

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

WALESKA CARIOLA VIANA

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO A UM GOVERNO PROBO NA HISTÓRIA DO
ESTADO E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

OSASCO
2014

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

WALESKA CARIOLA VIANA

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO A UM GOVERNO PROBO NA HISTÓRIA DO
ESTADO E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserida na linha de pesquisa “Efetivação e Controle dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Cláudio da Costa Machado.

OSASCO
2014

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Antônio Cláudio da Costa Machado

Professor Doutor Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas

Professora Doutora Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci

“Em quase todas (talvez todas) as organizações, por toda parte, há algum espaço para alguma democracia. Em quase todos os países democráticos há bastante espaço para mais democracia” (Robert Dahl)

Para meus pais, Celso (*in memoriam*) e Maria Antonieta, para meu companheiro e amigo de todas as horas, José Guilherme e para minhas amadas filhas, Paula e Bruna, razões do meu viver.

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus, a quem atribuo toda a inspiração, sem a qual este trabalho não se realizaria.

Ao meu orientador, Antônio Cláudio da Costa Machado, agradeço a orientação, a disponibilidade, a paciência, a amizade, o respeito e o carinho que me foi dispensado nestes últimos dois anos de convívio acadêmico.

Aos professores Ivan Martins Motta e Gerson Amauri Calgaro, membros da banca de qualificação, agradeço os comentários, as críticas e sugestões que contribuíram para o enriquecimento do meu trabalho e para a conclusão desta dissertação.

Aos dedicados professores Anna Candida da Cunha Ferraz, Márcia Cristina de Souza Alvim, Margareth Anne Leister, Luís Rodolfo de Souza Dantas, Ivan Martins Motta, Fernando Pavan Baptista e Débora Gozzo pelos conhecimentos que foram transmitidos e pelo incentivo.

Aos amigos de mestrado, em especial, à dedicada companheira Mirian Andrade dos Santos, pela amizade que tornaram mais leves esses anos de pesquisa, bem como pelo encorajamento nas horas difíceis.

À Edlaine Amorim e ao professor Luiz Eduardo Siqueira que, como anjos, apareceram nas horas necessárias, dispostos a ajudar, sem nada esperar em troca.

À minha família, minha mãe, minha irmã Adriana, minha tia Anita e minha sogra Sônia pelo amor, pelas orações e pelas carinhosas palavras de apoio.

À Marly Pereira dos Santos pela sua dedicação.

Às minhas filhas, Paula e Bruna, pelo apoio e principalmente pela compreensão às ausências em momentos importantes de suas vidas.

Agradeço a José Guilherme pelo carinho, apoio e amor de todos os dias, e pelas doses extras de paciência e compreensão que lhe foram exigidas durante a realização desse trabalho.

Resumo

Em uma retrospectiva histórica à formação do Estado, buscamos, nesse trabalho, traçar as origens e a importância do direito fundamental ao governo probó - ou à probidade administrativa, expressão contemporânea - para a democracia e a cidadania, elementos fundamentais do Estado de Direito. Com a adoção da figura de um eixo histórico, traçamos a evolução do Estado de forma cronológica, observando seus aspectos políticos mais importantes, sob a ótica histórica da Europa - e também do Oriente próximo - por ser essa considerada precursora das civilizações ocidentais. Assim, percebemos que já na Idade Antiga existia uma expectativa dos súditos de que o soberano – considerado como um deus ou representante dos deuses - governasse de forma proba. Com a afirmação histórica dos direitos humanos, essa expectativa é reconhecida como valor do Estado e ascende para a condição de direito, restando positivada na maioria dos ordenamentos jurídicos como um princípio. Transposta a etapa da positivação do direito à probidade administrativa ou a um governo probó, nos preocupamos com a questão da efetivação da defesa desse direito difuso fundamental, tanto no campo material, quanto no campo processual.

Palavras-Chave: Estado de Direito; Democracia; Cidadania; Probidade Administrativa; Direito Difuso.

Abstract

In a historical retrospective of state formation, we sought in this work to trace the origins and importance of the fundamental right to honest government - or administrative probity, contemporary expression - for democracy and citizenship, fundamental elements of the rule of law. With the adoption of a historical figure axis, traced the evolution of the state chronologically, observing its most important political, under the historical perspective of Europe - and the Near East - because that was considered the precursor of Western civilization. Thus we see that already in Old Age existed an expectation of subjects to the sovereign - regarded as a god or gods representative - ruled the proba way. With the historic affirmation of human rights, this expectation value is recognized as the state and ascends to the right condition, leaving positively valued in most jurisdictions as a principle. Implemented step of positivization the right to administrative probity or a righteous rule, we care about the issue of execution of the defense of this fundamental right diffuse, both in the material field, as in the procedural field.

Keywords: rule of law; democracy; citizenship; Administrative Probity; Diffuse law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O ESTADO E A EXPECTATIVA A UM GOVERNO PROBO.....	13
1.1 Origem e elementos do Estado	13
1.2 A evolução histórica do Estado.....	22
1.2.1 Estados antigos	23
1.2.1.1 O Estado antigo propriamente dito.....	23
1.2.1.2 O Estado grego.....	27
1.2.1.3 O Estado romano	30
1.2.2 Estado medieval.....	33
1.2.3 Estado moderno.....	36
2 O ESTADO DE DIREITO E A IMPORTÂNCIA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PARA A DEMOCRACIA	38
2.1 Origem e Elementos do Estado de Direito	38
2.2.1 Da separação dos poderes e dos princípios da constitucionalidade e da legalidade.....	41
2.2.2 Dos direitos fundamentais	47
2.1.3 Do elemento democrático.....	53
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	63
3.1 Definição e Natureza Jurídica	63
3.2 Dos atos de improbidade administrativa	67
3.3 Formas de combate aos atos de improbidade administrativa.....	69
3.3.1 Combate preventivo.....	69
3.3.2 Combate repressivo.....	73
3.3.2.1 Arcabouço normativo. Breve histórico no Brasil.....	73
3.3.2.2 Proibidade Administrativa na Constituição de 1988.....	77
4 A DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS DIMENSÕES JURÍDICAS..	80
4.1 A defesa da proibidade administrativa no Brasil.....	84
4.2 A natureza civil da ação de improbidade administrativa	86
4.3 A legitimidade ativa da ação de improbidade administrativa	93
4.4 A defesa da proibidade administrativa no Direito estrangeiro.....	96

4.5.O anteprojeto ENCCLA. Uma proposta para ampliação da legitimação ativa na ação de reparação civil por ato de improbidade administrativa.....98

CONCLUSÃO..... 102

REFERÊNCIAS 104

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais correspondem hoje não apenas ao grande pólo metodológico do direito constitucional, mas também, por razões óbvias, ao direito processual, pois toda vez que se proporciona a alguém a garantia de um processo, um direito material está sendo valorizado.

Sem dúvida, é de grande importância a preocupação com as garantias constitucionais, em especial, com o acesso à Justiça para a proteção dos direitos fundamentais de primeira, segunda e de terceira dimensão, mostrando-se imprescindível à efetivação e concretização desses direitos materiais individuais, coletivos e difusos por meio de um processo.

Dentre os obstáculos que impedem o acesso à Justiça está a ausência de mecanismos jurídicos para a defesa dos direitos reconhecidos como difusos ou, no caso de existência desses mecanismos, a sua grande limitação quanto aos legitimados, notadamente no que tange ao direito transindividual a um governo probo e a uma Administração Pública eficiente e honesta.

Diante desse cenário, é que o presente estudo buscará identificar os obstáculos que limitam a defesa desses direitos difusos pelos cidadãos e comprometem o pleno exercício da cidadania e culminará com a apresentação de proposta para a ampliação da participação democrática na defesa da probidade administrativa.

Enfim, o que se pode seguramente afirmar é a necessidade de criação de mecanismos eficazes que incentivem e ampliem a possibilidade da participação popular como forma de canalizar as energias e as insatisfações por um caminho correto, evitando que essas energias se dispersem ou transbordem o que, de uma forma ou de outra, não é saudável para a democracia, um dos elementos essenciais do Estado de Direito.

O trabalho está dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado ao estudo da origem, elementos e evolução do Estado e a existência de uma expectativa a um governo probo; o segundo enfatiza o estudo do Estado de Direito e o seu elemento democrático; o terceiro e quarto capítulos são dedicados à análise da probidade administrativa como princípio constitucional implícito que abrange os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e a sua defesa nas dimensões jurídicas penal, político-administrativa e civil, culminando com a

apresentação da proposta para ampliação do rol dos legitimados a propositura da ação civil de improbidade administrativa para defesa do direito difuso à probidade administrativa e do Estado de Direito.

1 O ESTADO E A EXPECTATIVA A UM GOVERNO PROBO

1.1 Origem e elementos do Estado

Partimos da noção de que *Estado* é uma sociedade política. Estudando a origem das sociedades, encontramos teorias que tentam explicar a razão do homem viver gregariamente e sob uma organização política, apesar das limitações que isto impõe à própria liberdade humana.

Uma primeira teoria afirma que a sociedade é fruto da própria natureza humana, ou seja, defende a ideia de sociedade natural. Tal entendimento, com maior número de adeptos, tem sua origem na obra “A Política”, de Aristóteles, em que se conclui que “o homem é um animal político, por natureza.”¹

Marco Túlio Cícero (106-43 a.C), em Roma, no século I a.C., sem dúvida, por influência de Aristóteles, também afirma:

A primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum.²

Na Idade Média, Santo Tomás de Aquino dizia: “o homem é, por natureza, animal social e político (...)” e “a vida solitária é exceção”.³

Uma segunda teoria nega a justificativa do impulso associativo natural com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade. A tese contratualista aparece primeiramente na obra “O Leviatã”, de Thomas Hobbes (1588-1679), publicada em 1651. Contrários à linha absolutista do contratualismo e aos fundamentos da teoria de Hobbes da “permanente guerra de todos contra todos”⁴, mas também contratualistas - pela admissão de que a sociedade decorre de

¹ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 14.

² CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Trad. e notas por Amador Cisneiros. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011, XXV, p. 30.

³ “Essas exceções podem ser enquadradas numa das três hipóteses: *excelentia naturae*, quando se tratar de indivíduo notavelmente virtuoso, que vive em comunhão com a própria divindade; *corruptio naturae*, referente aos casos de anomalia mental; *mala fortuna*, quando por acidente o indivíduo passa a viver em isolamento, por exemplo, no caso de naufrágio” in DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

⁴ HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 99.

um acordo de vontades, e não do instinto humano - seguiram-se Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778)⁵.

Atualmente, conforme leciona Dalmo de Abreu Dallari, “predomina a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas”⁶.

Nesse mesmo sentido, Herman Heller, citando Gerhart Niemeyer, afirma que:

(...) nenhum dos momentos culturais ou naturais tem caráter exclusivo nem decisivo para conservar a união dos homens. Ao contrário, a realidade social constitui-se, segundo uma estrutura dialética, de todos os fatores parciais que só podem insular na mente e que nunca se deixam tornar absolutos⁷.

No entanto, para a constituição de um Estado, não basta a reunião de pessoas, torna-se imprescindível que essas tenham se agrupado em vista a atingir um objetivo comum.

Ainda, segundo Dalmo de Abreu Dallari, “as sociedades de fins gerais são comumente denominadas sociedades políticas, exatamente porque não se prendem a um objetivo determinado e não se restringem a setores limitados da atividade humana”⁸.

Dentre as sociedades políticas temos a família, fenômeno universal, que, no entanto, atinge um círculo menor de pessoas; os clãs (conjunto de famílias que se presumem ou são descendentes de ancestrais comuns) e as tribos (grupo social que ocupa um mesmo território e se avoca a origem comum; compõem-se das unidades autônomas menores que são os clãs, organizadas em torno de uma autoridade política)⁹. Mas, sem dúvida, a sociedade política de maior importância e de maior amplitude é o Estado¹⁰.

É certo que a expressão *Estado* (do latim *status* = estar firme) ligada à sociedade política aparece pela primeira vez na obra “O Príncipe”, de Maquiavel,

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

⁶ DALLARI, op. cit., p. 30.

⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p.10.

⁸ DALLARI, op. cit., p. 57.

⁹ HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. 1. reimp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. pp. 476 - 1878.

¹⁰ DALLARI, *idem ibidem*.

escrita em 1513¹¹. Independentemente da expressão só ter aparecido no século XVI, entendemos que esse tipo de sociedade política, fixada em um território, submetida a regras de convivência e a uma autoridade superior, existiu anteriormente embora com outras designações¹². No entanto, não somos adeptos da tese de que o Estado sempre existiu tal como toda a sociedade, conforme a seguir explanaremos.

O Estado, como espécie de sociedade política, é um agrupamento humano fixado em um território e caracterizado por ter um objetivo comum¹³, sendo que para alcançar esse objetivo promove manifestações em conjunto e se submete a um poder¹⁴.

Acerca da origem do Estado, leciona Dalmo de Abreu Dallari¹⁵:

No tocante às causas determinantes do aparecimento do Estado, as teorias não contratualistas mais expressivas podem ser agrupadas da seguinte maneira: de *origem familiar ou patriarcal*, que situam o núcleo social fundamental na família. Segundo esta explicação, defendida principalmente por *Robert Filmer*, cada família primitiva se ampliou e deu origem a um Estado; de *origem em atos de força, de violência ou de conquista*, com pequenas variantes essas teorias, sustentam que a superioridade de força de um grupo permitiu-lhe submeter o grupo mais fraco, nascendo o Estado dessa conjunção

¹¹ “Deve-se a Nicolau Maquiavel (1469-1527) a inclusão desse termo na literatura política, por meio da sua obra ‘*Il Principe*’, escrita em 1513 e publicada em 1531 após a sua morte, em cujo início se lê, como primeira frase no primeiro capítulo, o seguinte: ‘Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm autoridade sobre os homens foram e são república ou principados’ in MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. por Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3. Este é, também, o entendimento de Georg Jellinek: “*Puede atribuirse com justicia a Machiavelli el haber introducido en la literatura científica la voz Estado*” in JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Trad. da 2. ed. alemã para o espanhol por Fernando de Los Rios. Argentina, Buenos Aires: Albatros, 1954, nota 3, p. 97.

¹² “Os helênicos chamavam ao Estado de *polis* que quer dizer cidade e de onde provém o termo política, a arte ou ciência de governar a cidade.(...) Entre os romanos é a *civitas*, isto é, a comunidade dos habitantes ou a *res publica*, isto é, a coisa comum a todos. (...) O período medieval dispõe de diversas expressões para designar as unidades políticas. Ao lado de *imperium*, aparece o termo *regnum*, delas procedendo império e reino. Ademais, volta-se a falar em *cidade* e agora em *terra*, para designar, respectivamente, cidades livres e domínios territoriais. (...) Pelo medievo e pela era moderna, encontra-se o emprego da palavra estado para designar classes do reino. São três os estados: 1) clero; 2) nobreza e 3) povo (...) Foi quando a palavra Estado, no sentido hodierno, começou a ter curso na Itália, onde, ante o caráter especial dos Estados existentes, *imperio* e *regno* era demais e *città* ou *terra* era muito pouco, usando-se, pois, aquele termo que se unia ao nome de uma cidade, por exemplo: *stato di Firenze*” in MENEZES, Anderson de, **Teoria Geral do Estado**. 8. ed., rev. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 42-43.

¹³ “Um conceito extremamente feliz de bem comum, verdadeiramente universal, que indica um valor reconhecível como tal por todos os homens, sejam quais forem as preferências pessoais, foi assim formulado pelo Papa João XXIII (atualmente São João XXIII): ‘O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana’ (*Pacem in Terris* - Encíclica, II, 58)” in DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.35.

¹⁴ DALLARI, op. cit., p. 55.

¹⁵ DALLARI, op. cit., p. 62.

de dominantes e dominados (...); *origem em causas econômicas ou patrimoniais*. Há quem pretenda que essa tenha sido a origem indicada por Platão, quando nos “Diálogos” no Livro II de “A República”, assim se expressa: “Um Estado nasce das necessidades dos homens, ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas”. (...) Dessa forma, o Estado teria sido formado para se aproveitarem os benefícios da divisão do trabalho, caracterizando-se assim o motivo econômico (...); *origem no desenvolvimento interno da sociedade*. De acordo com essa teoria, cujo principal representante é *Robert Lowie*, o Estado é um germe, uma potencialidade, em todas as sociedades humanas, as quais, todavia, não precisam dele enquanto se mantém simples e pouco desenvolvidas (...) é o próprio desenvolvimento espontâneo da sociedade que dá origem ao Estado.

Mas, o que distingue o Estado das demais espécies de sociedades políticas?

Herman Heller¹⁶ entende que “dentre as condições naturais e culturais da unidade estatal que se devem considerar, o território e o povo são elementos relativamente permanentes”¹⁷.

Neste diapasão, parece importante a ideia de que a figura do Estado surge quando o elemento território se torna historicamente relevante. Enquanto um agrupamento humano vive a centenas de quilômetros de distância de outro e o elemento território não tem importância, a figura do Estado ainda não precisa ser considerada. Nesse sentido Hermann Heller:

O estabelecimento em um determinado lugar geográfico, limitado pela vizinhança de outros povos, torna necessária uma unidade de ação para a proteção desse espaço assim como para sua eventual ampliação. (...) Essa intensidade de uma conexão permanente de vizinhança é que torna necessária uma organização territorial permanente e unitária essencialmente referida à uma demarcação espacial, organização que se dá o nome de Estado, desde Maquiavel.¹⁸

¹⁶ Hermann Heller foi jurista e teórico alemão ativo na ala não-marxista do Partido Social-Democrata Alemão durante a República de Weimar. Nasceu em 17 de julho de 1891, na Polônia, e faleceu em 05 de novembro de 1933, antes que Adolf Hitler atingisse o apogeu do seu poder na Alemanha e da eclosão da II Guerra Mundial.

¹⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 176.

¹⁸ HELLER, op. cit., p. 244.

E, conforme entendimento de Heller¹⁹ “foi a posse da terra que gerou o poder e a propriedade gerou o Estado”.

E, é somente a partir daí - quando a terra ou as partes da superfície terrestre alçam a condição de território, ou seja, a uma delimitação geográfica onde o agrupamento humano exerce a sua atuação conjunta de forma ordenada a fim de garantir o objetivo comum – que, então, se deve considerar a existência do Estado.

Na mesma ordem de ideias, coloca-se Jellinek dizendo que sem indivíduos humanos não há território, mas apenas partes da superfície terrestre.²⁰

Assim, torna-se necessária a existência de terra ou de fração de terra que exija a defesa para que surja a figura do território e esse se constitua em um dos elementos do Estado.

Em resumo apertado, estas são as principais teorias não-contratualistas que procuram explicar o surgimento do Estado.

Mas, se o elemento humano é indispensável para a formação do Estado, este não se identifica apenas como um simples agrupamento humano, esse aspecto natural e quantitativo restringe-se ao conceito de população²¹. Além do elemento numérico e físico é necessário o elemento subjetivo, isto é, uma conexão espiritual entre gerações que resulte na ideia de nação para, depois, com a inserção do elemento político, alcançar-se a noção de povo.

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

²⁰ “*La tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividade específica, o sea la del poder público. Em este sentido jurídico la tierra se denomina territorio.(...) Los hombres que pertenecen a un estado forma en su totalidad la población del mismo. Al igual que el territorio, tiene el pueblo em el Estado una double función: de um lado, es un elemento de la asociación estatista, al formar parte de ésta, em cuando el Estado, es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo em su aspecto subjetivo. Em otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo em cuanto objeto*” (...) “*Sólo tiene una significación jurídica la palabra pueblo, em cuanto se designa com ella el conjunto de los miembros del Estado*”. in JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Trad. da 2ª. ed. alemã para o espanhol por Fernando de Los Rios. Argentina, Buenos Aires: Albatros, 1954, pp. 295 - 304.

