: racionalidade, necessidade, normalidade, harmonia ou equilíbrio.

A proporcionalidade não tem destaque apenas na jurisprudência constitucional e administrativa, mas ela aparece nos conceitos clássicos de direito privado, como o "abuso de direito"; no direito penal, no que se refere a aplicação do princípio de proporcionalidade na definição dos delitos e das penas. No direito público, também o conceito de proporcionalidade possui diversas maneiras de aplicação, como a técnica da representação proporcional nos modos de escrutínio e a regra da proporcionalidade do imposto em matéria fiscal.

Madrid, 1995; MORÓN, Miguel Sanchez. *Discrecionalidad administrativa y* control judicial, Editorial Tecnos, S.A., 1995; *Javier Barnes" Vazquez* (Coordinador). Obra Coletiva. *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado,* Consejeria de la Presidencia de la Junta de Analucia, Editorial Cívitas, S.A, Madrid, 1993; SANCHEZ, Juan José Diez. *El Procedimiento Administrativo Comum* y la *Doctrina Constitucional.* Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Editoral Cívitas, S.A, Madrid, 1992, 1ª edição.

79 HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad* (1989); KLIKSBERG, Bernardo. *El rediseno del Estado. Una perspectiva internacional,* México, INAP-FCE, 1994; ANTAKI, Ikram. Segundo Renacimiento. Pensamiento y fin de siglo, México, Cuadernos de Joaquim Mortiz, 1992; BERRONES, Ricardo Uvalle. *Los nuevos derroteros de la vida estatal,* Toluca, IAPEM, 1994; ARGÜELLES, Antônio e GÓMEZ, José A. (coords), *Hacia la modernización administrativa. Una propuesta de la sociedad,* México, Miguel Ángel Porruá, 1995; RAWLS, John. *Political Liberalism,* Nueva York, Columbia University Press, 1993.

Entretanto, é nas jurisprudências constitucional e administrativa que vamos ver a dimensão do sistema de controle da proporcionalidade. Com esse objetivo discorre-se sobre as fontes do controle de proporcionalidade, os domínios do controle de proporcionalidade e as funções do controle de proporcionalidade. A noção de proporcionalidade evoca as idéias de equilíbrio e harmonia. É um princípio essencial para o equilíbrio dos interesses em um sistema democrático de governo, que deve estabelecer critérios administrativos, de conformidade com essas bases. O conceito de proporcionalidade é um elemento importante na integração jurídica, daí o seu destaque nas modificações do pessoal administrativo, na reforma da estrutura administrativa e dos processos administrativos.

O princípio da proporcionalidade possui valor constitucional, sendo objeto de análises por parte de Vedel, Delvolvé, Chapus, Auby e Drago, Rivero, Debbasch, Lemasurier, Laubadère e muitos outros autores que se dedicam em seus tratados e manuais ao conceito de proporcionalidade, com preocupações sobre as fontes normativas do controle de proporcionalidade, o princípio da reciprocidade, o bloco de constitucionalidade,[80] o princípio da necessidade, o princípio da igualdade, os princípios gerais do direito, o princípio geral da conciliação, o conceito da proporcionalidade, como limite normativo do poder discricionário.

A estruturação de um Estado de Direito demanda uma reflexão profunda sobre as diversas maneiras de atuar da administração pública, propiciando o desenvolvimento de mecanismos adequados que controlem as formas de atuação do Estado, impedindo que o mesmo se enriqueça a custa do cidadão, causando-lhe prejuízos que decorrem dos seus modos de atuar.[81]

Diversas considerações devem ser alinhadas, quando examinamos o enriquecimento injusto da administração pública, para que tenhamos indicativos para a compreensão, interpretação e exame das diversas medidas tomadas pela Administração pública.

A responsabilidade dos agentes públicos não obedece a um regime jurídico homogêneo, ocorrendo a necessidade do exame das fronteiras entre a falta pessoal

80 STUMM, Raquel Denize. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da* Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília Jurídica, Brasília, 1996; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio Constitucional da Proporcionalidade*, em "Ensaios de Teoria Constitucional". Fortaleza, 1989, págs. 69 e segs.; idem, *O Princípio da Isonomia*, Princípio da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública, Nomos, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Volumes XIII, XIV, Número 1/2, jan./dez., 1994/1.995, pp. 17 e ss; FAVOREU, Louis. RUBIO, Llorente Francisco. *El bloque de la constitucionalidad (Simposiums franco-español de Derecho Constitucional)*. Universidad de Sevilla. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, 1ª edição, Apresentação de Javier Pérez Royo; Piniella Sorli, Juan-Sebastián. Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994.

81 PHILIPPE, Xavier. Le contrôle de proportionnalité dans les iurisprudences constitutionnelle *constitutionnelle et Administrative Francaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1990, Préface de Charles Debbasch, Collection Science et Droit Administratifs.

e a falta de serviço, ou como critérios de apuração da repartição de competências. Nessas circunstâncias vários tipos de comportamento configuram a imprudência ou a negligência inexcusáveis. Nesta oportunidade convém lembrar a cláusula exorbitante que surge em certos regimes jurídicos, nos quais as obrigações das partes devem ser analisadas de conformidade com a ambiência do direito público, permitindo-se, qualificá-la de administrativa. A mencionada cláusula pode gerar critérios inerentes a normalidade e a desproporção, quando se procura configurar a natureza do ato administrativo.