²¹ “É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma. Há, todavia, quem designe como população esse elemento pessoal. Ora, população é mera expressão numérica, demográfica ou econômica, que abrange o número de pessoas que vivem no território de um Estado ou mesmo que se acham nele temporariamente. Mas, o fato de alguém se incluir na população de um Estado nada revela quanto ao vínculo jurídico entre a pessoa o Estado, não sendo também necessária a constituição de uma vinculação jurídica especial para que alguém se inclua numa população. Assim, pois, essa expressão não tem sentido jurídico e não pode ser usada como sinônimo de população” in DALLARI, op. cit., p.100.

Nesse sentido, Hemann Heller:

O povo, que por motivos tanto históricos, como sistemáticos temos que distinguir da nação, não pode ser considerado como uma raça natural, mas tampouco como uma formação do espírito. Não é, de modo algum, um “ente puramente espiritual” (LAZARUS, *Was heisst national?*, 1880, p. 13) e menos ainda se pode afirmar que seja ele uma “comunidade, e, como toda comunidade, espírito” (LIERMANN, p. 17). (...)

Cada povo tem seu próprio corpo físico que se mantém mediante a reprodução natural. O povo, neste seu aspecto, é a população; como tal, pode ser apreendido por conceitos matemáticos e das ciências naturais, por exemplo, pela Estatística e a Medicina e constitui objeto da Política demográfica.(...)

Esta natureza operada pela cultura, que se manifesta mais nos movimentos, nos gestos e no aspecto geral, do que em dados que possam captar as ciências naturais, pode assimilar com mais ou menos facilidade, segundo a força de seu timbre, elementos estranhos. Aqui não é pois o sangue que gera o povo e o Estado, mas justamente o contrário.²²

Como se pode notar, Heller também faz a necessária distinção entre povo, elemento do Estado, e nação.

A expressão nação surge no século XVIII e adquire grande prestígio durante a Revolução Francesa para referir-se ao povo como unidade homogênea²³. Modernamente, no entanto, já é possível fixar um conceito preciso de nação, verificando-se que ela não se apoia na existência de vínculos jurídicos e não se confunde, portanto, com o elemento integrante do conceito de Estado que estamos analisando²⁴.

²² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pp.194-195.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.100.

²⁴ “Há nações divididas pela força entre mais de um Estado, e há Estados que abrangem várias nações diferentes e até inimigas. Assim, para citar um exemplo, o Império Austro-húngaro até o fim da Guerra europeia de 1914-1918 era um Estado que compreendia o povo austro-húngaro, não existia, porém, a nação austro-húngara, pois aquela população de origem e aspirações tão diversas não se sentia unida por nenhum laço moral. Cada um dos grupos sociais ansiava pela independência, queria emancipar-se do Estado a que estava sujeito pela força e formar livremente outro. Os poloneses, pela origem e pela identidade de interesses, costumes e ideais formam há séculos uma nação bem caracterizada (...). Os judeus são uma nação, mas não formavam um Estado, ainda quando estivessem organizados sob uma autoridade única, porque não possuíam território” *in* AZAMBUJA. Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed., rev. ampl. São Paulo: Globo, 2008, pp. 36-37 e 54.

Para Miguel Reale, “nação trata-se de uma comunhão formada por laços históricos e culturais e assentada sobre um sistema de relações de ordem objetiva”²⁵.

Dallari, após estudos das obras de Del Vecchio, Maritain, Marcello Caetano e Ataliba Nogueira, conclui que o termo nação

(...) se aplica a uma comunidade de base histórico-cultural, pertencendo a ela, em regra, os que nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso em língua comum, tendo conceito idêntico de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos.²⁶

Para Darcy Azambuja:

É possível e necessário fixar o conceito de povo e nação e evidenciar a diferença entre ambos. Povo é a população do Estado, considerada sob o aspecto puramente jurídico; é o grupo humano encarado na sua integração numa norma estatal determinada; é o conjunto de indivíduos sujeitos à mesma lei; são os súditos, os cidadãos de um mesmo Estado. Nesse sentido, o elemento humano do Estado é sempre o povo, ainda que formado por diversas raças, com interesses, ideais e aspirações diferentes. Nem sempre, porém, o elemento humano do Estado é uma nação.

Nação é um grupo de indivíduos que se sentem unidos pela origem comum, pelos interesses comuns e, principalmente, por ideais e aspirações comuns. Povo é uma entidade jurídica. Nação é muita coisa mais que o povo, é uma comunidade de consciências (...).²⁷

Conclui-se, então, que o uso da expressão nação não é adequado para ser utilizado no sentido de povo, por faltar-lhe o vínculo jurídico, e, por isso, não se confunde com esse elemento humano integrante da noção de Estado.

E, por fim, resta-nos a abordagem da soberania, o terceiro e último elemento constitutivo do Estado e que nesse estudo a consideraremos como a ordem política e a ordem jurídica que se estabelecem, sobre o povo, no território.

Na Antiguidade não havia a noção de soberania. Aristóteles, no Livro I de “A Política” delineia a noção de autarquia, expressão que, no entanto, não indica a

²⁵ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960, p. 158.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.101.

²⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Globo, 2008, p. 36.

supremacia de poder, significando apenas autossuficiência das Cidades-Estado, capazes de suprir as próprias necessidades.²⁸

A primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania foi “*Lex Six Livres de la République*”, de Jean Bodin, provavelmente escrita em 1576.²⁹

Quase dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) publicaria “O contrato social”, dando grande ênfase ao conceito de soberania. Para Rousseau, o poder do Estado – soberano, uno, indivisível e inalienável - advém da vontade geral, mas o Estado não pode ultrapassar e nem transgredir os limites das convenções gerais estabelecidas.³⁰

Na mesma ordem de ideias do contrato social de Rousseau, Cesare Beccaria (1738 – 1794), considerou que foram as leis as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície terrestre para chegar ao seu conceito de soberania:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda a parte, cansados de uma liberdade de incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir a restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania.³¹

Para José Afonso da Silva, a soma das liberdades constitui o poder político do Estado que

(...) é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado.

Externando com muita precisão essa concepção, Miguel Reale formula o seguinte conceito de soberania:

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

²⁹ DALLARI, op. cit., p. 83.

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. por Rolando Roque da Siva. Ed. Cultrix, 2005.

³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 19.

Soberania é o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.³²

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

O Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros “poderes” e “organizações de poder”. (...) a qualidade do poder soberano. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado poderemos recortar os elementos constitutivos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos em um determinado território. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia monopólio de edição de direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade de suas regulações e dos seus comandos. (...) A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam, preferindo o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).³³

Dalmo de Abreu Dallari afirma que, em sua origem histórica, o conceito de soberania tinha índole exclusivamente política, mas evoluiu adquirindo uma índole jurídica e de evidente utilidade prática ao constituir-se em um importante obstáculo ao uso arbitrário da força.³⁴

Assim, sob o enfoque político, a soberania é o poder ou a capacidade de fixar competências e organizar essa espécie de sociedade política que é o Estado para atingir o objetivo comum.

Já sob o enfoque jurídico é o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, ou seja, é o poder jurídico utilizado para fins jurídicos.

³² REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960, p. 127.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003. p. 90.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

Por fim, tomamos a ideia de que o território é o limite do povo, da ordem jurídica e da ordem política, sendo esses os elementos essenciais do Estado, uma das espécies de sociedade política, sem dúvida, a mais complexa, abrangente e importante.

1.2 A evolução histórica do Estado

Após analisarmos a origem e elementos do Estado, passamos a uma breve, mas necessária, abordagem histórica da evolução do Estado para chegarmos à análise do Estado de Direito e os seus elementos característicos.

Para efeitos didáticos, optamos por adotar a figura de um eixo histórico e apresentar a evolução do Estado de forma cronológica, observando seus aspectos políticos mais importantes sob a ótica histórica da Europa e também do Oriente próximo, por ser essa considerada precursora das civilizações ocidentais.³⁵

Para Dalmo de Abreu Dallari³⁶, baseado em Rodolfo de Stefano, classifica os tipos fundamentais de Estado em: a *Cidade-Estado*, o *Império Medieval* e o *Estado Moderno*. Já Alexandre Groppali³⁷ propõe outra tipologia, baseada no limite maior ou menor que encontra o poder do Estado, chegando aos seguintes tipos: a) *Estado patrimonial*, quando o Estado é considerado patrimônio pessoal do príncipe e o exercício da soberania decorre da propriedade da terra; b) *Estado de polícia*, quando o soberano, embora não governando em nome próprio, mas em nome do Estado, exerce discricionariamente o poder público, de conformidade com aquilo por ele considerado como de interesse do Estado e dos súditos; c) *Estado de direito* quando os poderes são rigorosamente disciplinados por regras jurídicas.

³⁵ “Toda produção humana é história (...) Tradicionalmente costuma-se dividir a História em quatro períodos, épocas ou idades, válidas apenas para a História do Ocidente: Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea. A História Antiga compreende a História do Oriente, dos gregos e dos romanos e vai até as invasões bárbaras do século V; a data de 476 (fim do Império Romano do Ocidente) marca o fim da Antiguidade. Começa então a História Medieval, que se estende até o século XV; este período é o período do predomínio do sistema feudal ou feudalismo na Europa. O ano de 1453 assinala o fim da Idade Média, pois corresponde à tomada de Constantinopla (capital do Império Romano no Oriente) pelos turcos e fim da Guerra dos Cem Anos. Começa então a Idade Moderna que termina em 1789 com a eclosão da onda revolucionária na França, seguida imediatamente pela Revolução Francesa. O período seguinte, chamado de Idade Contemporânea, começou em 1789 e dura até nossos dias. (...) É necessário observar que esta divisão tradicional obedece a critérios políticos, ou seja, aos marcos fundamentais que separam um período de outro são todos ligados à história política” in ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p.20.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.78.

³⁷ GROPELLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1962, pp. 103 – 104.

Por sua vez, Anderson de Menezes³⁸ classifica o Estado nos seguintes tipos estatais: *Estado Oriental* (que se refere às antigas civilizações, tanto as do Oriente propriamente dito quanto as do Mediterrâneo: chineses, hindus, persas, assírios, hebreus e egípcios); *Estado Grego*; *Estado Romano*; *Estado Medieval*; *Estado Absoluto* e *Estado Constitucional*.

Neste trabalho, de forma didática, adotaremos a seguinte classificação de acordo com a época histórica e a forma de exercício do poder: a) *Estados Antigos* referem-se às formas de Estado vislumbradas na Antiguidade e a estreita relação entre o Estado e a divindade; b) *Estado Medieval* com poder fragmentado em diversos feudos e a sua organização em estamentos – modos de estar; c) *Estado Moderno Absoluto* ou *de polícia*, com a centralização do poder na figura de um soberano que o exerce sem limitação; d) *Estado de Direito* que surge com as Revoluções Libertárias no início da Idade Contemporânea, impondo limites ao exercício do poder do Estado.

1.2.1. Estados antigos.

A Idade Antiga ou a Antiguidade teve início com a invenção da escrita, entre 4.000 a.C e 3.500 a.C, e o seu término coincide com a queda do Império Romano no Ocidente, aproximadamente no ano de 476 d.C³⁹.

Nesse período é possível vislumbrar a existência dos seguintes tipos de Estado Antigo: o *Estado Antigo*, propriamente dito; o *Estado Grego* e o *Estado Romano*.

Referimo-nos, como *Estado Antigo*, as formas de governo mais recuadas no tempo e que tem por característica a natureza unitária e a estreita relação entre o Estado e a divindade.

1.2.1.1 O Estado Antigo propriamente dito.

A esse tipo de Estado também são empregadas as denominações *Estado Oriental* ou *Estado Teocrático*⁴⁰. Nessa classe, abordaremos as civilizações egípcia,

³⁸ MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed., rev. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.105.

³⁹ ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p.20.

⁴⁰ “A palavra Teocracia foi criada pelo historiador *Joséphus*, segundo Jellinek (**Teoria Geral do Estado**, Buenos Aires: Albatroz, 1954, p. 217). Trata-se de *Flavius Joséphus*, historiador judeu que viveu entre os anos 37 a 100 da era Cristã, sua principal obra “Antiguidade dos judeus”, de caráter histórico, é um repositório de informações sobre a vida do povo judeu desde a criação do mundo,

mesopotâmica e hebraica para demonstrar que elas adotaram, de forma similar, essa forma de organização política da sociedade.

A civilização egípcia é marcada intensamente pela religião e, por isso, o governo do Egito antigo é chamado de teocrático. Para se ter uma ideia, o faraó, posição mais elevada na hierarquia social egípcia, era considerado como um verdadeiro deus, filho de *Amon-Rá* (junção do deus sol - *Rá* - criador de todos os deuses e de *Amon* – o deus supremo) e encarnação viva de *Hórus* (o deus falcão, o sol levante)⁴¹.

Observe-se que os egípcios julgavam que toda a felicidade do país dependia do faraó e para atrair essa felicidade havia frequentes cerimônias religiosas nas quais o povo se prostrava diante do faraó⁴². O faraó tinha poder ilimitado sobre tudo e sobre todos: comandava o exército, distribuía justiça e se encarregava das atividades econômicas.⁴³

Destarte, a primeira civilização mesopotâmica⁴⁴ foi a dos sumérios, entre 3.200 a 2.300 a.C.. O *patesi*, chefe político dos sumérios, representante temporal do deus principal, controlava as instituições civis e religiosas e comandava o exército⁴⁵.

Seguiram-se aos sumérios, os acádios, descendentes dos Semitas (2.350 a.C), os assírios (1875 – 612 a.C) e os persas (539 – 331 a.C)⁴⁶.

O enfraquecimento das cidades sumérias criou condições para a ascensão dos semitas que se achavam concentrados em torno da cidade da Babilônia⁴⁷. O sexto rei babilônico foi Hamurabi⁴⁸ (1792-1750 a.C.)⁴⁹, soberano que

encontrando-se aí as referências à organização e à vida de outros povos antigos” in DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.70.

⁴¹ O essencial do poder é definido na época tinita e mantém forte caráter religioso: o Faraó, senhor da “Grande Casa”, é um deus, filho de *Horo*, amado de *Amon* e filho de *Rá* (...) Suas funções consistem em assegurar a ordem, a justiça e a prosperidade material do reino, do qual é proprietário e senhor absoluto” in PETIT, Paul. **História Antiga**. Trad. por Pedro Moacyr Campos. 3. ed. revista. São Paulo-Rio de Janeiro: Difel, 1976, p. 11.

⁴² ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p.55.

⁴³ ARRUDA, op. cit., p. 56.

⁴⁴ “A Mesopotâmia localizava-se entre os rios Tigre e Eufrates. Limitava-se ao norte com as montanhas da Armênia, ao sul com os desertos da Arábia, a leste com o planalto persa e a oeste com os desertos da Síria.” in ARRUDA, op. cit., p. 69.

⁴⁵ ARRUDA, op. cit., p.70.

⁴⁶ “As mais antigas civilizações mesopotâmicas apenas são conhecidas pela arqueologia. (...) distinguimos três delas: as de *Obeid* (perto de *Ur*), de *Uruc* e de *Djendet-Nache* (perto de *Kiche*), fundamentadas inicialmente em pedra, terracota e osso e depois no cobre, cerâmica e glíptica: os habitantes seriam ‘asiáticos’ (...) Enfim, seria conveniente localizarmos nestes recuados tempos as grandes inundações fluviais, que deram origem às lendas relativas ao ‘Dilúvio’ (...). Depois dele, por volta de 2.350 a.C., a dominação passa dos sumerianos – de origem desconhecida (iraniana ou marítima) – aos acadianos, cuja origem semítica é certa.” in PETIT, op. cit., p. 17.

⁴⁷ ARRUDA, op. cit., p. 71.

ampliou o Império babilônico através de conquistas territoriais, dominando o Reino de Mari (no médio Eufrates), conquistando a Assíria (ao norte) e estendendo suas fronteiras até o Golfo Pérsico (em direção ao Sul)⁵⁰. O rei, para os mesopotâmicos (sumérios, acádios, assírios e persas), não era considerado um deus vivo como para os egípcios, mas era um representante de deus. O rei impunha-se, portanto, pelo caráter divino de sua missão.⁵¹

Quanto à história do povo hebreu⁵², extrai-se das escrituras sagradas um conhecimento razoável em razão dos relatos dos principais acontecimentos políticos e religiosos ali registrados. Registre-se que os primeiros homens a serem chamados de patriarcas foram os que chefiaram o povo israelita⁵³, quais sejam: Abraão, Isaque e Jacó⁵⁴.

Como se observa nas passagens dos livros Gênesis, Êxodo e Levítico do Velho Testamento⁵⁵, as normas de comportamento individual e coletivo eram

⁴⁸ “Conhecido por seu Código. Deu ao Império Babilônico uma administração eficiente, transformou a língua acádia em língua oficial e elevou Marduck, deus da Babilônia, à posição de primeiro deus supremo da Mesopotâmia.” in ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p.72.

⁴⁹ Segundo os especialistas Sydney Smith, A. Parrot e Paul Petit in PETIT, op. cit., p. 18.

⁵⁰ ARRUDA, op. cit., p. 71.

⁵¹ ARRUDA, op. cit., p. 78.

⁵² “Os hebreus (palavra que significa povo do outro lado do rio) eram de origem semita e iniciaram seus deslocamentos por volta de II milênio a.C. No tempo do Primeiro Império Babilônico, sob o reinado de Hamurabi, viviam nas proximidades da cidade de Ur, agrupados em clãs; cada clã era chefiado por um patriarca”. in ARRUDA, op.cit., p. 91.

⁵³ “Isaac ou Isaque, filho de Jacó, foi chamado de Israel, “forte contra Deus”, porque, segundo a Bíblia, lutou contra um anjo enviado pelo Senhor; do nome de Israel veio a palavra israelita” in ARRUDA, op. cit., p. 91.

⁵⁴ No livro do Gênesis (o começo), depois de narrar a criação do mundo, a história de Adão e Eva e de seus filhos Caim e Abel, e o Dilúvio, segue-se a narrativa com os descendentes de Noé que sobreviveram ao Dilúvio: Sem, Cam e Jafé. A palavra semita refere-se ao clã de Sem, seguindo-o como patriarcas Abraão (filho de Sem), Isaque (filho de Abraão e neto de Sem) e Jacó (filho de Isaque e neto de Abraão). In BÍBLIA SAGRADA, Gênesis, 17.

⁵⁵ “O Antigo Testamento hebraico compreende 25 livros, agrupados da seguinte maneira: o Pentateuco (os cinco primeiros livros, atribuídos a Moisés e que relatam a criação do mundo e a história do povo hebreu até a sua chegada à Terra Prometida); os Livros Históricos (descrevem o estabelecimento dos hebreus na Palestina e a evolução da monarquia); os Livros Proféticos (contêm as palavras dos profetas exortando o povo hebreu a seguir os ensinamentos de Deus); e os Livros Hagiográficos (conjunto de temas místicos, morais, apologéticos e de glorificação do Senhor). O Antigo Testamento católico acrescenta a esses mais cinco livros, considerados apócrifos pelos hebreus. Esses livros são: Tobias, Judite, Sabedoria, Eclesiástico e Macabeus” in ARRUDA, op. cit., p.89. Cabe aqui esclarecer que: “O Antigo Testamento protestante é idêntico à Bíblia hebraica, embora os livros sejam organizados de forma diferente. As escrituras hebraicas contam com 25 livros, sendo alguns agrupados em coleções. Em razão dessa diferença na organização dos livros sagrados, resulta que a Bíblia Protestante possui 39 livros. Por sua vez, o Antigo Testamento da Bíblia Católica possui ao todo 46 livros. Esses livros adicionais, conhecidos como apócrifos, foram incluídos na Septuaginta (tradução para o grego dos 5 primeiros livros da Bíblia, a mando de Ptolomeu II, no século 3 a.C.)” in FONTE EVANGÉLICA. **Bíblia Católica x Bíblia Evangélica**: qual a diferença entre a bíblia católica e a bíblia evangélica?. Disponível em: <http://www.fonteevangélica.blog.br/2011/02/qual-diferenca-entre-biblia-catolica-e.html>. Acesso em: 26 mai. 2014.

atribuídas à vontade de um único Deus, representando o monoteísmo uma enorme mudança no paradigma religioso, cultural e político.

Portanto, nota-se a influência preponderantemente religiosa em que se afirmava a autoridade dos governantes nessa época e a predominância do saber místico.

Como se vê, os soberanos nesses Estados Antigos eram tidos como deuses ou representantes dos deuses o que gerava a expectativa nos súditos de que como deuses ou representantes destes agissem de forma justa e correta, tanto que há registros na história da Antiguidade quanto a punições impostas a soberanos.

Gaetano Mosca relata que

Na China, Confúcio (Ko'ung-tse), que viveu no século VII antes de Cristo, não deixava de insistir sobre os deveres morais dos soberanos. Mêncio (Mong-ko), que viveu dois séculos depois de Confúcio, ensinou que os príncipes têm o dever de punir os ministros prevaricadores e que os ministros, por seu turno, têm o dever, depois de tê-lo admoestado, de depor o principie viciado e desregrado, se este não tomar em consideração seus conselhos.⁵⁶

Do mesmo modo, podemos extrair da rica literatura hebraica que forma o Antigo Testamento algumas alusões e breves relatos de digressões que esclarecem o pensamento político da época em que foram escritas. Em uma dessas passagens, o profeta⁵⁷ Natã faz críticas ao rei Davi porque este raptar a mulher de Uriel e ter provocado a morte deste ao ordenar ao seu general que o expusesse no setor mais perigoso dos combates.⁵⁸

Igualmente, o profeta Elias reprovou ao rei Acab e sua mulher Jezabel por haver condenado à morte, injustamente, Nabor, por este ter se recusado vender ao rei a vinha herdada de seus antepassados.⁵⁹

⁵⁶ MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas políticas desde a Antiguidade**. Trad. por Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 26.

⁵⁷ Uma instituição peculiar ao povo israelita foi o profetismo. Os profetas eram homens que se acreditavam inspirados por Deus e cuja palavra tinha grande influência sobre o povo de tal modo que os próprios reis deviam acatá-la. Eles reprovavam os reis e aos grandes, e, algumas vezes, a todo o povo seus pecados, sua vida de luxo, o culto prestado a deuses distintos do Deus de Israel (...). Os profetas censuravam severamente as injustiças dos poderosos, os julgamentos iníquos (...)." *in* MOSCA, op. cit., p. 27.

⁵⁸ BÍBLIA SAGRADA. Segundo Livro de Samuel.

⁵⁹ BÍBLIA SAGRADA. Livro dos Reis.

Para Gaetano Mosca, a contribuição que os antigos impérios orientais trouxeram aos progressos morais da humanidade é digna de nota, sendo que o autor salienta:

Com efeito, encontramos no antigo Código de Hamurabi, em vigor na Babilônia por volta de 2200 anos antes da era cristã, numerada e sancionadas, as regras mais indispensáveis à moral social, aquelas cuja inobservância tornaria impossível qualquer sociedade humana. No livro dos Mortos dos antigos egípcios, cuja parte mais recente remonta a dezoito séculos antes de Jesus Cristo, encontramos já escrito para não mentir, não dar falso testemunho, alimentar os que têm fome, dar de beber a quem tem sede, não deixar de pagar salário ao trabalhador, etc., ao mesmo passo que encontramos prescrições visando à moral privada e social. (...)

Foi também nos antigos impérios que se criou a difícil arte da Administração Pública. Esta consiste, sobretudo, em agir de maneira que, numa grande sociedade, a atividade empregada, espontaneamente, por cada indivíduo no seu próprio interesse aproveite igualmente a toda a coletividade e isto com menor coação possível – ao mesmo tempo que fornecendo obstáculo a qualquer forma de atividade individual contrária ao interesse geral.⁶⁰

E, como o chefe supremo dessas sociedades primitivas era considerado um deus ou representante dos deuses, a expectativa é que agissem, para exemplo, conforme tais mandamentos.

Dentre os Estados Antigos, examinaremos agora o Estado Grego e o Estado Romano.

1.2.1.2 O Estado Grego

Entre os séculos VIII e V a. C., surge o *Estado Grego*, cuja característica fundamental é a cidade-Estado, ou seja, a *polis* como sociedade política de maior expressão⁶¹.

⁶⁰ MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas políticas desde a Antiguidade**. Trad. por Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 26.

⁶¹ Importante observar que restringimos nossas observações à cidade-Estado de Atenas, uma vez que, apesar da importância e de Esparta ser uma das primeiras Cidades-Estado a surgir na Grécia, temos que, “em razão da adoção de um tipo de organização que evitasse mudanças radicais, a transformação do governo de diarquia, inicialmente adotado, para aristocracia levou diversas gerações para ocorrer e depois disso, as políticas de estímulo ao laconismo (que consistia em falar tudo de maneira sintética, em poucas palavras, o que limitou a capacidade de raciocínio e prejudicou o espírito crítico dos cidadãos de Esparta), a xenofobia (aversão a estrangeiros) e a xenelasia (expulsão de estrangeiros) eram meios que impediam o contato com ideias inovadoras e por isso evitavam mudanças e reforçavam o *statu quo*, razões que fizeram com que o sistema aristocrático de governo de Esparta fosse mantido até o século IV a.C.⁶¹, quando a fraqueza das cidades gregas,

A história política da cidade-estado de Atenas pode ser dividida em três fases: a monarquia hereditária (século VIII), a aristocracia, incluindo o período de tirania (século VII – 621 a 508 a.C.) e a democracia de Clístenes (507 a 146 a.C.).

No período inicial do *Estado Grego* (século VIII a.C.), o governo era monopolizado pelos eupátridas (os bem nascidos - eu = bom e pátrida = parido), ou seja, filhos da elite e que formavam a aristocracia. O regime era de monarquia hereditária, de natureza unitária, vez que encabeçado pelo *Basileus* (o rei, para os gregos), chefe de guerra, juiz e sacerdote⁶². No entanto, apesar do poder unitário concentrado nas mãos do *Basileus*, nota-se que esse poder passa a ser limitado por um conselho de aristocratas, o *Areópago* (o mais antigo conselho de Atenas, constituído por ex-arcontes que supervisionavam as funções religiosas e tinham jurisdição de julgamento de assassinos)⁶³.

Assim, entre os anos de 623 a.C a 508 a.C, a Aristocracia passou a governar Atenas e assim o fez incontestada. Ocorre que os homens enriquecidos pelo comércio queriam participar do governo e, por outro lado, os pobres reivindicavam melhorias na sua situação econômica, bem como a abolição da escravidão por dívidas e a repartição de grandes propriedades⁶⁴. Ademais, a participação nas guerras dava às camadas populares o direito de exigir participação também na vida política⁶⁵.

Em meio a crise, surgem os legisladores que representavam alternativa de solução reformista para a crise política de Atenas. Porém, apesar das legislações de Drácon (621 a.C.) e Sólon (594 a.C.), que tiveram enorme importância, estas não foram suficientes para conter as insatisfações sociais e impedir a rivalidade entre os diversos partidos políticos, o que contribuiu para que o poder fosse tomado pela força e exercido de forma ilegal e contrária às leis, iniciando-se o período do governo

provocada pelas guerras internas, facilitou a dominação macedônica” cf. ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, pp. 133-141.

⁶² “Aos poucos, o *Basileus* perdeu o poder e o governo passou a ser exercido pelo Arcontado com o apoio do Areópago. Os membros do Arcontado – os arcontes – eram inicialmente escolhidos por um período de dez anos e, mais tarde, para um ano. Havia um arconte Polemarco, comandante supremo do exército; um arconte Epônimo, encarregado dos assuntos internos; e o arconte Rei, com funções sacerdotais. Havia, ainda, arcontes Tesmotetas, em número de seis, encarregados da legislação. Com o Arcontado, o regime de governo passou de monárquico para oligárquico” in ARRUDA, op. cit., p. 145.

⁶³ “*Áreios Págos*, ‘Rochedo de Ares’: por extensão, nome do conselho e tribunal ateniense, reunidos nesta colina (*Diccionario Del mundo antiguo*, p. 64) in DANTAS, Luís Rodolfo de Souza et al. *A democracia nascente: Atenas depois de Clístenes*. **Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Rodrigues Gonçalves**. São Paulo: Scortecci, 2006, p. 110.

⁶⁴ ARRUDA, op.cit., p. 145.

⁶⁵ ARRUDA, *idem ibidem*.

tirano (no sentido de tomado pela força e não necessariamente opressor, na definição empregada atualmente) de Psístrato (560-527 a.C.), Hiparco e Hípias (527-514 a.C.) e, por fim, Iságoras (508 a.C.)⁶⁶.

Entre os anos de 508 e 507 a.C., no governo de Clístenes, sucessor da tirania, surge a ideia de democracia, o que é objeto de abordagem específica como elemento do Estado de Direito no item 2.1.3 deste trabalho.

Certo que, no século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia, nasce a Filosofia⁶⁷, com a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo lógico da razão⁶⁸. Segundo observação de Fábio Konder Comparato, o interessante é que “a supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincide com os questionamentos dos mitos religiosos tradicionais”⁶⁹.

Reconhecendo que a Grécia clássica trouxe à civilização do mundo extraordinária contribuição moral e intelectual ao pensamento político, observa-se que já na Constituição de Sólon, em fins do século VI, após a abolição da tirania, vislumbra-se já a existência de uma responsabilidade dos dirigentes políticos no exercício da função pública, posto que os magistrados - que desempenhavam as funções de administração da *polis*, passaram a ser eleitos pela assembleia dos cidadãos, por prazo de um ano – e “se não pudessem prestar contas durante a sua gestão, podiam ser concitados diante das assembleias do povo imediatamente após o término do mandato, a fim de que respondessem por atos que houvessem praticado”.⁷⁰

E, conforme observado por Gaetano Mosca, “Platão e Aristóteles admitem um critério ético, segundo o qual o poder encontra a sua justificação e torna-se legal

⁶⁶ ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 148.

⁶⁷ “A filosofia grega divide-se em antes de Sócrates e depois de Sócrates. Os principais filósofos pré-socráticos foram: Tales de Mileto (fim do século VII e início do século VI a.C.); Pitágoras (582-497 a.C.); Demócrito (460-370 a.C.); Heráclito (535-475 a.C.) e Parmênides (540-? a.C.). No tempo de Sócrates, predominava a escola dos sofistas. (...) Sócrates (470-399 a.C.) foi o fundador da filosofia humanista e criou um novo método de reflexão, a maiêutica – parto das ideias – baseado em perguntas e respostas. (...) Platão (427-347 a.C.), principal discípulo de Sócrates, foi o fundador da Academia de Atenas. Por fim, Aristóteles (384-322 a.C.) foi fundador do Liceu de Atenas (escola situada perto do Templo de Apolo Lício, daí a origem do nome Liceu)” in ARRUDA, op. cit., pp.170-171.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

⁶⁹ COMPARATO, *idem ibidem*.

⁷⁰ “(...) às vezes várias pessoas podiam ser eleitas ao mesmo tempo para o exercício do mesmo cargo(...). Tem-se notícias de até 10 polemarcos a frente do exercício.” in MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas políticas desde a Antiguidade**. Trad. por Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 36.

à medida que é exercido no interesse dos governados”⁷¹, o que certamente é o germe das condutas que, na Idade Contemporânea, seriam positivadas como princípios da Administração Pública

1.2.1.3 O Estado Romano

Da mesma forma como é difícil sintetizar a história do *Estado Grego*, não é fácil, tratar de forma sucinta do *Estado Romano*, uma vez que ele experimentou várias mutações enquanto forma de governo e, por fim, tornou-se um Império.

Assim temos que o *Estado Romano*, cujo nascimento remonta aos anos de 753 e 754 a.C, tem sua história dividida em três períodos: Monarquia (753-509 a. C.); República (509 -27 a.C) e Império (27 a.C.- 476 d.C.)⁷².

A primeira forma do Estado Romano, chamado de *civitas*, resultou da união de grupos familiares (as *gens*), de origem latina e sabina⁷³. Os membros das famílias patrícias (senhores de terras que descendiam dos primeiros habitantes de Roma) sempre tiveram tratamento especial e compunham o Senado, conselho aristocrático formado por esta nobreza patrícia que limitava o poder concentrado nas mãos do rei. Posteriormente, Roma foi invadida pelos vizinhos etruscos, que impuseram os seus reis e que passaram a governá-la de forma despótica.

Segundo conta a tradição, durante a Monarquia, Roma foi governada por sete reis. Os quatro primeiros reis foram, alternadamente, latinos e sabinos. Os três últimos foram etruscos⁷⁴. Nesse período, os romanos acreditavam que o rei tinha origem divina e o mesmo concentrava as funções de supremo juiz, sumo sacerdote e comandante do exército⁷⁵.

⁷¹ MOSCA, Gaetano. **História das doutrinas políticas desde a Antiguidade**. Trad. por Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 55.

⁷² ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 190; PETIT, Paul. **História Antiga**. Trad. por Pedro Moacyr Campos. 3. ed. revista. São Paulo-Rio de Janeiro: Difel, 1976, p.197; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.72.

⁷³ ARRUDA, op.cit., p. 191 e DALLARI, op. cit., p. 72.

⁷⁴ “Os três últimos, os Tarquínios e entre eles Sêrvio Túlio, revelam, por suas origens etruscas, profundas transformações, talvez contribuições étnicas, mas certamente uma nova organização política e social, numa palavra, o nascimento da cidade que daí por diante se apresenta com o nome (etrusco?) de Roma. Os Tarquínios não eram nem verdadeiros reis, nem conquistadores. Na realidade eram “tiranos”, no sentido grego da palavra (...)” in ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 198.

⁷⁵ ARRUDA, op.cit., p. 192.

Em 509 a.C., por meio de uma revolução, o último rei de origem etrusca, Tarquínio, o Soberbo, foi deposto⁷⁶. A monarquia foi abolida e os etruscos expulsos, iniciando-se o período da república, momento em que o governo passou a ser exercido por dois magistrados, porém, durante muito tempo as principais magistraturas foram reservadas às famílias patrícias⁷⁷.

Interessante apontar que os romanos iniciaram a dominação sobre a península grega apenas em 146 a.C., no entanto, sofreram forte influência da cultura grega muito antes, já à época da invasão dos etruscos⁷⁸, como também por manterem com a Magna Grécia fortes elos comerciais. Por essa razão, vislumbra-se que a República Romana (509 a.C) teve forte influência dos ideais da democracia grega, essa com início no governo de Clístenes, entre 507 e 508 a.C.

Como ressaltado pelo historiador José Jobson de A. Arruda:

Podemos afirmar que o regime republicano de Roma era o resultado da mistura de elementos monárquicos (magistraturas), aristocráticos (senado) e democráticos (assembleias).⁷⁹

No entanto, a corrupção e a insatisfação com o governo causaram o enfraquecimento do espírito cívico dos romanos e a corrosão dos pilares da democracia, culminando no desaparecimento da República Romana (27 a.C.).⁸⁰

⁷⁶ “De qualquer maneira, o fato que deve ser acentuado é que a República surgiu pela ação de classe dos patrícios. Com efeito, o golpe foi dado pelo Conselho dos Anciãos, que pretendiam reaver o poder político depois de tê-lo perdido para os reis etruscos, e que efetivamente assumiu o poder no período republicano” in ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 194.

⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.72.

⁷⁸ “Roma surgiu nas margens do Tibre, tendo uma localização estratégica para o comércio entre o interior de península e a costa (40 km do mar Tirreno). (...) A península, da qual nasceria Roma posteriormente, era habitada por diversos povos: ao norte estavam os gauleses e etruscos. Ao centro os itálicos (úmbrios, latinos, samnitas) e ao sul, fenícios e gregos. (...) Essa região, que talvez fosse dominada pelos etruscos, vivia com as várias culturas locais. Cada cidade-estado possuía a sua própria cultura, de alguma forma relativa à Grécia. A Etrúria, local de origem dos etruscos, era composta por cerca de uma dúzia de cidades-estados, muito civilizadas que tiveram grande influência sobre os novos romanos. A cultura etrusca foi influenciada principalmente pela cultura dos gregos e dos fenícios, devido aos elos comerciais. O traço dos gregos e fenícios na cultura etrusca, por exemplo, é a aquisição do seu alfabeto, que depois foi herdado por Roma. A influência dos etruscos sobre os romanos foi tanto cultural como política” in <http://pt.scribd.com/doc/204586932/Historia-Geral-MODULO-1>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁷⁹ ARRUDA, op. cit., p. 197.

⁸⁰ “A forma democrática de governo desapareceu e por cerca de mil anos foi substituída por monarquias, oligarquias e governos despóticos, todos com base em alguma forma centralizadora do poder em poucas pessoas ou grupos” in DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 25.

Surge o Império que é dividido em duas fases. A primeira denominada Principado (27 a.C. - 235 d.C) e a segunda chamada de Dominato (284 – 476 d.C.), separadas uma da outra por um período conhecido como “anarquia militar” (235 – 284 d.C.). O primeiro período é também chamado de Alto Império e o segundo de Baixo Império⁸².

O período de Império começou com Otávio que, após a morte de César em 44 a. C. e a derrota de Marco Antônio em 31 a. C., em virtude de manobra política, recebe do Senado poderes excepcionais com os títulos de *Principis* (“Primeiro Cidadão Romano”) e *Augustus* (venerando ou magnífico)⁸³. Têm início, então, a fase do Principado ou Alto Império Romano. O Imperador une os poderes civil, militar e religioso em suas mãos. Foi o período de grande expansão do Império Romano⁸⁴.

A anarquia militar (235-284 d.C.) refere-se ao período em que a capacidade de expansão do Império atingiu seu limite e repercutiu em crise econômica, aliada ao fato de ameaças externas exigirem defesa tanto na fronteira do Oriente quanto na do Ocidente. Foi necessária a restauração do Império. Assim, de acordo com conclusão de Eduardo César Silveira Vila Marchi⁸⁵ “como da grande crise da República no século I a.C. surgiu o Principado, agora desta crise acentuada no século III d.C. nascerá a Monarquia absoluta ou Baixo Império”.

Portanto, nota-se que a passagem histórica do Principado para a Monarquia Absoluta não se deu abruptamente ou por obra de algum golpe de estado ou revolução armada⁸⁶. Essa passagem tem início com Domício Aureliano (270 –

⁸¹ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 25.

⁸² BARBOSA, Walmir. **História e Política**: elementos introdutórios. http://www.ifg.edu.br/goiania/cienciashumanas/images/downloads/cadernos/caderno_historia_politica.pdf, p. 55. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸³ MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Aspectos de Direito Público Romano II: as constituições políticas do principado e da monarquia absoluta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, pp. 73-86. jan./dez. 2006 *in* www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67699/70307. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸⁴ BARBOSA, Walmir. **História e Política**: elementos introdutórios. http://www.ifg.edu.br/goiania/cienciashumanas/images/downloads/cadernos/caderno_historia_politica.pdf, p. 55. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸⁵ MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Aspectos de Direito Público Romano II: as constituições políticas do principado e da monarquia absoluta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, pp. 73-86. jan./dez. 2006 *in* www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67699/70307. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸⁶ MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Aspectos de Direito Público Romano II: as constituições políticas do principado e da monarquia absoluta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, pp. 73-86. jan./dez. 2006 *in* www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67699/70307. Acesso em: 21 mai. 2014.

275 d.C.) que reintroduz a ideia do direito divino dos imperadores e o imperador deixa de ser o príncipe, ou seja, o primeiro cidadão, e passa a ser “*dominus et deus*” (“senhor e deus”).

Políbio, que escreveu a história das guerras púnicas e macedônicas de forma muito conscienciosa e documentada, em passagem do seu Livro VI, atribui os sucessos de Roma “à sua organização militar e, sobretudo, à estabilidade de seu governo”. Em suas interpretações da história e do poder, Políbio filosofa:

(...) nos primeiros estágios da sua vida política, os homens são governados por uma monarquia patriarcal, em seguida o Estado monárquico degenera fatalmente a tirania; a aristocracia se rebela então e acaba por formar um governo oligárquico. Em seguida, pela insurreição das classes populares, passa-se à democracia e daí, como conseqüências das convulsões internas, acaba-se na tirania e recomeça-se um novo ciclo.⁸⁷

Assim, segundo Políbio, todas as formas de governo fatalmente corrompem-se e se degeneram.