Nas análises da responsabilidade extracontratual, do contencioso de legalidade, dos motivos, da pluralidade de razões, da teoria dos meios imperantes e do poder de apreciação, surgem métodos que procuram caracterizar a pluralidade de motivos, assentando-se na idéia e configuração do ato jurídico, com as hipóteses de sua manutenção, de sua ilegalidade e de sua anulação. A teoria geral sobre a influência dos motivos determinantes e validade dos atos provenientes da administração pública, coloca-se frente ao enriquecimento, com exame de sua extensão qualitativa ou quantitativa.

A transparência dos motivos é de grande importância para a qualificação dos atos provenientes da administração, tendo grande significado a transparência dos motivos e a justificativa da decisão. A técnica do "standard" propicia o exame da normalidade, da moralidade e da racionalidade.

O controle de proporcionalidade no processo contencioso, o controle de proporcionalidade no contencioso de plena jurisdição e o controle da proporcionalidade no contencioso da constitucionalidade e da legalidade constituem instrumentos essenciais, para o exame correto das atitudes da administração pública.

Em todas as formas de compreensão das atividades da administração pública, ressaltam-se os critérios consagrados pelo constitucionalismo ocidental, na compreensão das formas concretas do atuar estatal e administrativas:

"a) a negação de privilégios;

b) a correspondência ao *direito de igualdade* de um *dever ou obrigação de igualdade;*

c) o tratamento da respectiva temática quer em sede dos *direitos e garantias;* quer dos direitos *políticos e civis;*

d) a noção de igualdade como *direito absoluto* e, mais particularmente ainda, como *qualidade essencial dos direitos absolutos;*

e) a distinção entre *igualdade natural, igualdade social* (i.e., concreta, real) e *igualdade legal.*"[82]

82 ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade.* Introdução a Jurisprudência. Com a colaboração de Eduardo Vera Cruz, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pág. 79; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional,* Coimbra Editora, Coimbra, 1988, Volume IV; PIRES, Francisco Lucas. *Teoria da Constituição de 1976. A Transição Dualista,* Coimbra s.i. ed., 1988; CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Coimbra Editora, Coimbra, 1978; DANTAS, Ivo. *Constituição Federal. Teoria e Prática.* Atualizada pela Lei n. 8.713 (30.09.93) e pela Revisão Constitucional de 1993-1994. (Volume I), (Arts. 1º a 17), Livraria e

É necessário, nos dias de hoje, uma reformulação profunda do controle da Administração pública, não apenas no que se refere as formas de controle (controle interno, controle por provocação do administrado, controle externo pelos Tribunais de Contas e controle externo pelo Judiciário).[83]

As grandes discussões em torno do perfil do Estado contemporâneo, inclusive no que se refere aos novos paradigmas do direito internacional, do direito comunitário ou do direito da integração levam a necessidade de uma reformulação de seu desenho ou de seus traços essenciais, sem esquecermos as contribuições que vieram da Teoria do Estado, da Teoria da Constituição, do Processo Constitucional e dos Princípios essenciais revelados pelo Direito Constitucional Comparado, em sua íntima relação com o Direito Administrativo.

Os debates em torno do que se resolveu denominar de Reforma do Estado, Reforma Política ou Reforma Administrativa, devem ser aprofundados, para que sejam legitimadas todas as formas de atuação do Estado Democrático de direito, que, também precisa de uma redefinição contemporânea, em nível de Administração séria e confiável.

A legitimação dos problemas do Estado Moderno, enunciada por Jürgen Habermas, é necessária a uma Administração democrática transparente, virtual e visível, quando falamos para um país desencantado, que almeja uma reestruturação do poder, através de relações que se extendam por toda a estrutura social. Nesse sistema de relações de poder, cada parcela tem sua própria especificidade, onde existem diversos pontos de contato e influência recíproca.

A calculabilidade plena no funcionamento da ordem jurídica e administrativa, como garantia formal, deve merecer a confiança de todos os pactos do poder político, com a efetivação de uma administração racional formal e um direito racional formal. A superioridade técnica da burocracia depende de divisão e especialização do trabalho, orientado por regras impessoais. Necessita-se evitar, entretanto, que a burocratização gere uma forma de dominação, baseada em uma racionalidade formal, que faz perigar a sobrevivência dos direitos fundamentais.[84]

Editora Renovar Ltda., Rio de Janeiro, 1994; MEIRA, José de Castro. *Controles da Administração Pública (Interno e Externo).* BDA. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ Ltda., São Paulo, Publicação Mensal, Ano XII, nº 1, janeiro, 1996, pp. 10 e ss.