1.2.2 Estado Medieval

A Idade Média tem por início a queda do Império Romano no Ocidente, aproximadamente em 476 d. C. (século V) e se finda no século XV, ou seja, um período que compreende onze séculos aproximadamente e, é certo que, dentro de um lapso tão longo a organização social e a mentalidade humana passaram por grandes transformações.⁸⁸

Como bem sintetizado por Dalmo de Abreu Dallari⁸⁹:

Muita coisa já foi escrita sobre a Idade Média, classificada por alguns como a *noite negra* da história da humanidade e glorificada por outros como um extraordinário período de criação, que preparou os instrumentos e abriu os caminhos para que o mundo atingisse a verdadeira noção do *universal*. No plano do Estado não há dúvida de que se trata de um dos períodos mais difíceis, tremendamente instável e heterogêneo, não sendo tarefa das mais simples a busca de características de um Estado Medieval. Não obstante, é possível

⁸⁷ MOSCA, Gaetano. **História das Doutrinas Políticas desde a Antiguidade**. Trad. por Marco Aurélio de Moura Matos. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 58.

⁸⁸ MOSCA, op. cit., p. 74.

⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, pp.73-74.

estabelecer a configuração e os princípios informativos das sociedades políticas que, integrando novos fatores, quebraram a rígida e bem definida organização romana, revelando novas possibilidades e novas aspirações, culminando no Estado Moderno.

A Idade Média é caracterizada pelas invasões bárbaras, o feudalismo e o apogeu do Cristianismo⁹⁰ e pode ser dividida em dois períodos: a Alta Idade Média (séculos V – XII) e a Baixa Idade Média (séculos XII – XV).

O declínio do Império Romano, as invasões bárbaras e a ruralização da economia com a formação das denominadas *Villas* - centros de produção rural protegido por muros e fossos, nas quais morava o senhor, que dirigia a vida política, militar e econômica de toda a sua propriedade e de seus vassalos e servos, que se tornavam seus dependentes em troca de segurança⁹¹ - foram circunstâncias que resultaram na descentralização política e administrativa do Império Romano Ocidental e que deram origem ao sistema feudal, característica predominante do denominado Estado estamental, existente no período da Alta Idade Média.

Por sua vez, o cristianismo, religião monoteísta, que entre outras características, exalta o valor da alma do indivíduo, considerava inadmissível a ideia do Estado como uma comunidade total e, por conseguinte, também religiosa⁹². Dessa forma, o cristianismo contribuiu para o enfraquecimento do poder do imperador, uma vez que pregava a limitação do poder do Estado, pelo menos no que concerne à esfera religiosa. Essa ideia é representada na frase “dai à César o que é de César e a Deus o que é de Deus” de Jesus Cristo em passagens dos evangelhos sinóticos⁹³.

Herman Heller chega a defender o desaparecimento do Estado nesse período da história⁹⁴, já que as sociedades políticas regrediram para uma forma mais simples e pouco desenvolvida.

É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, p.74.

⁹¹ ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 283.

⁹² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 33.

⁹³ BÍBLIA SAGRADA. Mateus 22:15-22; Marcos 12:13-17; e Lucas 20:20-26.

⁹⁴ “se é que se pode falar de um Estado na Idade Média” in HELLER, op.cit., p. 47.

contínuo, com meios de poder próprios, e claramente delimitado pessoal e territorialmente⁹⁵.

Também para Herman Heller, seguindo o pensamento de Hegel, o Estado Medieval estamental era uma poliarquia, tendo em vista que todas as funções do Estado achavam-se repartidas entre a Igreja, os nobres proprietários de terras, os cavaleiros e outros privilegiados⁹⁶. Por isso que, mesmo em alguns territórios, como o da França, da Inglaterra, da Espanha, onde se mantiveram alguns reinados, o poder desses soberanos, no período da Alta Idade Média, restava enfraquecido, no interior, pelos inúmeros depositários com poderes feudais e, no exterior pela Igreja e pelo Imperador romano.

No entanto, como bem observado por Dalmo de Abreu Dallari:

(...) é preciso ressaltar que, mesmo onde e quando as formações políticas revelam intenso fracionamento do poder e uma nebulosa noção de autoridade, está presente uma aspiração à unidade. Pode-se mesmo dizer que, quanto maior era a fraqueza revelada, mais acentuado se tornava o desejo de unidade e força, pretendendo-se caminhar para uma unidade política, que tivesse um poder eficaz como o de Roma e que, ao mesmo tempo, fosse livre da influência de fatores tradicionais, aceitando o indivíduo como um valor em si mesmo.⁹⁷

Na Baixa Idade Média começou a transformação do sistema feudal em sistema capitalista ou pré-capitalista.⁹⁸ Esse renascimento comercial e urbano acarretou em crise do sistema feudal e nos fins da Idade Média começou o fortalecimento do poder real para uma unificação ou uniformização do território nacional como forma a fortalecer o mercado interno e propiciar a sua expansão. A Monarquia feudal evoluiu, com o apoio da burguesia, para uma Monarquia nacional, centralizada e forte⁹⁹.

⁹⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158.

⁹⁶ HELLER, *idem ibidem*.

⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, p.74.

⁹⁸ "O sistema capitalista dessa época não corresponde ao chamado capitalismo moderno. Na Baixa Idade Média, aparecem apenas algumas características do sistema capitalista, como a produção voltada para o mercado; as trocas monetárias; a organização empresarial; o espírito de lucro; e o racionalismo econômico. Mas ainda não existe o elemento principal do sistema capitalista: a relação entre assalariada produção" *in* ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 375.

⁹⁹ ARRUDA, *op. cit.*, p. 433.

Há de se observar, no entanto, que na Itália setentrional - composta por 8 regiões: Aosta, Piemonte, Lombardia, Trentino Alto Adige, Venezia Giulia, Venezia Eugania, Liguria, Emilia-Romagna e Toscana¹⁰⁰ - o poder tende a se unificar, mas no modelo de cidades-repúblicas¹⁰¹.

1.2.3 Estado Moderno

O moderno Estado absoluto tem suas origens na Baixa Idade Média (século X), podendo ser considerado como a fase evoluída da chamada Monarquia nacional, que se fortaleceu com o apoio da classe social em ascensão: a burguesia.

Afirma Herman Heller:

O moderno Estado soberano nasce da luta dos príncipes territoriais para a consecução do poder absoluto dentro do seu território, contra o Imperador e a Igreja, no exterior, e com os poderes feudais organizados em estamentos, no interior.¹⁰²

O Absolutismo consolida-se no continente europeu durante os séculos X a XVII e tem como características marcantes a centralização do poder na figura do soberano que o exerce de forma ilimitada.

A Idade Moderna (séculos XV – XVII) foi um período de transição entre a Idade Média e a Idade Contemporânea; entre o feudalismo e o capitalismo.

Certamente, as barbáries desse período impuseram uma mudança no pensamento que impulsionaram as revoluções¹⁰³.

É, sobretudo, nos fins da Idade Média (século XIV) e durante a Idade Moderna (séculos XV – XVII), com a renascença, que surgem as ideias de contrato social e do poder do Estado limitado pelos direitos naturais. Tais direitos naturais já não mais considerados como um mandato divino, mas como interna necessidade da razão¹⁰⁴.

¹⁰⁰ PEREIRA, João Baptista Borges. **Italianos no mundo rural paulista**. <http://books.google.com.br/books>. p. 01. Acesso em: 25 mai. 2014.

¹⁰¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 161.

¹⁰² HELLER, op. cit., p. 161.

¹⁰³ “É com a renascença que começa a evoluir o pensamento empírico, também na política.” *in* HELLER, op. cit., p. 34.

¹⁰⁴ HELLER, *idem ibidem*.

Em 1501, o alemão Gabriel Biel faz a atrevida afirmação de que “havia um Direito Natural, cognoscível pela razão humana e obrigatório por si mesmo, ainda quando Deus não existisse ou a divindade fosse irracional e injusta”¹⁰⁵.

Para Hugo Grócio (1583-1645), as normas estão inscritas na razão humana e não mais reveladas por Deus. Assim, já no início do mundo moderno, o jusnaturalismo manifestava-se com fundo antropológico, desprendendo-se das escolas teológicas do Direito e das concepções jusnaturalistas da filosofia grega e dos jurisconsultos romanos.

O movimento artístico e cultural do Renascimento, que teve origem na Península Itálica, resgata a antiga cultura greco-romana. Nesse período ocorrem muitos progressos e incontáveis realizações no campo das artes, da literatura e das ciências.

Por sua vez, o Iluminismo - movimento filosófico e político de cunho burguês - contrapõe-se ao modelo político-econômico da monarquia absolutista.

O ideal do humanismo - que, por sua vez, consiste na valorização do ser humano e da natureza em oposição à tradição teocentrista religiosa da Idade Média - é uma característica comum aos movimentos renascentista e iluminista e foi, sem dúvida, o móvel dos progressos desse período.

Essas transformações no pensamento ocorridas nesse período da história foram propulsoras das revoluções que culminaram no nascimento do Estado de Direito e inauguraram a Idade Contemporânea.

¹⁰⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 35.

2. O ESTADO DE DIREITO E A IMPORTÂNCIA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PARA A DEMOCRACIA

2.1 Origem e elementos

É sempre bom lembrar que o marco histórico da limitação ao poder do Estado, tanto pelo ângulo político como pelo ângulo jurídico, foi a *Magna Charta* Inglesa, de 1215, no período da Baixa Idade Média (séculos XII – XV), a qual foi também a origem do Parlamento.

É bem provável que os aspectos geográficos de insularidade tenham contribuído para que os fenômenos sociais e políticos se manifestassem na Inglaterra de forma precoce, tanto que a monarquia inglesa já tinha centralizado o poder no início da Baixa Idade Média e por isso gozava de uma condição bastante peculiar se comparada com as demais congêneres europeias¹⁰⁶.

Na Inglaterra do século XIII, o reino inglês se encontrava desde 1199 sob o governo do rei João Sem Terra (1166-1216), o qual subiu ao trono, sucedendo seu falecido irmão, o rei Ricardo, Coração de Leão (1157-1199). O desastre da Terceira Cruzada que consumiu muitos recursos do reino cumulado com a ameaça do rei de França, Felipe Augusto, em invadir e conquistar a Inglaterra, fez com que o soberano aumentasse os impostos, o que gerou revolta nos barões que se uniram e o pressionaram a assinar um documento que reconhecia direitos aos súditos ao mesmo tempo em que limitava o poder do soberano.

As cláusulas 12 e 14 da Magna Carta contêm, em sua essência, o princípio básico de que o exercício do poder de tributar deve ser consentido pelos súditos, anunciando, portanto, *ante litteram*, o brocardo “*no taxation without representation*” (*não haverá tributação sem que os contribuintes deem o seu consentimento, por meio de representantes*), que está na origem do moderno sistema parlamentar de governo¹⁰⁷.

Em 1216, o rei João morre e seu sucessor, Henrique III, retoma os direitos estabelecidos pela Magna Carta, de 1215. Assim, durante a sua dinastia, os *Tudors* exerceram na Inglaterra um poder absoluto de fato, mas não de direito,

¹⁰⁶ ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982, p. 46.

¹⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

porque desde a instituição da Magna Carta, a função do Estado estava dividida e os reis ingleses se submetiam a lei. Esse consenso perdurou até a substituição dos *Tudors* pelos *Stuarts*¹⁰⁸.

Durante a Dinastia *Tudor* (século XVI), os parlamentares foram os mais firmes defensores da monarquia, inclusive contra a Igreja Católica Romana. Nessa época, a Inglaterra, face ao rompimento com a Igreja Católica (o dinheiro já não ia mais da Inglaterra para Roma) aliada a doutrina calvinista¹⁰⁹ (que estimulava o trabalho metódico, perseverante e ordenado, resultando em evidente processo de acumulação de riquezas), alcançou a segurança necessária para o mercantilismo¹¹⁰.

Em 1603, Jaime Stuart, rei da Escócia, assumiu o trono inglês em substituição a Elizabeth, a última soberana da dinastia *Tudor*¹¹¹ e, apesar de protestante convicto, restabelece os laços com a Igreja Romana, pois era filho da Rainha Maria, da Escócia, que tinha sido a candidata papal ao trono da Inglaterra na época de Elizabeth¹¹². Iniciam-se grandes convulsões sociais e a instabilidade no plano político e social da Inglaterra. Carlos I assume em 1625 e passa a defender interesses dos nobres proprietários de terra e a governar sem o apoio do parlamento, sendo que em 1640, se dá a primeira revolução burguesa da civilização ocidental¹¹³ e que culmina de forma gloriosa em 1688 com o restabelecimento da monarquia parlamentarista¹¹⁴, ou seja, quase um século antes das revoluções Americana (1775) e Francesa (1789)¹¹⁵.

¹⁰⁸ ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Inglesa**. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 51.

¹⁰⁹ “Henrique III, durante o seu reinado, rompe com o catolicismo romano e dá início ao processo que culminaria na criação do anglicanismo, a Igreja oficial da Inglaterra, trata-se de uma forma compósita de credo religioso no qual preservam-se os aspectos externos do catolicismo, isto é, a hierarquia episcopal, a liturgia, integrados à teologia calvinista, assentada na doutrina da predestinação. Em suma, preserva-se a forma católica, assumindo-se um conteúdo calvinista. A Igreja Anglicana transformou-se em um instrumento direto de poder do Estado. Os clérigos eram funcionários do Estado, cabendo ao rei a indicação dos bispos. Os sermões pronunciados nas cerimônias religiosas eram, efetivamente, produzidos pelo poder público, sendo a mais importante forma de comunicação entre o Estado e seus súditos” in ARRUDA, op. cit., 1984. p. 52.

¹¹⁰ HILL, Christopher. **A Revolução Inglesa de 1640**. Trad. por Wanda Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 14.

¹¹¹ HILL, op. cit., p. 66.

¹¹² HILL, op. cit., p. 68.

¹¹³ Entre os historiadores há o consenso que a na Inglaterra ocorreu apenas uma Revolução, sendo esta composta por três episódios: a Revolução Puritana (1640-1649) o Protetorado de Cromwell (1653 – 1659) e a Revolução Gloriosa (1688), considerando esta como complemento natural da primeira e chamada assim por ser uma revolução sem derramamento de sangue. ARRUDA, op. cit., 1984, pp. 73-74.

¹¹⁴ A Inglaterra durante quase 10 anos foi uma República (1649 – 1659). Oliver Cromwell é nomeado em 1653 como protetor vitalício da Inglaterra, morre em 1658, sendo sucedido pelo seu filho Richard Cromwell que não consegue manter-se no controle absoluto do poder para estabilizar o

Tais eventos motivados pelo descontentamento com a forma de atuação dos monarcas absolutistas dão origem ao “bill of rights” que explicita direitos fundamentais e limitam o poder do Estado.

Lembramos, por fim, que a expressão “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*)¹¹⁶ aparece apenas no início do século XIX, já na era Contemporânea, para referir-se ao Estado – povo, território e soberania - submetido ao Direito. Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, que ressalta o lado mais político do Estado de Direito:

A limitação do Estado pelo direito teria de se estender ao próprio soberano: este estava também submetido ao *império da lei* (*Herrschaft des Gesetzes*) transformando-se em ‘órgão do Estado’.¹¹⁷

Como se vê, então, o Estado de Direito surge como reação ao Absolutismo e como consequência das revoluções libertárias. Nesse sentido, escreve Dalmo de Abreu Dallari, acentuando, por sua vez, o lado mais jurídico dessa nova concepção de Estado que: “o Estado de Direito nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”¹¹⁸.

Mas é o próprio José Joaquim Gomes Canotilho que também faz a síntese das duas visões – a política e a econômica – e afirma ter surgido o Estado de Direito das doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, ao escrever:

O termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e o liberalismo econômico, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). (...) A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na

país e abdica em maio de 1659 cf. ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Inglesa**. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 87.

¹¹⁵ ARRUDA, op. cit., 1984. p. 07.

¹¹⁶ “Essa palavra – *Rechtsstaat* – isto é, Estado de Direito, aparece no início do século XIX como uma dimensão da discutida “via especial” do constitucionalismo alemão” in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003. p. 96.

¹¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 97.

¹¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, p. 63.

esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis.¹¹⁹

Conclui-se que o Absolutismo foi condição para o surgimento do Estado de Direito, pois só a partir do reconhecimento da necessidade de limitação do poder do soberano e do reconhecimento da existência de direitos fundamentais inerentes a pessoa humana a serem protegidos pela ordem política e jurídica de um Estado é que podemos falar em Estado de Direito. E é por essa razão que se pode afirmar que o Estado de Direito é o Estado limitado pela separação dos poderes, pelos direitos fundamentais da pessoa humana e que nasce apenas com as Revoluções Libertárias.

O Estado de Direito é um Estado Constitucional; é o Estado de Legalidade; é o Estado com limitação do poder pela sua separação. Nesse diapasão, podemos concluir que o Estado de Direito pode ser enxergado por dois ângulos: o político e o jurídico.

Pelo ângulo político, o Estado de Direito é o Estado de limitação do poder pela adoção do sistema de separação de poderes. O Poder Absoluto é a concentração das funções do Estado em uma única pessoa. Assim, não há Estado de Direito sem a separação dos poderes ou das funções do Estado: Executiva, Legislativa e Judiciária.

Pelo ângulo jurídico, o Estado de Direito é o Estado regido por uma Constituição e pelas leis.

2.1.1 Da separação dos poderes e dos princípios da constitucionalidade e da legalidade

A ideia de limitação do poder, que emerge com o advento da *Charta Magna*, evolui com o passar dos séculos para a ideia de separação dos poderes - o que na Inglaterra aconteceu em 1689 com a afirmação da independência e autonomia do Parlamento diante da Coroa – e, depois, para uma tripartição, objeto da teoria desenvolvida por Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, que se difundiu em múltiplos países de vários continentes.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003, p. 109.

E, dentre os princípios que fundamentam o Estado de Direito, além do princípio da separação dos poderes, estão os da constitucionalidade e da legalidade.

Como demonstrado, o Estado de Direito surge como reação ao Estado Absolutista – comandado por um monarca com poderes absolutos, o qual criava a lei de acordo com a sua vontade, mas a elas não se submetia.

Por sua vez, o Iluminismo traz as ideias de que a fonte do poder do Estado é o povo (o que se contrapunha a ideia do poder divino dos monarcas); e do contratualismo e da limitação do poder absoluto por meio de constituições escritas que garantem a proteção dos direitos inatos do homem e dispõem sobre a tripartição do poder.

Assim, em um Estado de Direito, o Estado está subordinado à lei e essa é vontade do povo.

Estado de Direito significa, sobretudo, a limitação do poder que, na ordem política, evolui para uma tripartição e, na ordem jurídica, para a vigência do princípio da constitucionalidade.

O Estado Constitucional de Direito está pautado em três grandes modelos: o *modelo inglês*, de monarquia parlamentarista, que tem suas sementes plantadas em 1215 com a Magna Carta Inglesa; o *modelo americano*, de 1776, com o sistema presidencialista e o *modelo francês*, de 1789, como modelo de controle político¹²⁰.

O *modelo inglês*, de evolução gradual, transmitido de geração em geração, passa por algumas fases. A primeira fase decorre do movimento estamental dos barões contra o rei João Sem Terra e que resulta na assinatura da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, a qual limitou o poder do monarca e criou o *Parlamento*. Na Inglaterra, ao longo dos séculos XVI e XVII, em razão da existência da possibilidade de um diálogo, no Parlamento, entre as classes sociais mais representativas, a convivência entre elas - burguesia, nobreza e monarquia absolutista (de fato e não direito) - era pacífica. Quando Jaime I e seu sucessor Carlos I rompem com esse equilíbrio, causam instabilidade política e social, resultando, em 1628, na chamada *Petition of Rigths*, uma declaração de direitos que

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39.

estabelecia limitações substanciais ao poder do monarca¹²¹. O Rei Carlos I, a despeito dos compromissos assumidos por força da petição de direitos, dissolve o Parlamento e com isso inicia-se a primeira fase da Revolução Inglesa, denominada Revolução Puritana (1640 – 1649) que culmina com a decapitação de Carlos I e com a instauração da República. Oliver Cromwell, comandante do exército do Parlamento que derrotou as forças do rei, assume o poder. O que ocorre, entretanto, é que em 1652, o próprio Oliver Cromwell dissolve o Parlamento e inicia uma espécie de ditadura republicana. Com a sua morte, em 1658, seu filho Richard Cromwell sucede-lhe, mas não consegue manter-se no poder. Inicia-se, então, a segunda fase da Revolução Inglesa, chamada de Revolução Gloriosa (1688), resultando na instauração de uma monarquia constitucional, na consolidação da supremacia do Parlamento em relação ao rei e da Câmara dos Comuns em relação a Câmara dos Lordes e na declaração de direitos denominada de *Bill of Rights* (1689)¹²².

A importância do modelo inglês para o constitucionalismo moderno é que ele delinea a separação do poder do Estado com a criação do Parlamento.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet faz as seguintes considerações acerca do modelo inglês de constitucionalismo:

A despeito de sua relevância para a evolução do constitucionalismo e pelo fato de na Inglaterra ter sido engendrada o primeiro Estado de feição liberal, o *modelo inglês* constitui uma via peculiar, visto que, além de não ter sido baseado na distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, não contempla o princípio da supremacia da constituição, inexistindo, portanto, um controle de constitucionalidade dos atos legislativos, notadamente, por força da adoção do princípio da supremacia parlamentar. Ainda assim, ao longo dos tempos, importantes mudanças foram desenvolvidas no âmbito da configuração institucional do Poder Judiciário como órgão independente da atuação parlamentar, o que se pode ver ilustrado mediante a referência à aprovação, em 1998, pelo Parlamento, da incorporação ao direito interno da Convenção Europeia de Direitos

¹²¹ “Oliver Cromwell, em 1628, é eleito pelo Condado de Cambridge. Este impõe ao Rei Carlos I uma Petição de Direitos (*Petition of Rights*). Era o ano de 1629 e, por este documento, o Parlamento exigia o controle do exército, isto é, sua convocação e dispensa e da política tributária. Carlos I assinou o documento com grande relutância e esperou que o Parlamento aprovasse os impostos sobre o comércio da lã e do couro, tradicionalmente aprovados pelo Parlamento até o fim do reinado, sendo, portanto, vitalícios. O Parlamento recusou-se a aprovar as rendas fixas e vitalícias, desejando que a cada momento em que elas se fizessem necessárias, novamente o Parlamento fosse convocado. Carlos I dissolve o Parlamento, que somente seria convocado 11 anos após, em 1640 (...)” in ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Inglesa**. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 71.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

Humanos, o assim chamado *Human Rights Act*, que opera como parâmetro para a legislação ordinária e pode ensejar uma declaração de incompatibilidade em concreto pelo Poder Judiciário.¹²³

O *modelo americano* tem origem em 1776 com a independência das treze colônias americanas, valendo lembrar que esses estados temiam um contra-ataque da Inglaterra e se unem, sob a forma de um Estado federal soberano, na medida em que os estados-membros reservam sua autonomia, mas sem possibilidade de secessão.

Por rejeitarem a ideia de monarquia, bem como o modelo inglês de parlamento forte, criam uma nova forma de organização de Estado com um sistema presidencialista e com a preocupação de limitação do poder do Estado por um sistema de tripartição e por uma Constituição escrita.

Aos 04 de julho de 1776, foi assinada a Declaração da Independência das treze colônias americanas, no Estado da Virgínia. Filosoficamente, a Declaração acentuou dois temas: os direitos individuais e o direito de revolução. Estas ideias tornaram-se largamente apoiadas pelos americanos e também se difundiram internacionalmente, influenciando a Revolução Francesa. Posteriormente, no verão de 1787, foi escrita a Constituição americana, que inicialmente continha regras de organização do Estado. Só em 1791 são introduzidas as 10 (dez) primeiras emendas com conteúdo de proteção de direitos individuais. É considerada a primeira Constituição escrita do mundo moderno e que está em uso até os dias atuais. Nas considerações de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Trata-se de um texto sintético, composto originariamente por 7 artigos, que, ao longo dos seus mais de 220 anos de vigência, sofreu 27 emendas. É extremamente difícil modificar a Constituição norte-americana. Porém, a plasticidade das cláusulas constitucionais mais importantes abriu a possibilidade de atualização daquela Constituição pela via interpretativa, para adaptá-la às novas demandas e valores que emergiram com as grandes mudanças experimentadas pela sociedade americana ao longo do tempo.¹²⁴

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 44-45.

¹²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 76.

E, assim, também surgem novas e importantes questões referentes a necessidade da manutenção do Estado Constitucional de Direito, de garantia da Constituição e de um controle de constitucionalidade. Tais preocupações são fielmente retratadas na obra “O Federalista”¹²⁵.

No emblemático caso *Madison x Marbury*¹²⁶, o juiz federal Marshal, em 1803, reconhece a todo e qualquer magistrado a competência de fiscalizar a constitucionalidade das leis quando chamado a fazer a aplicação de determinada lei em um caso concreto submetido a sua apreciação judicial, criando, assim, o modelo de controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Americana, de 1787, não previa a forma de controle de constitucionalidade, mas Marshall fundamentou a sua decisão no entendimento de que todos estão obrigados a cumprir a Constituição e a função primordial da autoridade judiciária é de cumprir e fazer cumprir a constituição, já que é da natureza do sistema constitucional o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário quando provocado a decidir o caso concreto. Nesse modelo de controle concreto, a natureza do controle de constitucionalidade é de revisão judicial, com a função de interpretação da lei conforme a Constituição para sua aplicação.

Porém, percebemos que no controle difuso e concreto qualquer pessoa com legitimidade para postular em juízo pode questionar a inconstitucionalidade de uma lei, o que dá um caráter extremamente democrático a esse modelo de controle de constitucionalidade.¹²⁷

Por fim, abordaremos o *modelo francês* que surge com a Revolução Francesa que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem de agosto de 1789 e que em seu artigo 16 esboça o novo conceito de Constituição, ao estipular,

¹²⁵ Para análise contextualizada e abrangente, indicamos a leitura da obra escrita por HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Introdução e Notas Benjamin Fletcher Wright. Trad. por Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1997.

¹²⁶ Marshall foi o quarto juiz a tomar posse do cargo, mas o primeiro a criar um impacto vital para o Direito Constitucional norte-americano. O caso Marbury envolvia a questão de competência ou não da Corte Suprema para revogar o estatuto federal promulgado pelo Congresso, que o considerava em harmonia com a Constituição, mas que a Corte julgava ser inconstitucional *in Decisões Históricas da Corte Suprema*, de Carl Brent Swisher, pp. 9-14.

¹²⁷ No entanto, nota-se que só em 1920, Hans Kelsen cria um novo modelo de controle de constitucionalidade denominado *sistema concentrado* ou *modelo austríaco*, porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada ou concentrada em um único órgão, com exclusão de qualquer outro. No sistema de controle de constitucionalidade concentrado, o órgão competente analisa abstratamente a norma e o controle de constitucionalidade é o objeto principal da ação.

em tom solene, que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição¹²⁸.

Inicialmente, o controle de constitucionalidade era de competência do Poder Legislativo, considerando a alta desconfiança dos revolucionários em relação ao Poder Judiciário, cujos membros tinham sido indicados pelo rei. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento explicam:

O protagonista do processo constitucional no modelo constitucional francês é o Poder Legislativo, que teoricamente encarna a soberania e é visto como um garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário. Historicamente, esta concepção deveu-se tanto à desconfiança que os franceses nutriam em relação ao Judiciário, visto como uma instituição corrompida e associada ao Antigo Regime, como à valoração da lei, concebida, a partir da influência do pensamento de Rousseau, como a expressão da vontade geral do povo. Isto levou, na prática, a que a Constituição acabasse desempenhando o papel de proclamação política, que deveria inspirar a atuação legislativa, mas não de autêntica norma jurídica, que pudesse ser invocada pelos litigantes nos tribunais. (...) A história política francesa é repleta de turbulências e mudanças de regime e praticamente cada uma delas ensejou a elaboração de uma nova Constituição. Foram 13 Constituições ao todo, editadas, respectivamente, nos anos de 1791, 1793, 1795, 1799, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1946 e 1958 (ainda em vigor). Nesse contexto de grande instabilidade constitucional, o papel de “Constituição real” acabou sendo desempenhado por outra norma: o Código Civil. De acordo com a concepção francesa, no Código Civil deveriam estar plasmadas regras racionais, estáveis e universais para a disciplina da vida social, sintonizadas com a ideologia liberal-burguesa, assentada na proteção à propriedade e no respeito à autonomia da vontade. Essa concepção foi acolhida pelo renomado Código de Napoleão, de 1804.¹²⁹

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) apenas no último quartel do século XX, o Conselho Constitucional, órgão a que incumbe, na França, o controle de constitucionalidade da lei, passou a assumir um papel mais efetivo e mais próximo de uma autêntica jurisdição constitucional, capaz de assegurar a supremacia da Constituição em relação ao direito infraconstitucional, o que também é aspecto que constitui uma

¹²⁸ Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 25 mai. 2014.

¹²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 74.

diferença essencial em relação à tradição do constitucionalismo norte-americano e mesmo, na fase posterior à Segunda Guerra Mundial, da experiência da maioria dos países que apostaram na criação de Tribunais Constitucionais de perfil jurisdicional, como foi o caso da Alemanha.¹³⁰

Afinal, independentemente do modelo de controle de constitucionalidade seguido, o que importa é que no Estado de Direito o poder do Estado encontra-se limitado por uma Constituição e pelas leis.

2.1.2 Dos direitos fundamentais

Como visto, o Estado de Direito nasce no final do século XVIII com o objetivo de limitar o poder do Estado para livrar os governados da violência e dos abusos e muni-los de direitos básicos.

Observa-se que os direitos naturais não nascem no século XVIII, mas constituem uma versão doutrinária do direito jusnaturalista da Antiguidade em que se faz uma referência a um direito superior, estabelecido pelos deuses e não pelo homem. Essa concepção de direito independente da vontade humana, que atravessou toda a Idade Média, foi restaurada pelo pensamento político iluminista.

Ainda na Idade Média, tais direitos naturais eram reconhecidos em documentos chamados de forais ou cartas de franquias outorgadas pelos senhores feudais e que garantiam certos direitos básicos a determinados grupos, corporações ou pessoas.

De todas, certamente a mais significativa é a Magna Carta, de 15 de junho de 1215, marco inicial do sistema constitucional inglês e que consistia em um acordo entre o rei e os barões revoltosos, estes apoiados pelos burgueses e pela Igreja, para lhes garantir uma gama de direitos. Ainda que não se tratasse de direitos aplicáveis aos homens em geral e estivessem restritos apenas a uma parcela do povo, a Magna Carta Inglesa é tida como a origem do princípio do *rule of law* e é a partir dela que acabam se desenvolvendo, séculos depois, as primeiras constituições do mundo contemporâneo, os primeiros Estados submetidos ao Direito e a doutrina dos direitos hoje chamados de humanos e, posteriormente, fundamentais e seriam insculpidos no *Bill of Rights Inglês*, de 1689, nas declarações

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 51.

das colônias da América do Norte (em especial a Declaração de Virgínia, de 1776) e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Como visto, a doutrina dos direitos do homem já estava sendo desenhada na Baixa Idade Média (século XIII), se expande pela Idade Moderna, influenciando um modelo de reformulação das instituições políticas com base no Iluminismo que inaugura a Idade Contemporânea. Neste sentido, escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

(A doutrina dos direitos dos homens) foi incorporada pelo liberalismo do qual é capítulo essencial. Não se olvide, porém, que é uma doutrina bem mais antiga que esta filosofia política, a qual não a construiu, mas a adotou e certamente enfatizou. Com efeito, no seu cerne está o jusnaturalismo a que já aderiam os estoicos. Mas é verdade que, do século das luzes em diante, se tornou um dos princípios sagrados do liberalismo, sendo às vezes apresentado como o princípio liberal, por excelência.¹³¹

A expressão “direitos do homem” foi mais tarde substituída por “direitos humanos” para incluir também as mulheres, da qual “direitos fundamentais” é uma terminologia dela derivada.

Há doutrinadores, no entanto, que fazem distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.¹³²

Nessa esteira:

¹³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.14.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003, p. 393. Para uma visão tridimensional dos direitos fundamentais – dimensão jusnaturalista, dimensão universalista e dimensão constitucional – cf. VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais**, Coimbra, 1983, p. 3.

A diferença que pode ser feita entre estas expressões é que, normalmente, a aceção direitos fundamentais está ligada a ideia da consagração constitucional das liberdades do indivíduo (esta foi a denominação utilizada por nosso constituinte de 1988), enquanto que direitos humanos ou direitos dos homens estariam ligadas à proteção na esfera de liberdade do ser humano, mesmo que a sua proteção não esteja prevista expressamente pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras: os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados.¹³³

Dentre as declarações de direitos do homem, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 26 de agosto de 1789, ainda que não seja a primeira, é a mais breve e célebre, pelas circunstâncias que envolveram sua criação durante a Revolução Francesa e por ter se expandido internacionalmente como modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal.

Ainda que o presente trabalho não pretenda abordar de forma detalhada as teorias que fundamentam a existência dos direitos fundamentais, bem como as suas classificações, parece necessário, mesmo que de forma resumida, referir dois pontos centrais relativos ao tema.

O primeiro tem relação com a fundamentação da existência dos direitos fundamentais: para o jusnaturalismo racional, os direitos fundamentais decorrem da própria natureza humana baseada numa ordem universal, imutável e inderrogável; para os juspositivistas, o fundamento é a ordem normativa como manifestação da soberania popular, sendo direitos humanos apenas aqueles previstos em lei; por fim, a teoria moralista encontra fundamento na própria existência e consciência moral de um determinado povo.¹³⁴

E o segundo tema se refere à categorização e a classificação dos direitos fundamentais: os direitos liberais, que preservam as liberdades públicas, a igualdade e a privacidade dos indivíduos; os direitos sociais, que garantem a prestação de serviços públicos essenciais para assegurar aos seus titulares o bem-estar material e moral; e os direitos políticos, que possibilitam ao cidadão a participação na vida política do Estado, seja ela pela forma direta ou indireta.

¹³³ RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2009, pp. 13-14.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 13. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 74-75.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, bem como outros tratados, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, corroboram esta divisão dos direitos humanos em três espécies distintas: os direitos civis; os direitos políticos e os direitos sócio-econômicos-culturais.

Atribui-se a Karel Vasak, então Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, a classificação clássica dada aos direitos humanos como direitos de primeira, segunda e terceira gerações de acordo com a evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana e com o lema da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade.¹³⁵

Ainda que essa clássica divisão dos direitos fundamentais em gerações receba críticas, principalmente porque o termo gerações¹³⁶ poderia dar uma conotação equivocada de sucessão temporal em que uma geração de direito substituiria a outra, tal modelo se revela didático e útil na medida em que associa o ideal libertário francês (liberdade, igualdade e fraternidade) às ondas de positivação dos direitos humanos.

Um dos maiores defensores das ideias de Karel Vasak foi o jurista italiano Norberto Bobbio¹³⁷ que, em sua célebre obra “A era dos direitos”, difundiu a divisão didática de Karel Vasak.

De acordo com essa classificação, a primeira geração ou dimensão compreende as liberdades públicas, em que se afirmam os direitos e liberdades do indivíduo em face do Estado de modo a impedir os abusos estatais e de suas autoridades por meio da imposição jurídica de abstenção ou de não interferência do próprio Estado. Nesse contexto, o ente estatal apenas reconhece direitos e se compromete a não os violar, daí a falar-se de prestações estatais de cunho negativo. Como visto, tais direitos são reconhecidos e positivados, historicamente, com as chamadas revoluções libertárias.

Na segunda geração ou dimensão figuram os direitos sociais, que exigem do Estado uma atitude positiva de forma que se promova o exercício efetivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, realizando a justiça social e garantindo a

¹³⁵ BARROS, Sérgio Resende. **Três gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br>. Acesso em: 28 fev. 2009.

¹³⁶ Por isso, há quem que prefira utilizar o termo dimensão, ao invés de geração, de forma a evitar o falso entendimento de que uma geração substituiria a outra. Nesse sentido: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 2597.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 13. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 5 - 6.

concretização dos demais direitos fundamentais. O reconhecimento desses direitos, chamados de segunda geração ou dimensão, decorre da segunda Revolução Industrial (século XIX), expressão do liberalismo econômico e que deu margem a uma crise social sem precedentes em toda a Europa. Os estados liberais de Direito, recém-criados, se veem acuados pela vastidão da crise e começam a se transformar em estados sociais de Direito, marcados pelo intervencionismo nas áreas sensíveis da sociedade (trabalho, educação, saúde, previdência e justiça).

Por sua vez, Karel Vasak identificou os direitos de terceira geração como direitos de fraternidade, ainda que haja, mesmo hoje, divergência doutrinária sobre sua existência e extensão, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na verdade, não se cristalizou ainda a doutrina a seu respeito (terceira geração). Muita controvérsia existe quanto à natureza e ao seu rol. Há mesmo quem conteste como falsos direitos do Homem. Tal hesitação é natural, pois somente em 1979 que se passou a falar desses novos direitos, cabendo a primazia à Karel Vasak.¹³⁸

Segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, os direitos de terceira geração ou dimensão são fundados na solidariedade e na fraternidade humana e são caracterizados pela proteção de grupos e coletividades (família, povo, nação), afastando-se da ideia inicial do individualismo e do indivíduo como único titular de direito.¹³⁹

Tais direitos, nesta terceira perspectiva jurídica, têm, portanto, como titular a coletividade em seu sentido mais restrito ou em seu mais amplo para compreender todo o gênero humano (todos da espécie humana, indistintamente, considerados), sendo que o Estado deve buscar tutelar essa gama de titulares indefinidos e indeterminados.

É certo que alguns doutrinadores defendem a ideia de direitos de quarta dimensão e quinta dimensão. Para Norberto Bobbio, *“tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”*.¹⁴⁰

¹³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 57-58.

¹³⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006. p. 163.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 13. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

Paulo Bonavides também defende a existência dos direitos de quarta geração, incluindo, dentre os direitos dessa categoria, a democracia.

Nesse sentido:

A democracia é princípio, e os princípios têm sua normatividade, tanto conceitual como positivamente, já definida e reconhecida em algumas ordens jurídicas.

Transformado num direito fundamental, o mais fundamental dos direitos políticos, direito, tornamos a repetir, de quarta geração, para assinalar o teor da novidade de sua aplicação compulsiva, a democracia já não é unicamente o direito das declarações universais, políticas e filosóficas, dos séculos revolucionários, mas o direito positivo das Constituições e dos tratados, de observância necessária, por conseguinte, tanto na vida interna como na externa dos Estados.¹⁴¹

Inobstante sermos simpáticos à ideia de reconhecimento da democracia como direito fundamental, discordamos quanto a sua classificação como direito de quarta geração ou dimensão, trata-se, ao nosso ver, de direito de terceira geração fundado na solidariedade e na fraternidade humana e caracterizado pela proteção de grupos e coletividades.

Para se compreender o alcance dos direitos de terceira geração ou dimensão é necessário partir de uma noção que contenha critérios idôneos para identificar a sua natureza, não se podendo ficar limitado em termos de um rol taxativo, pois corre-se o risco, nesse caso, de deixar de fora, na prática, direitos típicos dessa dimensão.

Interessante, quanto a esse aspecto, o que escreve Pedro Lenza:

Direitos Humanos de 3ª. geração: marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional, (sociedade de massas, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.¹⁴²

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 521.

¹⁴² LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

Assim, temos que os direitos difusos têm um alto teor humanista e ligam as pessoas pelo próprio gênero humano e não por qualquer relação jurídica específica, sendo essa a nota marcante de tais direitos em termos de sua natureza jurídica.

2.1.3 Do elemento democrático

Filósofos e historiadores afirmam que o surgimento da democracia remonta à Grécia, há 2.500 anos, no período axial, no ano 509 a.C (século V a.C), no governo de Clístenes¹⁴³, anterior ao governo de Péricles, este equivocadamente nomeado por muitos como o “pai da Democracia”.