83 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública,* Coleção Constituição de 1988. Primeira Leitura, n. 10, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. O Direito à Defesa na Constituição de 1988 (o processo administrativo e os acusados em geral, Renovar, Rio de Janeiro, 1991; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação* Política. Legislativa — Administrativa — Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia. Renovar, Rio de Janeiro, 1992.

84 HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Problems in the Modern State,* em *Communication and the Evolution of Society,* Beacon Press, Boston, tradução e introdução de Thomas McCarthy, 1979, pp. 178 e ss; idem, *The Theory of Communicative Action.* Volume One. *Reason and the Rationalization of Society,* Beacon Press, Boston, 1984, trad. de Thomas McCarthy; idem, *The Theory of Communicative Action.* Volume Two. Lifeworld and System: A Critique of Funcionalist Reason, Beacon Press, Boston, 1987, tradução de Thomas McCarthy; SERRANO GÓMEZ, Enrique. *Legitimación y racionalización Weber y* Habermas: la dimension normativa de un orden secularizado, Anthropos Editorial del Hombre, Universidad Autónonoma Metropolitana, Iztapalapa, México, 1994, 1ª edição; HABERMAS, Jürgen e RAWLS,

A reformulação das Administrações públicas contemporâneas não podem prescindir de uma "Sociologia da Administração", para que se possa compreender todos os mecanismos vinculativos das atividades do poder público com a cidadania, decorrente da própria criação contínua de direitos e liberdades, que transformam a Constituição em "Carta Jurisprudencial" dos mesmos, propiciando a extensão do princípio geral da igualdade, dotado de valor constitucional, mas permanentemente consolidado pelos procedimentos jurídicos e pela legitimação social.[85]

É dentro deste entendimento que René Chapus emprega a expressão "Sociologia e direito do contencioso administrativo". Afirma que como outros fenômenos da vida social, o contencioso administrativo, tendo em vista o conjunto de litígios que aparecem nas jurisdições administrativas, é susceptível de ser objeto de um estudo sociológico, através de estudo dos baseados em fatos como:

a) A influência política da jurisdição administrativa e sua sensibilidade perante às mudanças políticas e constitucionais;

b) Como os magistrados administrativistas compreendem sua missão;

c) A maneira como são considerados e julgados por seus juridicionados, ou pela opinião pública em geral, notadamente quanto ao grau de confiança nas atividades que realizam;

d) Quais as atividades administrativas que geram o maior número de litígios;

e) O resultado dos recursos interpostos, no que se refere a proporção das decisões de anulação ou de condenação, de maneira geral, tendo em vista os limites de um contencioso particular.

Entende Chapus que tais indagações são importantes, não apenas como interesse intelectual, mas, também prático, desde que essas constatações podem preparar e acompanhar as reformas necessárias e adequadas.[86]

A *Teoria do Processo Democrático* tem vários níveis de variações, que se iniciam desde os temas sobre Autonomia *vs.* Controle, para que ocorra uma redefinição atual do constitucionalismo. As perspectivas deste Estado têm levado à rediscussão de temas clássicos, com as novas formulações sobre os problemas da legitimação e as crises das tendências: a polarização contemporânea da Teoria Democrática, cidadania, soberania, políticas nacionais e o sistema global, que decorre do sistema pluralístico no campo político, econômico e social. As análises dos modelos

John. *Débat sur la justice politique,* Humanités, Les Éditions du CERF, Paris, 1997, tradução do inglês com a colaboração de Catherine Audard e do alemão Raine Rochlitz, publicada sob o patrocínio do "Centre national du livre); LUHMANN, Niklas. Poder. Universidad Iberoamericana, Anthropos. Editorial del Hombre, Madrid, 1995, Introducción de Darío Rodríguez Mansilla; HABERMAS, Jürgen. Justification and Application Remarks on Discourse Ethics. The MIT Press, Cambridge, Massachussetts, Londres, 1993, tradução du Ciaran P. Cronin.

85 LUHMANN, Niklas Sistemi sociali. *Fondamenti di una teoria generale.* Società editrice il Mulino, Bolonha, 1990; idem, *La differenziazione del diritto.* Società editrice il Mulino, Bolonha, 1990; idem, Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale, Dott. A Giuffrè Editore, Milão, 1995, tradução de Alberto Febrajo, LUHMANN, Niklas DE GIORGI, Raffaele. *Teoria delle società.* Franco Angeli, Milão, 1996, 8ª edição. ROUSSEAU, Domenique. *Droit du Contentieux Constitutionnel,* Montchrestien, Paris, 1995, Domat Droit Public, 4ª edição, Prefácio de Georges Vedel.

86 CHAPUS, René. *Droit du Contentieux Administratif,* Montchrestien, Paris, 1995, 5ª edição, p. 5.

clássicos e as variações contemporâneas levam-nos a discutir constitucionalismo, lei, participação e liberdade em uma democracia. É dentro dessas reflexões que surgem as indagações sobre o futuro da democracia e sua procedimentalização (*Toward a Third Transformation — Democracy in Tommorrow's World*). Os conflitos morais e a legitimidade política, nessa formulação democrática, passam a ter grande significado, quando a jurisprudência constitucional revela a crise do Estado social. David Held trata da democracia, desde aquela do Estado-Cidade até a da *ordem cosmopolita contemporânea (democracia, globalização e governança internacional)*. A *democracia cosmopolística* decorre, também, de uma nova ordem internacional, elaborada do modelo cosmopolístico. Para David Held, provém da ordem global,[87] com incursões sobre Democracia, Estado-Nação e Sistema Global.