Clístenes, de Atenas, iguala os cidadãos em zonas (circunscrições) chamadas *demos*. Esses homens, reconhecidos como cidadãos, nessas zonas, eram considerados iguais.

Assim, originariamente, democracia (*demo*) significa uma zona territorial, um local para se debater as coisas da *polis*¹⁴⁴.

No entanto, estavam excluídos da condição de cidadãos: as mulheres, os escravos, os servos, os estrangeiros e os comerciantes, estes porque não tinham o

¹⁴³ Estadista, filósofo, político e legislador grego nascido em Atenas, cujas reformas políticas contribuíram para despertar o sentimento de cidadania em contraposição à solidariedade dos membros do clã e assim considerado o fundador da democracia ateniense. Da família dos *Alcmeônidas*, conhecida por sua oposição à tirania, era neto de **Clístenes de Sicião**, por parte materna. De uma época em que a aristocracia ansiava por reverter as reformas políticas impostas por **Sólón**. Depois da luta pelo poder que se seguiu à queda do tirano **Hípias** (510 a. C.), a assembleia popular de Atenas entregou-lhe o governo da cidade. Introduziu reformas democráticas baseadas na isonomia, princípio pelo qual todos os cidadãos tinham os mesmos direitos, independentemente da situação econômica e do clã ao qual estivessem filiados. Alterou a organização social, que de quatro *tribos* baseadas em laços de sangue, dividiu a população ateniense em dez, misturando homens de diferentes origens e condições. Cada uma delas era integrada por habitantes das três áreas, denominadas *trítias*, em que a cidade ficou dividida. As *trítias*, por sua vez, se subdividiam em *demos*, numa estrutura que pretendia diluir a influência local das famílias poderosas, abolir o caráter tribal da sociedade ateniense e imprimir-lhe características de cidade. Elevou para 500 os membros do *Conselho de Sólon*, com cinquenta representantes de cada tribo, escolhidos pelos *demos* em número proporcional à população de cada um deles. Introduziu a execução dos condenados à morte por envenenamento com ingestão de *cicuta* e a *pena do ostracismo*, cassação de direitos políticos daqueles que ameaçassem a democracia ateniense. Morreu em Atenas e, a partir de suas reformas, essa cidade converteu-se na maior potência econômica da Grécia (490-470 a. C.). Suas ideias inspiraram a definição de democracia seguida por reformadores de todos os tempos, ou seja, o princípio da igualdade é direito de todos e a participação ativa de todos os cidadãos na vida pública. Este brilhante idealista acreditou nos direitos iguais de todos os cidadãos, e como uma consequência teve muitos inimigos na oligarquia, mas aparentemente morreu de morte natural, em sua cidade natal. Disponível em: <http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/Clistene.html>. Acesso em: 20 jul. 2013.

¹⁴⁴ “designação que abarca tanto o território, quanto a população que o habita. E sem suprimir estes institutos, a evolução alcança finalmente a *pólis*, a cidade, que lhes dá a necessária conformação política e unidade” in AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O direito grego antigo**. Osasco: FIEO, 1999, p. 6.

ócio (“*nec otium*” – origem da palavra negócio), no sentido de não ter “*otium cum dignitate*”, ou seja, o cidadão para estar envolvido com as preocupações da *polis* deve estar tranquilo, não ter preocupações com o labor para poder se dedicar a ação para as coisas da *polis*¹⁴⁵.

Como se pode perceber, na Grécia, a democracia era exercida por uma minoria de homens denominados cidadãos. Ainda, assim, distingue-se essa forma de governo da aristocracia (governo por uma classe privilegiada, seja por conhecimentos, seja em razão do nascimento) e da oligarquia (forma impura do governo aristocrático), por se tratar de uma forma de governo que garante a todos os cidadãos a *isonomía*, a *isotimía* e a *isagoría* e faz da liberdade e da sua observância a base sobre a qual repousa toda a sociedade política¹⁴⁶.

Essa forma de governo de todos os cidadãos, esses entendidos como os que dispunham do ócio para se dedicar as coisas da *polis* (e não de todos indiscriminadamente) tem registro de existência também em Roma, embora os romanos preferissem chamar seu sistema de República: *res* (coisa) e *publicus* (pública)¹⁴⁷.

Inicialmente, em Roma, o direito de participar do governo da República restringia-se aos patrícios, ou seja, aos aristocratas¹⁴⁸.

A República Romana durou consideravelmente mais tempo que qualquer democracia, inclusive a Ateniense, porém em razão da corrupção, da inquietude civil, da guerra e do enfraquecimento do espírito cívico dos cidadãos, pereceu e transformou-se em outro regime, comandado por imperadores.¹⁴⁹

Com o desaparecimento da república romana, a forma democrática de governo desvaneceu e por cerca de mil anos foi substituída por monarquias,

¹⁴⁵ “De fato, a sociedade grega, escravista, destinava ao homem de pensamento o tempo livre, o ‘ócio com dignidade’, utilizado para a elevação e emancipação, para a contemplação do belo, para a discussão em torno do útil e do justo. Na cultura grega, cabiam aos cidadãos a organização e comando da pólis. Ao cidadão era proibido o trabalho braçal, por necessitar ter tempo livre para se dedicar à reflexão e ao exercício da cidadania e do bom governo”. DANTAS, Luís Rodolfo de Souza *at al.* A democracia nascente: Atenas depois de Clístenes. **Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Silas Rodrigues Gonçalves**. São Paulo: Scortecci, 2006, p. 123.

¹⁴⁶ “Com a *isonomia* proclamava-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza. Com a *isotimia*, a organização democrática da Grécia abolia títulos e funções hereditárias e viabilizava a todos os cidadãos o acesso livre ao exercício das funções públicas e no conceito de *isagoria* reúnem-se os predicados de igualdade jurídica de falar e de participar da direção da coisa pública, em associação ao debate público dos negócios de governo” *in* DANTAS, Luís Rodolfo de Souza *at al.* A democracia nascente: Atenas depois de Clístenes. **Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Silas Rodrigues Gonçalves**. São Paulo: Scortecci, 2006, p. 102.

¹⁴⁷ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 23.

¹⁴⁸ DAHL, *idem ibidem*.

¹⁴⁹ DAHL, *op. cit.*, p. 24.

aristocracias, oligarquias e governos despóticos, todos com base em alguma forma centralizadora do poder em poucas pessoas ou grupos¹⁵⁰.

Somente ao final da Idade Média, a democracia ressurgiu na Itália. Robert Dahl bem descreve as condições e circunstâncias favoráveis e que estimularam o ressurgimento da forma democrática de governo:

Como uma espécie extinta ressurgindo depois de uma grande mudança climática, o governo popular começou a reaparecer em muitas cidades do norte da Itália por volta do ano 1100 d.C. Mais uma vez, foi em cidades-estado relativamente pequenas que se desenvolveram os governos populares, não em grandes regiões ou em grandes países. Num padrão conhecido em Roma e mais tarde repetido durante o surgimento dos modernos governos representativos. A participação nos corpos governantes das cidades-estado foi inicialmente restrita aos membros das famílias da classe superior: nobres, grandes proprietários e afins. Com o tempo, os residentes nas cidades, que estavam abaixo na escala socioeconômica, começaram a exigir o direito de participar. Membros do que hoje chamamos *classes médias* - novos ricos, pequenos mercadores, banqueiros, pequenos artesãos organizados em guildas, soldados das infantarias comandadas por cavaleiros - não apenas eram mais numerosos do que as classes superiores dominantes, mas também capazes de se organizar. Eles ainda podiam ameaçar violentas rebeliões e, se necessário, levá-las adiante. Conseqüentemente, em muitas cidades, essas pessoas - o *popolo*, como eram chamadas - ganharam o direito de participar do governo local.¹⁵¹

O que se pode notar é que as condições favoráveis para o ressurgimento da forma democrática de governo se relacionam principalmente com o interesse dos indivíduos em lutar pelo seu reconhecimento como legítimos participantes das coisas da *polis*.

A história da democracia, assim como a do reconhecimento dos direitos humanos, é um relato de avanços e retrocessos e, por isso, segundo o entendimento de Fábio Konder Comparato, não há como falar em evolução histórica, mas sim em uma afirmação histórica¹⁵².

Tem-se, portanto, que a ideia de democracia se traduz num conceito histórico que se desenvolveu e se enriqueceu a cada etapa do evoluir social, mas

¹⁵⁰ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 25.

¹⁵¹ DAHL, *idem ibidem*.

¹⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 9.

sempre mantida a ideia central de tratar-se de um regime político em que o poder repousa na vontade do povo¹⁵³.

Por óbvio, o conceito de povo também evoluiu, já que, na Grécia antiga, as mulheres, os negociantes, os estrangeiros e seus descendentes e os escravos estavam excluídos da participação nas coisas da *polis* e até há muito pouco, na maioria dos países tidos por democráticos, quase que a metade da população adulta, representada pelas mulheres, estava excluída da participação do sufrágio.¹⁵⁴ A Nova Zelândia, em 1893, tornou-se o primeiro país a garantir o sufrágio feminino e, no Brasil, as mulheres passaram a ter o direito ao voto, mas com restrições, somente em 1932¹⁵⁵.

Para se evitar a repetição de erros - por ação ou omissão -, é importante a análise e a compreensão dos acontecimentos passados que alertam quanto aos fatores que põem em risco a democracia.

Robert Dahl¹⁵⁶, em sua análise histórica sobre o surgimento, declínio e ressurgimento da democracia, aponta como fator de risco o desinteresse dos indivíduos em participar das coisas da *polis*, desinteresse decorrentes de várias origens como a corrupção, a oligarquia (forma impura de governo por um grupo), o declínio econômico, o descrédito nos representantes eleitos e nas instituições públicas, tudo a propiciar a eclosão de guerras, a conquistas e tomadas forçadas do poder por governantes autoritários, sejam príncipes, monarcas ou soldados.

Hannah Arendt¹⁵⁷ aponta como fatores que põem em risco a democracia o desinteresse quanto ao exercício do poder, a passividade (no sentido de aceitação) quanto aos ataques e infrações aos direitos, o individualismo e a alienação do mundo.

A corrupção que leva ao descrédito dos representantes eleitos e no desinteresse pela participação nas coisas públicas, aliada ao comodismo, ao individualismo e a atribuição de maior valor à segurança do que à liberdade são fatores que favorecem o ambiente para a instauração de regimes autoritários de governo. Sobretudo, o desestímulo do povo à participação dos assuntos de

¹⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 9.

¹⁵⁴ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 13.

¹⁵⁵ ALVES, José Eustáquio Diniz. **Os 80 anos do voto feminino no Brasil**. Disponível em <http://www.ecodebate.com.br/2012/02/24/80-anos-do-direito-de-voto-feminino-no-brasil-artigo-de-José-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 15 fev.2014.

¹⁵⁶ DAHL, op. cit., p. 24.

¹⁵⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 11.

interesse público é uma forma de desvalorizar o seu poder o que resulta na sua perda.

Para Zygmunt Bauman, o desafio do mundo contemporâneo é a conciliação entre o individualismo e os interesses sociais¹⁵⁸. Na visão do autor, o desafio para o mundo contemporâneo e, também, uma tarefa das mais difíceis, é conciliar o individualismo com os interesses coletivos, pois as instituições e valores do passado, elos que entrelaçavam os projetos individuais aos coletivos, são referências estranhas à fase líquida¹⁵⁹ da modernidade, em que, cada um por si tenta capacitar-se para as incertezas do futuro¹⁶⁰. Alerta o autor quanto ao risco da fluidez da sociedade moderna:

(...) como a tarefa compartilhada por todos deve ser realizada por cada um em condições inteiramente diferentes, divide as situações humanas e induz à competição mais ríspida, em vez de unificar uma condição humana inclinada a gerar cooperação e solidariedade¹⁶¹.

Essa é a realidade da sociedade contemporânea, envolta em um ciclo vicioso do prazer em consumir, transformando o homem em um *animal laborans*, preocupado apenas com a satisfação dos seus instintos e necessidades vitais, um ser alheio ao mundo externo¹⁶². Nesse mesmo sentido, aponta Hannah Arendt que o

¹⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.74.

¹⁵⁹ Zygmunt Bauman desenvolveu o conceito de “Modernidade Líquida”, na qual as ideias de emancipação, individualidade, tempo/espaço, trabalho e comunidade estão propensas a mudar com rapidez e de forma imprevisível. Em sua análise da Modernidade identificou os fenômenos do individualismo e do consumismo na sociedade. A modernidade líquida está obcecada por valores e isso acontece por se viver em um mundo cheio de oportunidades e este fato representa esse mundo cheio de possibilidades que a possibilidade de consumir não se restringe somente às coisas, mas também às ideias e as sensações. É um mundo de descartes, que envolve o indivíduo num ciclo de vida que resume-se ao trabalho e consumo. “Tudo corre agora por conta do indivíduo. Cabe ao indivíduo descobrir o que é capaz de fazer, ele se educa como consumidor orientado pelo desejo e conceitos como necessidade dão lugar ao de adequação. O consumo nessa modernidade fluida torna-se um ritual de exorcismo” in BAUMAN, **Modernidade Líquida**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 74 e 94-96.

¹⁶⁰ BAUMAN, op. cit, p.12.

¹⁶¹ BAUMAN, op. cit, p.106.

¹⁶² Na obra “A condição humana”, Hannah Arendt faz a distinção entre labor, trabalho e ação – atividades fundamentais que integram a *Vida Activa* - bem como esfera pública, esfera privada e esfera social – local onde estas atividades são desenvolvidas. Segundo consta no posfácio a 10. ed. brasileira da obra, redigido por Celso Lafer: “labor é a atividade assinalada pela necessidade e concomitante futilidade do processo biológico, do qual deriva, uma vez que algo que se consome no próprio metabolismo, individual ou coletivo. Porque é a atividade que os homens compartilham com os animais, Hannah Arendt qualifica-a como a do *animal laborans*. O trabalho, ao contrário do labor, não está necessariamente contido no repetitivo ciclo vital da espécie. É através do trabalho que o *homo sacer* cria coisas extraídas da natureza, convertendo o mundo num espaço de objetos partilhados pelo homem. O habitat humano é, por isso mesmo, nitidamente diferente de qualquer

individualismo e o consumismo são fatores de alienação do mundo externo e, por isso, são os atuais inimigos de uma democracia¹⁶³.

Aliás, nota-se que as muitas críticas endereçadas à democracia representativa derivam da falta de participação dos cidadãos, que se alheiam ao processo, e se limitam, no máximo, a remoer queixumes, conforme entendimento expressado por Paulo Ferreira da Cunha¹⁶⁴.

Na visão de Hannah Arendt, o conhecimento desse desequilíbrio é útil na medida em que auxilia a regular e equilibrar a balança, ou seja, a consciência da fluidez e da condição de *animal laborans* em que o consumo exacerbado coloca o homem, enredando-o num ciclo sem fim, que em uma visão otimista o levará a interessar-se pelas coisas comuns e a praticar ações que se perpetuem no mundo exterior¹⁶⁵.

No pensamento de Hannah Arendt:

(...) compreender não significa negar o ultrajante, subtrair o inaudito do que têm precedentes, ou explicar fenômenos por meio de analogias e generalidades tais que se deixe de sentir o impacto da realidade e o choque da experiência. Significa antes examinar e suportar conscientemente o fardo que os acontecimentos colocaram em nós – sem negar a sua existência nem vergar humildemente ao seu peso, como se tudo o que aconteceu não pudesse ter acontecido de outra forma. Compreender significa, em suma, encarar a realidade, espontânea e atentamente, e resistir a ela – qualquer que seja, venha a ser ou possa ter sido.¹⁶⁶

Eis, então, a importância de compreender os fatos passados e refletir sobre a importância das atitudes de cada indivíduo nessa sociedade pós-moderna

ambiente natural. É um habitat cercado de objetos que se interpõem entre a natureza e o ser humano, unindo e separando os homens entre si. A ação, diz Hannah Arendt, 'é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, correspondem a condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo'. Como Bikhu Parech, citado por Celso Lafer, "no labor o homem revela as suas necessidades corporais, no trabalho a sua capacidade e criatividade artesanal; na ação a ele mesmo. A ação é fonte significativa da vida humana" in Bikhu Parekh "*Hannah Arendt's Critique of Marx*" in Melvy A. Hill, *Hannah Arendt: The Recovery of the Public World*, cit. pp. 69-70 in posfácio "A política e a condição humana" redigido por Celso Lafer in ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 345.

¹⁶³ ARENDT, op.cit., 2007, p. 13.

¹⁶⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. Democracia, esteio dos Direitos Humanos in FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. (Orgs). **Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 51.

¹⁶⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 13.

¹⁶⁶ ARENDT, op. cit., 1989, p. 12.

regida pelo consumo a fim de se evitar a repetição de erros e retrocessos na história da democracia como também na história dos direitos humanos.

A perda do poder, decorrente da falta de interesse pelo 'mundo externo' ou pelas 'coisas públicas', levam à sensação de inutilidade e descarte. Há que agir, no sentido de participar (praticar a ação) para não perder o poder; a utilidade. Pois, como afirma Arendt:

a ação é a única atividade que se exerce diretamente entre homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, correspondem à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo.¹⁶⁷

A preocupação apenas com o labor e com o consumo leva ao isolamento e à alienação do mundo exterior, sendo um dos fatores que conduzem aos regimes autoritários de governo que vendem a ilusão da segurança e da comodidade. Tal ilusão é uma das armadilhas que conduzem ao risco do totalitarismo. Hannah Arendt tece as seguintes considerações a respeito da monarquia ou o governo de um só homem, em suas múltiplas formas, desde a franca tirania de um contra todos até o despotismo benévolo:

Mas todas têm em comum o banimento dos cidadãos da esfera pública e a insistência em que devem dedicar-se aos assuntos privados, enquanto só o soberano deve cuidar de negócios públicos. (...), mas os cidadãos não podiam ver nessa política outra coisa senão a tentativa de privá-los do tempo necessário à participação nas questões comuns de todos. E contra essas vantagens óbvias e imediatas da tirania – a estabilidade, a segurança e a produtividade – que nós devemos resguardar, quando menos porque conduzem a inevitável perda de poder, embora o verdadeiro desastre possa ocorrer em futuro relativamente distante.¹⁶⁸

Atualmente, os fatores de isolamento são a preocupação individualista exacerbada com o labor e o consumo, fatores que levam a alienação do mundo, como exposto no pensamento de Hannah Arendt. Esse é o atual risco para a democracia e que favorece sorrateiramente as condições para o surgimento de regimes autoritários, tal como nos alerta a autora.

¹⁶⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p.15.

¹⁶⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 347.

Para afastar esses riscos à democracia e ao Estado de Direito, o melhor caminho é o incentivo à cultura política e às convicções democráticas, ou seja, de que a democracia é desejável e que depende da criação de mecanismos que garantam e incentivem a participação popular. Nesse sentido, Robert Dahl:

As perspectivas para uma democracia estável num país são melhores quando seus cidadãos e líderes apoiam vigorosamente as práticas, as ideias e os valores democráticos. O apoio mais confiável surge quando essas convicções e predisposições estão incrustadas na cultura do país e transmitidas, em boa parte, de uma geração para a outra. Em outras palavras, quando um país possui uma cultura democrática. Uma cultura política democrática ajudaria a formar cidadãos que acreditem no seguinte: democracia e igualdade política são objetivos desejáveis; o controle sobre militares e Polícia deve estar inteiramente nas mãos de líderes eleitos; as instituições democráticas básicas devem ser mantidas, diferenças e desacordos políticos entre os cidadãos devem ser tolerados e protegidos.¹⁶⁹

A cultura política e as convicções democráticas são tão essenciais e importantes para se evitar cair nas armadilhas do oferecimento de facilidades e vantagens óbvias e imediatas dos regimes autoritários – a estabilidade, a segurança e a produtividade –, como também igualmente necessárias para o desenvolvimento da consciência da necessidade vital (tanto do regime, quanto dos próprios indivíduos) de participação em condições iguais para as discussões de assuntos de relevância para o interesse comum, aliado ao fato de que não fiquem apenas em debates, mas que efetivamente as intenções expressadas por palavras se manifestem e se identifiquem com as ações para que a forma pura de governo democrático não se transforme em sua versão impura, a demagogia, que por sua vez acarreta o descrédito e o enfraquecimento do espírito cívico dos cidadãos.