Essas reflexões são necessárias para a compreensão de um novo desenho das Administrações Públicas, que fujam ao *autoritarismo*, à *corrupção*, à *desorganização à falta de racionalidade e de eficácia*. O perfil do novo Estado para os dias que se projetam, depende da efetivação de mecanismos organizacionais, assentados, de modo fundamental, na interpretação, por inteiro, das fases constitucionais da Administração. Este caráter instrumental da estrutura organizativa, acerca das atividades direcionais da Administração, demanda sua permanente responsabilidade e controle, contra todas as formas de enriquecimento injusto, que recaem sobre todos aqueles que participam, de qualquer modo, das funções administrativas estatais.[88]

Para melhor compreensão do tema ora exposto, convém mencionar as transformações por que tem passado o Direito Administrativo no Ordenamento Comunitário. Nele assume relevância os efeitos econômicos e jurídicos que caracterizam relações peculiares com a autoridade pública, no setor do serviço público. Entre as modifi-

87 DAHL, Robert. *La democrazia e i suoi critica*, Editori Riuniti, Roma, 1990; DAHL, Robert A. Dilemmas of Pluralist Democracy. Autonomy vs. Control, New Haven and London. Yale University Press, United States of America Vail-Ballou Press, Binghamton, N. Y., 1982; *Constitutionalism and Democracy*. Obra Coletiva, Editada por Jonh Elster e Rune Slagstad, Cambridge University Press, Studies in Rationality and Social Chances, Publicada em colaboração con Maison des Sciences de l'homme, Paris, 1993; HELD, David. *Political Theory and the Modern State*. Essays on State, Power, and Democracy, Stanford University Press, Stanford, California, 1989; DAHL, Robert A. *I Dilemmi della Democrazia Pluralista*, EST, il Saggitore, Milão, 1996; HELD, David. *Models of Democracy*. Stanford University Press, Stanford, Califórnia, 1987; DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven e Londres, 1989; HELD, David. Obra Coletiva. *Political Theory Today*. Edited by David Held, Stanford University Press, Stanford, Califórnia, 1991; RAZ, *Joseph. Authority*, Edited by Joseph Raz, New York University Press, New York, 1990; COLAPIETRO, Carlo. La Giurisprudenza Costituzionale Nella Crise dello Stato Sociale, CEDAM, Padova, 1996; BOBBIO, *Norberto. El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito, Coimbra, 1987; HELD, David. Obra Coletiva. Edited by David Held, Stanford University Press, Stanford, California, 1993; BOBBIO, *Norberto. Las ideologias y el poder en Crisis*. Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, tercera vía y tercera fuerza. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1988; idem, *Tra Due Repubbliche Alle origini della democrazia italiana*. Saggine Donzelli Editore, Roma, 1996.

88 BERTI, G. *La publica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1965; NIGRO, M. *Studi sulla* funzione organizzatice della publica amministrazione, Milão, 1967; ANDREANI, A. *Il princípio* costituzionale di buon andamento della pubblica amministraziones, Padova, 1979.

cações operadas, algumas decorrem do "Tratado da União Européia", assinado em Maastricht, no dia 7 de fevereiro de 1992.[89]

As discussões em torno da privatização não podem esquecer do Estado e da Administração, bem como das maneiras de seu controle. Os debates sobre a privatização que levam as passagens para a atividade privada, do que era tarefa da Administração pública, no que toca ao ordenamento comunitário, não se esgota na sua forma jurídico-econômica de gestão de um serviço, seja ele público ou privado, nem a respeito do proprietário. A eliminação da posição de monopólio que contrasta com as normas e princípios do ordenamento comunitário, que pretende criar um mercado único de bens e de serviços, reflete nas noções de mercado e concorrência, promovendo novas formas de controle dos abusos realizados pelos particulares e pelos poderes públicos, que não se demitem de mecanismo de controle, em benefício da sociedade, inclusive através do "Judicial review".[90]

O "*substantive due process*" propicia as correlações entre o controle da legalidade e o controle de constitucionalidade dos atos administrativos, tomando-se a Constituição como regra geral de direito.

As normas constitucionais relativas às liberdades e direitos fundamentais, normalmente, não têm a plena efetividade, ainda hoje, na maioria dos Estados.

A própria compreensão da essencialidade dessas normas é secundária, pelo que são desprezadas, em todos os momentos, mesmo em países que se dizem formalmente democráticos.

A expressividade e o conteúdo dessas normas, tanto na esfera privada como na pública, estão ausentes das práticas constitucionais e administrativas, inclusive no que se refere ao acesso à justiça ou à "justiciabilidade". Toda "ordem jurídica" deveria assegurar a realização do "*valor justiça na sociade*", sendo que na tradição aristotélico-tomista, este valor constituiria em se mesmo, o "fim" do direito e o critério de "validade", necessário à juridicidade. O "acesso à justiça", em certo sentido, é objeto de um direito constitucionalmente garantido, mas ineficaz.

Todo cidadão, como litigante, deve ser compreendido e atendido em suas postulações, para obtenção de uma decisão correta. A proteção judicial, em qualquer

89 CASSESE, S. L'influenza del diritto amministrativo communitario sui diritti amministrativi *nazionali*, em Riv. it. dir. pubbl. com., 1993; CHITI, M. P. *Il Trattato sull'Unione europeu e la sua influenza sulla Costituzioni italiana.* em Rev. it. dir. pubbl., 1993; PLIAKOS, A. D. *La nature juridique de l'Union europeéne.* em Rev. trim. droit europ., 1993; MESCHERIAKOFF, A. S. *Droit des services pubblics*, Paris, 1992; *BOULOUIS, Jean. Droit Institutionnel de L'Union Européenne*, Montchrestien, Paris, 1995, 5ª edição; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional. Uma Introdução* (Constituição de 1988 revista em 1994), Rio de Janeiro, 1994; SIFUENTES, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais.* Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.

90 ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995; ELY, John Hart. *On Constitutional Ground.* Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1996, p. 279; RICHARDS, David A J. *Toleration and the Constitutions.* Oxford University Press. New York. Oxford, 1986; ARKES, *Beyond the Constitution.* Princeton University Press, Princeton, New York, 1990; PERRY, Michel y. *The Constitution in the Courts. Law or Politis*? Oxford University Press, New York, Oxford, 1994.

dos dois grandes sistemas, está baseada nas "garantias abstratas" e nas "garantias concretas", sendo que a função das Jurisdições é a proteção dos direitos fundamentais. Daí decorre o desenho constitucional da proteção judicial específica, com destaque para: o âmbito material da proteção; o sujeito da proteção; as características do processo e os mecanismos de natureza processual; o procedimento excepcional, caracterizado pela preferência e sumariedade; a alternatividade; a pluralidade de procedimentos.

A proteção judicial dos direitos fundamentais contra os atos das Administrações Públicas assenta-se na legitimação ativa (interesse legítimo), legitimação passiva, de conformidade com os atos recorríveis, segundo sua natureza jurídica (atos, atos de tramitação, disposições não legislativos, utilização das vias de fato e desvio de poder).

Os atos recorríveis, segundo o conteúdo material, são aqueles sujeitos ao Direito Administrativo e os atos de governo. São susceptíveis do recurso contencioso-administrativo os atos das Administrações Públicas sujeitos ao Direito Administrativo, sendo que os demais são conduzidos aos procedimentos da jurisdição comum, com base no pressuposto da "ratione materiae", nos sistemas jurisdicionais de contencioso não dualista.[91]

Todas estas reflexões encaminham-se para uma Teoria Geral do Direito, que como afirma Ronald Dworkin, deve ser conceitual e normativa. Sua parte normativa

91 FAVOREU, Louis. RENOUX, Thierry S. *Le Contentieux constitutionnel des actes administratifs.* Collection Droit Public, Sirey, Paris, 1992; ROBERT, *Jacques. Droit de L'Homme et Libertés Fondamentales,* com a colaboração de Jean Duffar. Montchrestien, Paris, 1996, 6ª edição; CAPPELLETTI, Mauro. *Le Pouvoir des Juges. Aricles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé.* Tradução de René David. Prefácio de Louis Favoreu. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1990, OULD BOUBOUTT, *Ahmed Salem. L'Appôrt du Conseil Constitutionnel au Droit Administratif.* Prefácio de Georges Vedel. Presses Universitaire D'Aix-Marseille, Paris, 1987 Sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet. Obra Coletiva. *Droits et libertés fondamentauxs,* Dalloz, Paris, 1996, 3ª edição; GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales,* Tirant lo blanch, Alternativa, Valência, 1994; GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial,* Apresentação de Cass Sunstein, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996, 1ª edição; CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1993; COHEN-JONATHAN, Gérard. *Aspects européens des droits fondamentaux.* Préparation an C.R.F.P.A. Libertés et Droits Fondamentaux. Montchrestien, Paris, 1996; REDOR, Marie-Jöelle. *De L'Etat Legal a L'Etat de Droit.* Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1992; LEBRETON, Gilles. *Libertés publiques* & Droits de l'Homme. Armand Colin, Paris, 1996; TURPIN, Dominique. *Les libertés publiques. Théorie générale. Libertés de l'esprit Liberté individuelle. Libertés sociales,* Dunod, Paris, 1995. Mémo Fac; idem, *Les Libertés publiques. Théorie générale des libertés publiques. Régime juridique de chacune des libertés publiques.* Gualino éditeur, Paris, 1996, 3ª edição; JIMÉNEZ-BLANCO, Jesús Garcia Torres. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares.* La *Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Cuadernos Cívitas. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986; *Civil Rights and Equality.* Introduction by L. Karst. Seleções da Encyclopedia of the American Constitution. Editada por Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst, and Dennis J. Mahoney, Macmillan Publishing Company. New York, Collier Macmillan Publishers, Londres, 1986; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* Editora Saraiva, São Paulo, 1995; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* Volume I, Sérgio Antônio Fabriz Editor, Porto Alegre, 1997.

abrange uma diversidade de temas que compõem uma teoria da legislação, da adjudicação e da obediência ao direito; sendo que essas teorias consideram as questões normativas do direito, do ponto de vista do:

— legislador;
— do juiz; e
— do cidadão comum.