Sobre o tema, Paulo Ferreira da Cunha realiza a seguinte síntese que merece referência:

a democracia só é plena quando impregnar todas as instituições e tiver sólido suporte na consciência, no coração e nos hábitos das pessoas, a começar pelas que, de qualquer forma, exerçam o poder, ainda que a um nível mais baixo. A cultura democrática de um povo é a seiva que alimenta a normalidade da vida democrática das instituições pequenas e grandes.¹⁷⁰

¹⁶⁹ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 174.

¹⁷⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. Democracia, esteio dos Direitos Humanos in FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. (Orgs). **Direitos Humanos Fundamentais**: Doutrina, Prática e Jurisprudência. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 54.

Em países sem essas condições é muitíssimo improvável que a democracia se desenvolva e se mantenha.

Por isso, tão importante a consciência da importância da educação para criação de uma cultura democrática e de cidadania – no sentido empregado por Hannah Arendt que é ‘o direito a ter direitos’ e assim ‘poder defender os seus direitos’ - para a criação e a ampliação de mecanismos que possibilitem o exercício dessa participação popular, pois não é interessante para a democracia nem o escoamento do interesse popular, nem o seu transbordamento por falta de caminhos para que efetivamente seja aproveitado.

Em suma, o que se vislumbra é que o Estado de Direito é espécie de Estado que possui como elementos limitadores do poder os princípios da constitucionalidade e da legalidade, a separação dos poderes e os direitos fundamentais da pessoa humana, que são como o esqueleto de um Estado de Direito, sendo o princípio democrático a força que movimenta e dá sustentação a todo esse esqueleto, legitimando o poder constituído e o seu exercício.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho:

O Estado Constitucional Democrático é mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State Power*) (...) Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.¹⁷¹

A partir dessas ideias e levando em conta a evolução histórica do Estado de Direito, podemos classificá-lo em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito que nada mais são do que expressões para definir com ênfase sócio-político-jurídica cada uma das fases da evolução do Estado de Direito.

Sob o enfoque do elemento democrático, o que se pode dizer é que no Estado de Direito ‘todo o poder emana do povo’¹⁷² e tal participação popular é o

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

¹⁷² “É conhecida a formulação de Lincoln quanto à ‘essência’ da democracia: ‘*governo do povo, pelo povo e para o povo*’. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese lapidar dos momentos

combustível necessário que sustenta e movimenta o Estado de Direito, daí a importância da criação de mecanismos que propiciem o aumento da participação e da representatividade popular como forma de fortalecimento dessa forma de Estado.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

A palavra probidade provém do latim *probus* que originariamente significa aquilo que brota bem (*pro + bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar)¹⁷³. Representa, portanto, a qualidade do que é bom; o que tem boa qualidade¹⁷⁴. Por isso, o emprego da palavra em uma concepção figurada para referir-se às qualidades da pessoa como honradez, lealdade, integridade, idoneidade e honestidade.

Assim, notamos com a leitura do capítulo 1 que, desde a Antiguidade, os membros da sociedade depositam nos detentores do poder a expectativa de que estes sejam probos e atuem para e na defesa do interesse público. E extraímos da leitura do capítulo 2 que quando o comportamento dos governantes não corresponde à expectativa da maioria dos governados dispara-se o gatilho para desencadear as revoluções e as mudanças dos regimes políticos, sejam absolutos ou democráticos.

Dessa forma, o que se espera do agente público¹⁷⁵ é que tenha boas qualidades, integridade e honestidade, e que “atue em harmonia com as normas a que está sujeito, o que alcança regras e princípios”¹⁷⁶, com a finalidade de atender ao interesse público. Claro está, assim, que probidade é um conceito mais amplo do que o de moralidade.

Neste ponto, faz-se necessária, então, a distinção entre lei, normas, princípios e regras, pois o entendimento quanto ao significado e alcance das palavras pode conduzir ao pensamento correto, por outro lado, quem fala errado, pensa errado. E, falar e entender errado não se resume à ortografia ou a erro na

¹⁷³ ERNOU, Alfred. MEILLET, Antoine. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des Mots**. 4 ed. atual. Paris: Klincksieck, 1994, p. 537.

¹⁷⁴ HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. 1. reimp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1553.

¹⁷⁵ Termo empregado, no mesmo sentido do adotado no artigo 2º. da Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa - para referir-se aos servidores públicos, empregados públicos celetistas, agentes políticos, contratados temporários e particulares em colaboração com a Administração Pública, tais como os requisitados para serviços (mesários e conscritos, por exemplo). Nesse sentido, o artigo 2º. esclarece que: “reputa-se agente público, para efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que contratados transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” *in* BRASIL. Lei no. 8.429/92. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

¹⁷⁶ GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 177.

concordância verbal ou nominal, mas também considerar como sinônimas palavras que não são.

Daí que lei não se confunde com norma. A lei resume-se ao plano do texto; a norma ao conteúdo, ou seja, à permissão, obrigação ou vedação, que podem estar contidas em um único dispositivo ou espalhadas por vários dispositivos legais dispostos em diferentes textos legais. A norma tem a ver com o conteúdo; ao comando; ao “dever-ser”. A lei com o veículo que transporta a norma.

A norma, por sua vez, é o gênero, do qual os princípios e as regras são espécies¹⁷⁷. Os princípios são as normas abstratas; de maior abrangência; enquanto que as regras são as normas específicas, criadas para serem empregadas na ocorrência de uma determinada situação concreta.

Para Robert Alexy:

Há vários critérios para distinguir regras e princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são as normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das normas é relativamente baixo¹⁷⁸.

(...)

Os princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas (...)¹⁷⁹

Importante essa diferenciação para entendermos que a probidade administrativa é um valor e um princípio¹⁸⁰.

Nota-se, assim, que a probidade administrativa, expressão contemporânea para referir-se a um conceito antigo – já que desde a Antiguidade percebemos a existência da expectativa dos súditos em relação aos soberanos

¹⁷⁷ “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição” in ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

¹⁷⁸. ALEXY, op. cit., 2012, p. 89.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. por Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 249.

¹⁸⁰ De acordo com Robert Alexy: “(...) princípios e valores são a mesma coisa (p. 561) (...) A diferença é reduzida, assim, a um ponto. (...). Princípios e valores diferenciam-se somente em virtude de seu caráter deontológico (no âmbito do dever-ser), no primeiro caso, e axiológico (no âmbito do justo), no segundo. (...) No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios (...) que tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente” in ALEXY, op. cit., 2001, p. 153.

quanto a estes atuarem e governarem de forma justa, correta e para o interesse de todos – passa por um processo de densificação no evoluir social, qual seja, de expectativa a um governo probado transmuta-se em um direito e, de valor do Estado (caráter axiológico) ascende a princípio (caráter deontológico) que deve nortear todos os atos dos agentes públicos.

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa veicula regras para serem aplicadas na eventualidade de infração a esse princípio. A conduta violadora é tipificada como de improbidade, para a qual são aplicadas as regras previstas nos artigos 9º. (enriquecimento ilícito), 10 (causar lesão ao erário) e 11 (atentar contra os princípios da administração pública) da Lei nº. 8.429/92, dependendo da modalidade da infração cometida.

Importante destacar que a Lei nº. 8.429/92 considerou, em seu artigo 11, como ato de improbidade administrativa a mera violação a princípios regentes da atividade estatal, mesmo que não resulte em prejuízo ao erário ou em enriquecimento ilícito¹⁸¹.

Em face da adoção dessa postura legislativa, parece correto o posicionamento esposado por Émerson Garcia de que uma nova perspectiva deve ser buscada para a compreensão da probidade, no sentido de princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro e que absorve o princípio da moralidade (e da legalidade), o que se contrapõe ao pensamento de alguns doutrinadores de que a probidade administrativa é uma mera especificação do princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido, destaca-se José Afonso da Silva que ensina que “a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”¹⁸². Por sua vez, Wallace Paiva Martins Júnior sustenta que “está contido no princípio da moralidade administrativa o da probidade”.¹⁸³ Afonso Grizzo Neto e Alexandre Rosa afirmam que “bastaria a Constituição da República ter previsto o princípio da moralidade administrativa que

¹⁸¹ Artigo 11: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...)”.

¹⁸² SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 673.

¹⁸³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 99.

representa a matriz ou o princípio aglutinador de todos os valores regentes da atividade estatal”¹⁸⁴.

No entanto, para outra corrente doutrinária, moralidade e probidade não possuem a mesma identidade, pois a probidade possui um espectro mais amplo que abrange todos os princípios regentes das atividades do Estado¹⁸⁵.

Tal posicionamento é seguido pelo citado Émerson Garcia que entende que “a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta”.¹⁸⁶

Assim, também para nós, a probidade é mais ampla e absorve os demais princípios da Administração Pública previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República (Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e pela legislação especial (finalidade, razoabilidade e proporcionalidade).

Os agentes públicos devem satisfazer o interesse público com a observância de todo o ordenamento jurídico, se descumprida a regra ou não observado um princípio, ter-se-á um relevante indício de configuração de ato de improbidade administrativa. Esse pensamento pode ser condensado com a assertiva de que “os atos dos agentes públicos devem estar em conformidade com o ‘princípio da juridicidade’¹⁸⁷, nomenclatura que engloba todas as regras e princípios - inclusive a moralidade - a que devem estar sujeitos os atos do Poder Público.¹⁸⁸

Anota-se que a Lei Federal nº. 9.784/99 (Lei do processo administrativo), em seu artigo 2º., parágrafo único, inciso I, define a legalidade como o dever de atuação conforme a lei e o Direito¹⁸⁹, o que permite contemplar o que a doutrina

¹⁸⁴ ROSA, Alexandre. GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**: conexões necessárias. Florianópolis: Habitus, 2001, pp. 41 e 47.

¹⁸⁵ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 32-43. Também, nesse sentido: DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 26-27 e FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 4-6 e 71-75.

¹⁸⁶ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 101-102.

¹⁸⁷ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández atribuem a cunhagem do termo ‘princípio da juridicidade’ `a Merkl: “*MERKL llamó a esta perspectiva ‘principio de juridicidad’ de la Administración, para reservar el nombre de ‘principio de legalidad’ al juego procedente con la sola Ley formal.*” in ENTERRIA, Eduardo García de. FERNANDEZ. Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. I., 20 ed. Madri: Civitas, 2005, p. 443.

¹⁸⁸ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

¹⁸⁹ Art. 2º, da Lei no. 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos

estrangeira chama de ‘princípio da juridicidade’, isto é, a obrigação ou dever que os agentes públicos têm de respeitar as normas-princípios, as normas-regras, bem com os costumes *praeter legem* (que decorrem de uma moral administrativa).

A probidade administrativa é, portanto, um valor do Estado de Direito e um princípio implícito na Constituição da República que norteia todos os atos dos agentes públicos. Para atuar com probidade, o agente público deve agir dentro dos limites traçados pelas normas e com a finalidade de atender o interesse público (primário) e, só assim agirá em consonância com os princípios da legalidade e da moralidade, expressos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, que são seus dois vetores básicos.

A partir dessa construção principiológica, Émerson Garcia defende que os demais princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no *caput* do artigo 37 (impessoalidade, publicidade e eficiência), “são princípios complementares que prestam auxílio na verificação da observância da probidade na conduta dos agentes públicos, ou seja, do agir com legalidade e moralidade”.¹⁹⁰

3.2 Dos atos de improbidade administrativa

De Plácido e Silva¹⁹¹ esclarece que improbidade deriva do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia). Desse modo improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem. Juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter.

Inobstante a desonestidade colocar em destaque uma das facetas da improbidade, esse termo possui maior abrangência por englobar, como exemplo, condutas que causam prejuízo ao erário por malbaratamento ou que atentam contra princípios da Administração, sem que isto produza vantagem patrimonial indevida ao agente e exija dolo para a execução desse ato ímprobo.

No entanto, não resta dúvida de que nos atos de desonestidade, ou de corrupção, estão aglutinadas as condutas mais nocivas ao Estado de Direito¹⁹².

administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

¹⁹⁰ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

¹⁹¹ SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 799.

¹⁹² “ (...) a corrupção configura tão somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob o epígrafe dos atos de corrupção” in GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

Por seu turno, o termo corrupção possui muitos significados. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, corrupção é expressão que se origina do latim *corruptio*, que dá a ideia de corromper, que por sua vez significa decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, devassidão, suborno ou peita, chegando-se até a afirmar que suas raízes se insinuam no cerne da alma humana, eis que os atos que a caracterizam se encontram ligados a uma fraqueza moral.¹⁹³

Pode-se identificá-la, assim, com a conduta podre, que cheira mal, de conceder dádiva para aliciar para o mal, e que decorre da degradação do caráter tanto daquele que oferece ou se oferece, quanto daquele que aceita ou aproveita a oferta.

Para Norberto Bobbio, corrupção designa

o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa.¹⁹⁴

Para Hely Lopes Meirelles, “o ato mais afrontoso aos princípios básicos da Administração e causador de prejuízos à sociedade é a corrupção no exercício da função pública”.¹⁹⁵

Por fim, Émerson Garcia apresenta a seguinte definição:

A corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiro, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos caracterizadores da corrupção.¹⁹⁶

¹⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. *In O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. Coord. ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia. São Paulo: Atlas, 2004, p. 18.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Trad. por Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: UnB, 2010, p. 291.

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Décio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. atual. até a Emenda Constitucional 76. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 123.

¹⁹⁶ GARCIA, Émerson. *Improbidade Administrativa*. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

Tamanho o poder destrutivo dos atos de corrupção à cidadania e assim ao elemento democrático do Estado de Direito que, em outubro de 1994, em virtude de inúmeros escândalos veiculados pela imprensa, foi instituída, no Reino Unido, a Comissão de *Nolan*¹⁹⁷, com a finalidade de analisar as normas de conduta vigentes na administração pública e propor as alterações pertinentes. De acordo com o Relatório Nolan “o paulatino aumento da desconfiança da população nos agentes públicos é um fator de desestabilização do próprio sistema democrático, o que torna imperativo que práticas corruptas sejam severamente perquiridas e punidas”¹⁹⁸.

Nota-se que essa conclusão coaduna-se com o apontado por Robert Dahl¹⁹⁹ e Hannah Arendt²⁰⁰ de que a corrupção é um fator de risco à democracia por resultar no descrédito dos representantes eleitos e das instituições e no desinteresse dos cidadãos em participar das coisas públicas.

A corrupção é o mal que causa a degeneração do Estado de Direito por corroer um dos seus pilares, qual seja, o elemento democrático, e, portanto, demanda combate preventivo e repressivo.

3.3 Formas de Combate aos atos de improbidade administrativa

3.3.1 Combate Preventivo

O Relatório Nolan, apresentado ao Parlamento inglês, em 16 de maio de 1995, propôs normas de conduta a serem seguidas pelas instituições públicas e densificou os sete princípios básicos, a seguir expostos: a) altruísmo – os agentes públicos devem atuar em prol do interesse público, sendo vedado atuar em benefício próprio ou de terceiro; b) integridade – não podem ser assumidas obrigações financeiras passivas a influir no exercício da função. c) objetividade – as decisões devem ser tomadas consoante critérios de mérito, em especial na adjudicação de contratos e na contratação de pessoal; d) responsabilidade – os agentes públicos devem responder pelos atos praticados; e) transparência – os fundamentos das

¹⁹⁷ Comissão sobre padrões da vida pública criada pelo Primeiro-Ministro, na Câmara dos Comuns, em 25 de outubro de 1994, como entidade permanente. Seus membros são nomeados por um período de três anos. A primeira comissão foi presidida por Lord Nolan que assinou o primeiro relatório, este batizado como Relatório de Nolan. Cf. NOLAN, Lord. Normas de conduta para a vida pública. Trad. por Isabel Taveira et. al. Cadernos ENAP. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 1997. Disponível em: www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc. Acesso em: 27 mai. 2014.

¹⁹⁸ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

¹⁹⁹ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 24.

²⁰⁰ ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 11.

decisões devem ser declinados, somente sendo admitido o segredo quando o interesse da maioria o exija; f) honestidade – os agentes devem apresentar declaração de bens e tomar providências para resolver qualquer conflito entre os seus interesses e os da administração; g) liderança – os agentes devem apoiar essa lista de princípios e dar exemplo aos demais.²⁰¹

Jesús González Pérez observa que esses princípios devem se apoiar em duas medidas adicionais: a) a existência de instâncias de controle externo independentes da administração; b) os ocupantes de cargos públicos devem ser educados e formados sobre o significado e a amplitude dos valores que sustentam a administração pública.²⁰²

Como se vê, a prevenção apoia-se no investimento em educação, em todos os níveis, para criar a consciência sobre esse mal que atenta contra o patrimônio público, causa a desigualdade social, o colapso dos serviços públicos e a insegurança política, jurídica e social e cujos efeitos nocivos atingem a todos, indistintamente.

A corrupção gera um elevado custo social, sendo os seus malefícios sensivelmente superiores aos possíveis benefícios individuais que possa gerar tal como explica Emerson Garcia:

Quanto maior for a relevância dos interesses que o agente público venha a dispor em troca de benesses que lhe sejam ofertadas, maior será o custo social de sua conduta. As políticas públicas são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal (...). Com a diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse quadro ainda servirá de elemento limitador à ajuda internacional, pois é um claro indicador de que os fundos públicos não chegam a beneficiar aqueles aos quais se destinam.

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação de serviços sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os

²⁰¹ cf. NOLAN, Lord. Normas de conduta para a vida pública. Trad. por Isabel Taveira et. al. Cadernos ENAP. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 1997. Disponível em: www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc. Acesso em: 27 mai. 2014.

²⁰² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La ética em la administración pública**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 29.

referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos. Como os atos de corrupção normalmente não ensejam o surgimento de direitos amparados pelo sistema jurídico, já que escusos, a solução dos conflitos de interesses verificados nessa seara normalmente redundam na prática de infrações penais, o que estimula o aumento da própria criminalidade.²⁰³

É preciso romper esse ciclo. Criar nova consciência. Mudar paradigmas. O combate à corrupção não será fruto de mera produção normativa, mas, sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática que reduzirá a convivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder²⁰⁴. Claro exemplo de padrão comportamental de tolerância a certos atos de corrupção é o chamado “jeitinho brasileiro” que reflete uma “zona cinzenta moral”²⁰⁵. No combate a esse padrão de comportamento tolerado, Emerson Garcia sustenta que:

Seu combate está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentam resultados satisfatórios a longo prazo.²⁰⁶

Essa ideia de uma educação cidadã, ou seja, de um processo educacional que tenha compromisso claro com a formação cidadã dos indivíduos²⁰⁷, é a posição adotada acertadamente pelo constituinte de 1988, quando afirma que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para a cidadania e a sua qualificação para o trabalho²⁰⁸.

²⁰³ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

²⁰⁴ GARCIA, op. cit., p. 50.

²⁰⁵ “Arnold Heidenheimer elaborou uma classificação da corrupção e de acordo com a percepção das elites e da opinião pública subdividiu a corrupção em negra, cinza e branca. Na corrupção negra, tanto as elites quanto a opinião pública reprovam a conduta e consideram como imprescindível a punição. Na corrupção cinza, alguns elementos, normalmente oriundo das elites, defendem a punição do ato, enquanto que a maioria da população assume uma posição dúbia. Por último, na corrupção branca, a maior parte das elites e da população toleram os atos de corrupção e não apoiam com vigor a sua punição e coibição”. Cf. *Perspectives on the Perception of Corruption, in Political Corruption, a Handbook*, org. por Arnold Heidenheimer et al. p. 161 e s. *apud* GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

²⁰⁶ GARCIA, op. cit., p. 68.

²⁰⁷ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 8., n. 1, Osasco: EDFIEO, 2008, p. 11-30.