A teoria da legislação deve conter uma "*Teoria da legitimidade*", que descreva as circunstâncias justificadoras que delegam uma pessoa ou um grupo de pessoas o direito de legislar, com uma teoria da "*justiça legislativa*", que estabelece as leis "*que podem elaborar*" ou *estão obrigadas a fazê-las*". Nesse momento elas passam a ser objeto dos "conceitos interpretativos" de aplicabilidade. As interpretações constitucionais estão baseadas em muitas espécies de razões: significados, intenções, precedentes e valores morais, circunstância que nos levam à compreensão da própria natureza da interpretação constitucional, que sofre a influência das diferentes teorias.[92]

As bases constitucionais do controle jurisdicional das Administrações Públicas estão assentadas na presunção da mesma, quando os estudos observam sua evolução e atuação. É importante ressaltar a extensão e limites do controle jurisdicional, bem como seu alcance, através de pressupostos da intervenção jurisdicional, quando se examina, também, a organização e funcionamentos da justiça, os caracteres do processo e as conseqüências da execução das sentenças. A primazia da Constituição, a descrição do ordenamento jurídico e a lógica do direito comum, do direito legislado e da "common law". Em certos sistemas, o princípio da supremacia da Constituição, quando esta atua no ordenamento jurídico, reconhece a capacidade de criação do direito, inclusive, com o precedente, assentado na interpretação e aplicação das normas aos casos concretos. Possibilita-se a relação de colaboração ou associação entre os poderes legislativo, executivo e judicial, em que se baseiam os sistemas de "rule of law". Nestes mecanismos permite-se a constante revisão e reformulação, através do alcance e intensidade dos controles.

Ronald Dworkin, em vastíssima produção intelectual, tem dedicado profundas reflexões, aos mais diversos temas, ligados à Constituição norte-americana, à moral, à liberdade e outros vários importantes assuntos para a sociedade contemporânea, necessários à reformulação da Administração Pública.

Em recente trabalho, um dos mais significativos juristas constitucionais de nossa época, considerado como proeminente teorista legal, em suas profundas considerações sobre os temas centrais da *American Constitucional Law* e a *Moralidade*, menciona a usurpação dos poderes da Suprema Corte e dos "privilégios do povo". No livro ("Freedom's Law. The *Moral Reading of the American Constitution*", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996) encarrega-se de questões essenciais ao direito. Os vários capítulos desse livro, discutem muitos temas

92 BRISON, Susan J. Sinnot-Armstrong. *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation.* Edited by Susan J. Brison e Walter Sinnott-Armstrong, Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1993.

constitucionais, com múltiplos argumentos que merecem profundas reflexões para as transformações, de base, da Administração Pública.[93]

As renovações que se pretende estabelecer para agudas transformação do Estado e da Administração, necessitam de uma reflexão sobre a noção conceitual de Administração Pública, desde a sua etimologia, que já apresentava seus pontos essenciais. Etimologicamente, administração provém do latim *administratio* e *administrar de ad e ministrare*, servir. Vincula *servir, ação e atividade.* Nem todas as práticas de atuação administrativa estatal correspondem a estes objetivos originários. Merkel (*Teoria General de Derecho Administrativo,* Madrid, 1935) entende por Administração, no sentido mais amplo, toda atividade humana planificada para alcançar determinados fins humanos. A doutrina, como mostra Manuel Maria Diez, é rica nestas reflexões (Jellinek, Kelsen, Mayer, Stein, Laband, Fleiner, Duguit, Jeze, Vitta, Bielsa, Carré de Malberg, Forti, Fraga, Villegas Basavilbaso, Donati e muitos outros) construíram os pressupostos essenciais da *Teoria Geral do Direito Administrativo,* com destaque para os fatos, atos administrativos, elementos dos atos administrativos e legitimidade, mérito, executoriedade, presunção de legitimidade, revogação, coisa julgada administrativa, atos inexistentes invalidade do ato administrativo, conversão e aperfeiçoamento, interpretação e retroatividade.[94]

A compreensão dos valores superiores da Constituição (coerência dos conteúdos, liberdade, justiça, igualdade formal e material) e dos princípios, também do Direito Administrativo levam aos deveres morais e às obrigações de todos os órgãos do Poder, para efetivar de fato os direitos, liberdades e igualdades dos cidadãos, com pleno desenvolvimento da pessoa humana, através da concreta participação em todos os momentos da organização política, econômica e social.[95]

Muitas autoridades desconhecem as obrigações constitucionais e administrativas, atuando como não tivessem nenhum compromisso e responsabilidade, perante a sociedade e a cidadania, deixando, inclusive de prestar contas de suas atividades. Qualquer reformulação da Administração Pública só pode ocorrer dentro do correto entendimento de todos os pressupostos examinados neste trabalho. Infelizmente, na maioria das práticas constitucionais e administrativas não são eles seguidos, colo-

93 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978; idem, *Law's Empire,* The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986; idem, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution.* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996; idem, *A Matter of Principle.* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.

94 DIEZ, Manuel Garcia. *El Acto Administrativo,* Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956; CRETELLA JÚNIOR, J. *Dos Atos Administrativos Especiais,* Forense, Rio de Janeiro, 1995; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Anulação de Ato Administrativo e Dever de Invalidar.* BDA. Boletim de Direito Administrativo. Editora NDJ Ltda., São Paulo, Publicação Mensal, Ano XII, n. 8, agosto, 1996, pp. 483 e ss.

95 PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores.* Temas Clave de la Constitucion Española. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1986; CAMPOS, German J. *Las Obligaciones en el Derecho Constitucional,* Ediar-Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financeira, Buenos Aires, 1987; REBUFFA, Giorgio. *La Costituione Impossible Cultura política e sistema parlamentare in Itália,* il Mulino / Contemporâneo 74, Bolonha, 1995.

cando-se os direitos dos administrados em posição secundária ou mesmo não dando a menor importância aos mesmos.

A incompetência administrativa e política, bem como a falta de seriedade conduzem, as mais variadas manifestações de desobediência civil, gerando a reformulação da teoria clássica do direito de resistência,[96] promovendo a relação entre os problemas morais e jurídicos, assentados em cláusulas constitucionais (*due process of law e "equal protection"*), desconhecidas daqueles que exercem as funções essenciais do Estado. A democratização do poder assenta-se na problemática de sua limitação contra todas as formas de atuação abusiva ou incorreta do mesmo. O controle do seu exercício, com a efetivação do princípio da proteção jurídica sem lacunas, deve superar o próprio "défice processual", para a consagração do Estado de direito democrático, como paradigma constitucional imanente, para resguardo da "constituição normativa", como conceito superador do estado de tensão entre a "constituição jurídica" e a "constituição efetiva", geradora de um "Estado de cidadãos".[97]

V. E. Orlando (*Trattato di Diritto, Amministrativo*) já dizia que o centro de gravidade das questões políticas, tende a passar pelos campos constitucionais e administrativos. A ação administrativa do Estado tem passado por diversos perfis, até que se chegou à formação do Estado pluralista, que veio acompanhado da expansão dos serviços públicos. Denominações como Estado assistencial, Estado do bem estar, neocapitalismo, Estado mínimo, Estado social, Estado burguês, capitalismo maduro ou controlado, neomarxismo, capitalismo monopolítico do Estado, Estado socialista, à sua maneira ou de conformidade com a ideologia, procuram definir as atividades da Administração pública, nem sempre com perfis adequados, no que se refere especialmente aos procedimentos administrativos, que têm como finalidade principal a proteção dos direitos fundamentais. Objetiva-se, através de processos e procedimentos democráticos, conhecer e resolver todas as impugnações dos atos da Administração pública, que afetam os direitos fundamentais.[98]

Com o crescimento das atividades estatais e administrativas, torna-se cada vez mais necessário o estudo de todos os mecanismos processuais para o controle dos órgãos do poder público. Os conflitos, que se sucedem na órbita da administração

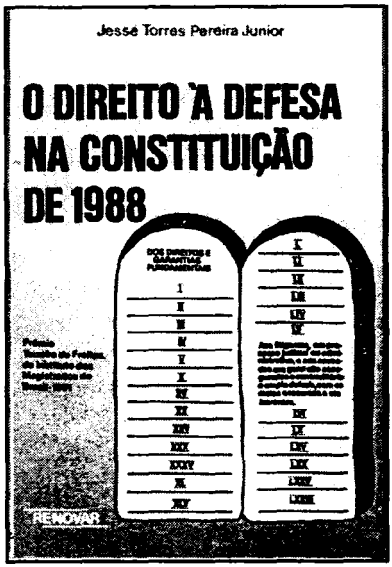
96 GARCIA, Maria. *Desobediência Civil. Direito Fundamental,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, COSTA, Nelson Nery. *Teoria e Realidade da Desobediência Civil.* De acordo com a Constituição de 1988, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990; DWORKIN, Ronald. *Civil Disobedience.* em *Taking Rights Seriously,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, pp. 206 e ss; ARAÚJO, José Antonio Estévez. *La Constitución Como Proceso y* la Desobediência Civil. Editorial Frotta, S.A, Madrid, 1994.

97 QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder.* Livraria Almedina, Coimbra, 1990; Beand, Olivier. *La Puissance de L'E'tat.* Presses Universitaires de France, Paris, 1994, p. 199 e ss.

98 GIANNINI, *Massimo Severo. Il Pubblico Potere. Stati e Amministrazioni Pubbliche.* Universale Paperbacks. Il Mulino, 197, Bolonha, 1986; SALINAS, Esperanza Gonzalez. *Proceso Administrativo para la Proteccion de los Derechos Fundamentales* (Jurisprudência del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo), Editorial Cívitas, S.A, Madrid, 1994, 2ª edição.

pública, geram a todo momento, a necessidade do aperfeiçoamento dos mecanismos procedimentais para a defesa dos interesses da cidadania. Para isso é necessário o levantamento de todos os institutos que estão ligados às atividades de aprimoramento da defesa dos direitos fundamentais. Os mecanismos processuais, em qualquer uma das suas formas de jurisdição contenciosa, ordinária, administrativa e constitucional, devem ser aperfeiçoados para a maior fiscalização de todas as maneiras de atual da administração pública. Na pluralidade de procedimentos de fiscalização de todos segmentos e formas de atuação da administração pública, inclusive no controle das formas incorretas de enriquecimento ilícito, por parte dos órgãos do poder público, torna-se imprescindível o aperfeiçoamento da tipologia dos controles e de todos os institutos processuais necessários a uma fiscalização intensiva e profunda das diversas maneiras de atuação da Administração Pública.[99] A Teoria Geral do Processo é um instrumento necessário para uma revisão dos seus diversos institutos, inclusive no que se refere à aplicação dos mesmos, como instrumento de efetivação da Cidadania frente a todas as atividades do poder público, decorrentes da estruturação contemporânea do Estado, do governo e da Administração.

99 GUICCIARDI. *La giustizia amministrativa*, Pádua, 1954, 3ª ed.; SANDULI. *Il procedimento amministrativo*, Milão, 1959, ALESSI. *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milão, 1953; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo*, RAP — núm. 8; idem, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1964, 2ª ed., I; LEÓN Y LARRETA. *Observaciones filosófico-jurídicas acerca de la autoridad de la cosa juzgada* — RGLTJ, t. 44 (1874); CALDERÓN. *La función negativa de la cosa juzgada*. RGLS, t. 108 (1906); SILVA MELERO. *La cosa juzgada en el proceso civil* — RGLJ — t. 168 (1936); GUASP. *Limites temporales de la cosa julgada*, separata do ADC Madrid, 1948; ALVAREZ, *Fabio. La cosa juzgada en el Derecho administrativo*, em Sobre lo Contencioso-administrativo, La Habana, 1956; REBOLLO, *Martin. La Justicia administrativa ante el texto constitucional* — RED — nº 19, 1978; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Los recursos administrativos* y *económico-administrativos*, Madrid, 1975, 3ª edição; idem, *Comentários a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, 1978 — idem, *Comentários a la Ley de Ordem Pública*, Madrid, 1971; idem, *El juez ordinario defensor de la legalidad administrativa*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1971,1; CARRILLO FLORES. *La Justicia federal y la Administracion pública*, México, 1973, 2ª edição; GUASP. *Administración de Justicia y derechos de la personalidad*, RE, num. 17 — BONNARD. *Le contrôle jurisdictional de l'Administration*, 1934 — GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo — Revista Crítica de Derecho Inmobiliário*, num. 152; GALLOSTRA. *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881; PI Y SÚÑER. *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1928; *ROMAY, Carmona. Derecho procesal administrativo*, La Habana, 1946; GARRIDO FALLA. *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, RAP, nº 7; MARTIN DEL BURGO. *Administración de la Jurisdicción*, RAP, núm. 54; GARCÍA DE ENTERRÍA. *El principio de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, RAP, num. 42; GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El método en el Derecho administrativos*, RAP, num. 42; idem, *Régimen administrativo* y proceso administrativo, em Scritti in memoria de P. Calamandrei, Pádua, 1956; LITWIN. *Les conflits d'atributions entre les* organes administratifs et les tribunaux de Droit comum d'aprés un projet de loi polonais de 1962. Academia Polonesa de Ciências; ALVAREZ, Fabío. *La cosa juzgada en el Derecho administrativo*, em Sobre lo contencioso-administrativo, La Habana, 1956; ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES. *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943; GUASP. *Administración de Justicia y* derechos de la *personalidad*. RE, num. 17; PERA VERDAGUER *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Barcelona, 1974, 3ª ed; GARBAGNATI. *La giurisdizione amministrativo*, Rivista trimestrale di Diritto pubblico, I, 1 (1951).



Ref. 0032
Brochura
182 págs.
Form. 14x21
1991

O DIREITO À DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Jessé Torres Pereira Junior

O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, estendeu ao processo administrativo inominado e aos acusados em geral o direito à defesa e ao contraditório, até então garantias expressamente dirigidas apenas ao processo judicial penal e ao processo administrativo disciplinar. A aplicação do preceptivo constitucional pende de distinguirem-se, entre os numerosos e variados procedimentos que circulam no cotidiano dos órgãos e entidades da administração pública, aqueles que comportam a natureza de processo, e de identificarem-se, nas estruturas da organização social, os "acusados em geral".