²⁰⁸ “Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu

Para Márcia Cristina de Souza Alvim:

O conceito de educação que deve ser utilizado é aquele que seja o mais completo em relação ao desenvolvimento de todas as potencialidades do homem. Não há que se restringir somente ao aspecto do desenvolvimento cognitivo, ou apenas ao preparo para o mercado de trabalho. Ao contrário, é precípua contemplar o desenvolvimento do ser humano de modo integral. A educação deve possibilitar ao homem desenvolver suas habilidades e competências nas mais diversas áreas do conhecimento²⁰⁹.

Entendimento que combina com as palavras do sociólogo francês Edgar Morin, para quem a educação

deve contribuir para a autoformação da pessoa (ensinar a assumir a condição humana, ensinar a viver) e ensinar como tornar cidadão. Um cidadão é definido, em uma democracia, por sua solidariedade e responsabilidade em relação a sua pátria.²¹⁰

A criação de programas educacionais que incentivem a cidadania - no sentido de conscientizar sobre o direito a ter direitos e sobre o exercício desses direitos -, e que conscientizem quanto à importância da participação democrática, do cumprimento dos deveres e quanto às consequências do seu descumprimento, moldando novos cidadãos e alterando padrões comportamentais, encontra-se, como visto, de acordo com o conceito constitucional de educação.

Projetos como "OAB vai à escola"²¹¹, que tem por objetivo levar as noções de Estado de Direito, democracia e cidadania devem ser incentivados e copiados por instituições, como universidades públicas e particulares, organizações não governamentais, associações comunitárias e entidades beneficentes, de forma a

preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." in BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Câmara dos Deputados. Brasília, 2004.

²⁰⁹ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 8., n. 1, Osasco: EDFIEO, 2008, p. 11-30.

²¹⁰ MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. Trad. por Eloá Jacobina. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 65.

²¹¹ O projeto "A OAB Vai à Escola" participou do II Prêmio Cidadania - Herbert de Souza na área de Educação, patrocinado pela ANABB – Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil – e foi premiado com o segundo lugar na área de educação. Projeto inspirado na proposta original do advogado Nelson Alexandre da Silva Filho, da seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. O projeto OAB Vai à Escola fala de deveres e direitos. Tem como premissa orientar jovens para a vivência dentro dos parâmetros da democracia. São aulas de cidadania, que buscam repassar aos estudantes da rede pública os valores para uma vida melhor. Disponível em: http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/oab_vaiaescola.pdf. Acesso em: 31 mai. 2014.

contribuírem para a conscientização política e o fortalecimento do Estado de Direito, que é a forma de Estado garantidora dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nas palavras de Konrad Hesse:

(...) em tudo, democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa ignorante, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem-intencionados ou mal-intencionados, sobre a questão do próprio destino, é deixada na obscuridade.²¹²

Para Émerson Garcia:

A prevenção pressupõe a solidificação dos padrões éticos, exigindo a implementação de uma política educacional apta a atenuar as mazelas atuais e a depurá-las nas gerações vindouras, sendo igualmente importante o fortalecimento das instituições com a instalação e funcionamento de Tribunais de Ética, que atuariam como órgãos de controle interno e elementos de assepsia do sistema. A repressão, por sua vez, materializar-se-á com a aplicação de vasto arcabouço normativo já existente (...)²¹³

A história nos conta que as mudanças decorrem da pressão daqueles que sofrem com a opressão contra os que, de forma cômoda, se mantêm no poder, dos quais não se pode esperar, certamente, empenho para alteração do estado das coisas.

3.3.2 Combate Repressivo

3.3.2.1 Arcabouço normativo. Breve Histórico

A proteção à probidade administrativa é, como se tem visto, uma preocupação histórica, uma vez que a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito, passa, necessariamente, conforme entendimento de Fabio Medina Osório, “por um combate duro e sistemático aos casos de corrupção” e das demais faces da improbidade administrativa.²¹⁴

²¹² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 133.

²¹³ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

²¹⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. **Improbidade Administrativa**: observações sobre a Lei nº. 8.429/92. 2 ed. ampl. atual. Porto Alegre: Síntese, 1988, p. 56.

Eis, porque além de reconhecido como valor do Estado, constituiu-se em um princípio implícito nas Constituições Republicanas, tendo a sua proteção regulamentada por normas infraconstitucionais, como veremos a seguir.

No Brasil, ao tempo das Ordenações Filipinas, já estava prevista a proibição do recebimento de vantagens por parte dos Oficiais de Justiça e da Fazenda, cujas sanções eram a perda do ofício e a obrigação de pagar vinte vezes mais do que receberam e, dependendo do valor da peita, era cominada a pena de exílio perpétuo do Brasil.

Defendemos a todos os desembargadores e julgadores, e a quaisquer outros oficiais, assim da Justiça como da nossa Fazenda e bem assim da nossa Casa, de qualquer qualidade que sejam, e aos da governança das cidades, vilas e lugares, e outros quaisquer que não recebam para si nem para filhos seus nem pessoas que debaixo do seu poder e governança estejam, dádivas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posto que com eles não traga requerimento de despacho algum. E quem o contrário fizer, perderá qualquer ofício que tiver e mais pagara vinte por um do que receber, a metade para quem o acusar e a outra para nossa Câmara.²¹⁵ (texto parcialmente transcrito).

Em 1830, o Código Criminal brasileiro tipificava a improbidade e a sua faceta de corrupção nas seções II, III e IV, ao tipificar as condutas de peita (arts. 130, 131 e 132), suborno (arts. 133 e 134) e concussão (arts. 135 e 136)²¹⁶.

Mais tarde, em 1941, é publicado o Decreto-lei nº. 3.240, de 8 de maio²¹⁷, que dispunha sobre a prática de crimes funcionais e de abuso de autoridade, cominando a sanção de sequestro e perdimento de bens, *verbis*:

Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda publica, ou por crime definido no Livro II, Título V, VI e VII, da Consolidação das Leis Penais que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado²¹⁸.

²¹⁵ Transcrição parcial do Título LXXI, do Livro V, das Ordenações Filipinas org. Sílvia Hunold Lara. **Ordenações Filipinas: livro V**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 222 – 223.

²¹⁶ BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

²¹⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13240.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

²¹⁸ É oportuno observar que referido diploma legal antecedeu a entrada em vigor do Código Penal, instituído pelo Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, somente entrou em vigor 1º. de janeiro de 1942, consoante dispõe o seu artigo 361.

O atual Código Penal²¹⁹, instituído pelo Decreto-lei n.º. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, prevê, em seu Título XI a tipificação dos crimes praticados contra a Administração Pública, dentre eles, o crime de corrupção passiva, em seu artigo 317, definido como o ato de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar a promessa de tal vantagem”. E, em seu artigo 333, o crime de corrupção ativa consistente no ato de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”, além dos crimes de peculato, concussão, prevaricação que consistem atos de improbidade administrativa reprimidos na esfera penal.

A partir da Constituição Republicana de 1946, dois foram os diplomas legais de caráter genérico que antecederam a atual Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: Lei n.º. 3.164/1957 e Lei n.º. 3.502/1958.

A Lei n.º. 3.164, de 1.º de junho de 1957, também chamada de Lei Pitombo-Godói Ilha, tem como pontos importantes a atribuição de legitimidade ao Ministério Público e a qualquer do povo para ajuizamento das medidas judiciais cabíveis em face do servidor público que tivesse enriquecido ilícitamente, bem como ter sido a primeira a instituir o registro público obrigatório dos valores e bens dos servidores públicos, o qual deveria ser feito no serviço pessoal competente²²⁰. No entanto, por lacônica e pela ausência de interesse na regulamentação do referido registro de bens, esta lei teve pouca eficácia.

Quanto a Lei n.º. 3.502, de 21 de dezembro de 1958, denominada Lei Bilac Pinto, sua importância foi regulamentar com mais clareza as hipóteses de cabimento do sequestro e do perdimento de bens, nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo ou função e, por definir o termo ‘servidor público’ para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importassem em enriquecimento ilícito. Como pontos negativos, têm-se a restrição à legitimidade ativa que de ampla (qualquer do povo) passou para uma legitimidade exclusiva do cidadão, o qual só poderia ingressar em juízo no caso de inércia da entidade interessada que dispunha do prazo de 90 (noventa) dias para acionar o seu servidor. Como segundo ponto negativo, refere-se à falta de imposição de sanção de

²¹⁹ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.

²²⁰ GARCIA, op. cit., p. 265.

demissão do servidor público, regida por outro diploma legal. Apesar do aperfeiçoamento legislativo, manteve-se a ineficácia.²²¹

Além das supras citadas leis, necessário mencionar a Lei nº. 4.717/65, que disciplina as hipóteses de cabimento e a forma de utilização da ação popular para anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. Na visão de Teresa Arruda Alvim Wambier²²²:

A ação popular visa resguardar interesse difuso ligado à probidade administrativa, à eficiência e à moralidade na gestão da coisa pública. O objetivo da ação é a desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis à reposição do “*statu quo ante*”.

Como se vê, a Lei nº. 4.717/65 se limita a proteger o patrimônio público e impor a obrigação de recomposição do patrimônio público ao seu *statu quo ante*, não prevendo sanção direta aos agentes públicos ímprobos. Apesar da sua limitação, entendemos que, de uma forma indireta, trata-se de importante mecanismo de controle repressivo dos atos de improbidade administrativa, por não deixar incólumes os ilícitos praticados.²²³

Durante a fase da ditadura militar, sob o governo do Presidente Castelo Branco, foi editado o decreto-lei nº. 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores e o rito do procedimento investigatório parlamentar e do processo de cassação dos mandatos desses agentes políticos. Apesar de nascida no período antidemocrático, foi recepcionada, com ressalva, pela Constituição da República de 1988 e permanece em vigor. Referido decreto-lei tipifica, nos vinte e três incisos do seu artigo 1º., os crimes de responsabilidade dos prefeitos e, eventualmente, dos vice-prefeitos, em caso de substituição. No artigo 4º., estão previstas as infrações político-administrativas que dão ensejo à abertura do processo de cassação dos prefeitos, sendo em sua maioria descritas condutas de improbidade administrativa. Já quanto aos vereadores, a previsão de prática de atos de corrupção (modalidade de improbidade), ou de

²²¹ GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

²²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre ações coletivas. **Revista de Processo no. 75**, pp. 273/283.

²²³ GARCIA, op. cit., p. 269.

improbidade administrativa, como motivo a ensejar a cassação do mandato, vêm expressamente previstas no artigo 7º., inciso I, *verbis*:

Artigo 7º. A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando:
I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa; (...) ²²⁴

No âmbito constitucional, com exceção da Carta de 1824 que consagrava a irresponsabilidade do Imperador (artigo 99) - mas que já reprimia os atos dos Ministros de Estado de forma regulamentada pela Lei do Império de 15 de novembro de 1827²²⁵ - todas as demais Constituições Republicanas passaram a responsabilizar o Chefe de Estado e coibir os atos de improbidade administrativa.²²⁶

3.3.2.2. Proibição Administrativa na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 consagrou a possibilidade de defesa do interesse difuso à probidade administrativa ao manter a previsão da ação popular em seu artigo 5º., LXXIII, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa - princípio que com o da legalidade compõe o princípio implícito da probidade administrativa -, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Antônio Cláudio da Costa Machado observa que

(...) diferentemente da Constituição anterior, que não fazia qualquer referência aos bens jurídicos tuteláveis pela ação popular, a atual alude de forma expressa a nada menos que seis categorias: 1) patrimônio público; 2) patrimônio de entidade de que o Estado (em

²²⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

²²⁵ "A responsabilidade dos Ministros foi regulamentada pela Lei de 15 de novembro de 1827. O agente dissiparia os bens públicos: 1º. ordenando ou concorrendo de qualquer modo para despesas não autorizadas pela lei, ou para que elas se façam contra a forma estabelecida, ou para que se celebrem contatos manifestamente lesivos; 2º. Não pondo em pratica todos os meios ao seu alcance para a arrecadação ou conservação dos bens móveis, imóveis, ou rendas da nação; 3º. Não pondo ou não conservando em bom estado a contabilidade de sua repartição". *in* José Antonio Pimenta Bueno. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**.

²²⁶ Constituição de 1891 (artigo 54, p.6º); de 1934 (artigo 57,f); de 1937 (artigo 85, d); de 1946 (artigo 84,V); de 1969 (artigo 82, V) e de 1988 (artigo 85, V) *in* GARCIA, Émerson. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 261.

sentido amplo) participe; 3) moralidade administrativa; 4) meio ambiente; 5) patrimônio histórico; 6) patrimônio cultural.²²⁷

Também o fez ao atribuir funções institucionais ao Ministério Público em seu artigo 129, inciso III, prevendo a possibilidade de promoção de inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Como assevera Antônio Cláudio da Costa Machado nesse sentido:

Ainda quanto aos bens tutelados, é importantíssimo consignar que a proteção judicial representada pela ação popular não compromete, nem é comprometida pelo resguardo do “patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, realizável por meio de ação civil pública, a teor do disposto no artigo 129, III (...); trata-se de duas ações diferentes para a tutela dos mesmos valores, o que só evidencia a magnitude que a Lei Maior empresta a tais bens (a ação civil pública representa tutela mais ampla do que a popular dada a cláusula “outros interesses difusos e coletivos” que milita em seu favor).²²⁸

Como se sabe, o Estado de Direito - liberal, social, constitucional e democrático - é resultado das reivindicações concretas geradas por situações de injustiças e de agressões a bens fundamentais do ser humano relatadas pela história da humanidade, o que inclui evidentemente a insatisfação relativa a governos despóticos, insensíveis e corruptos. Esse estado de coisas esteve relacionado de alguma forma com a improbidade administrativa - embora disso não se falasse e não se utilizasse essa expressão antes do Estado de Direito. A conservação da forma de Estado de Direito é, portanto, de interesse de natureza social, política, jurídica e econômica do povo que o integra, portanto, o direito à preservação desse patrimônio público, dentre o qual se insere o direito à probidade administrativa, é de titularidade difusa ou transindividual.

Do histórico das normas de combate à improbidade administrativa que mencionamos, verifica-se que o legislador utilizou da técnica da transindividualidade para tutelar a probidade administrativa como direito. Direito à probidade administrativa é assim um conjunto de princípios e regras destinados a estabelecer

²²⁷ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 5ª. Ed. São Paulo, Barueri: Manole, 2013. p. 27.

²²⁸ MACHADO, *idem ibidem*.

um sistema de proteção ao patrimônio público consubstanciado no Estado de Direito, ou seja, a esse conjunto de bens e interesses de natureza social, política e jurídica que o integra.

Quanto à nota distintiva dos direitos de terceira dimensão com relação aos demais direitos, Ingo Wolfgang Sarlet, em consonância com o entendimento de Celso Lafer, esclarece:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos (povos; nações), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa)²²⁹

O direito à probidade administrativa está, assim, inserido na classe dos direitos difusos, vez que a titularidade desse direito é indeterminada ou de difícil determinação; Mauro Cappelletti²³⁰ a eles se refere como “interesses em busca do autor” (*interessi in cerca di autore*), porque não tem um titular específico.

Notadamente, verifica-se que a probidade administrativa, além de positivada, ou seja, reconhecida constitucionalmente como princípio implícito, passou por longo caminho de densificação jurídica, restando efetivada em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que coíbem e punem atos violadores da lei e da moralidade.

Neste diapasão, transposta a barreira da positivação do direito fundamental difuso à probidade administrativa, passamos a enfrentar a questão da efetivação desse direito difuso. É que, como há muito afirmava Norberto Bobbio, “o problema grave de nosso tempo, em relação aos direitos do homem, não são mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.²³¹

²²⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131 e SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 274.

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. **Ajuris n.33**, p. 174.

²³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 13. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

4. A DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS DIMENSÕES JURIDICAS

No Estado de Direito, a tutela do direito difuso à probidade administrativa, em *ultima ratio*, se dá por meio do processo. Processo é uma ferramenta de exercício do poder e da ética. O fato é que toda vez que se dá a garantia de um processo a alguém se está valorizando um direito material, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade ou a algum direito difuso. E isso significa que a cláusula do devido processo legal tem uma dimensão de proteção do direito material. Processo, portanto, é um instrumento de valorização do direito material.

Nota-se que, o processo, tanto no seu sentido mais amplo como no mais restrito, é instrumento que limita o poder e sustenta a garantia de liberdade e, nesse sentido, pode-se afirmar que não há Estado de Direito sem processo.

Tomando como ponto de partida a ideia de José Frederico Marques sobre o *due process law*, o que temos é que ele significa “a garantia de um julgamento imparcial, por meio de um procedimento regular onde fica assegurada a plenitude da ação e a plenitude da defesa”²³². Nessa colocação, vislumbra-se, então, os quatro grandes temas do processo, quais sejam: a jurisdição, o processo, a ação e a defesa.

A jurisdição é o primeiro grande tema do Direito Processual, pois se revela como o poder do Estado para a aplicação da lei ao caso concreto com o fim de solucionar os conflitos. Nesse sentido, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como função, a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar as pessoas, eliminando litígios.²³³

²³² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Rev. Atual. Compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 1999, pp. 78.

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed., revista. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 303.

Sobre o aspecto social, ensina Cândido Rangel Dinamarco²³⁴, que a jurisdição possui também outro sentido, qual seja, a educação social, no sentido de educar as pessoas para o respeito aos direitos alheios e para exercício dos seus próprios direitos.

Há, ainda, na visão desse doutrinador, os escopos políticos da jurisdição, a saber: afirmação do poder estatal, concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a garantia de participação dos cidadãos nos destinos do Estado²³⁵.

É certo que se a cláusula do devido processo legal tem, por um lado, uma dimensão de proteção do direito material em sua substância (*substantive due process*) que, a princípio, era restrita a garantia dos direitos a vida, a liberdade e a propriedade, por outro lado, tem uma dimensão procedimental (*procedural due process*) que se refere à tutela processual ou a forma de como serão garantidos esses direitos materiais.

Alexandre de Moraes, acerca do devido processo legal, diz:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...].²³⁶

Assim, enquanto, de um lado, o *due process law* está ligado à efetivação dos direitos materiais, temos que, de outro, está ligado à concretização desses direitos, no sentido de sua realização pelo juiz.

Ocorre que, em nome da proteção dos direitos fundamentais, o conceito do “devido processo” foi se modificando e teve a sua abrangência ampliada com manifestações em sua dimensão material, tais como: a vedação ao “*Bill of attainder*” (espécie de ato legislativo que considerava uma pessoa culpada sem prévio julgamento); a vedação às leis penais de efeito retroativo; a garantia do direito adquirido, princípios tributários da anualidade, da legalidade e da incidência única; elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais; aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed., revista. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 132.

²³⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 133.

²³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 121.

toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o ‘processo’ (*judicial process*); e, assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial²³⁷.

A expressão “devido processo legal” em seu aspecto processual (*procedural due process*) tem alcance mais restrito e é justamente nesse sentido unicamente procedimental que a legislação brasileira a adotou e a doutrina a emprega, como se pode verificar da enumeração que se faz das garantias dela oriundas: direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; direito a um rápido e público julgamento; direito a arrolar testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; direito ao procedimento contraditório; direito de não ser processado, julgado e condenado por infração à lei *ex post facto*; direito à plena igualdade de tratamento entre acusação e defesa; vedação à prova ilícita; e, direito à assistência judiciária, inclusive gratuita.

Em resumo, conclui-se que a cláusula “*procedural due process of law*” nada mais representa do que a possibilidade efetiva de acesso à Justiça mediante dedução de pretensão e de efetiva defesa para resistir à pretensão do modo mais amplo possível.

Lembramos, outrossim, que a cláusula do devido processo é prevista, a partir de 1824, em todas as Constituições Brasileiras, tendo culminado com a Constituição de 1988 que expressamente se refere ao princípio em tela, no artigo 5º, LIV, *verbis*: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

Veja-se que quando nos referimos à plenitude de ação – para usar as palavras de José Frederico Marques²³⁸ – estamos focalizando a garantia do autor de acionar o judiciário em dois sentidos: o primeiro constitucional, que é amplo e encontra-se consubstanciado na literalidade do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988: “A lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Num segundo sentido, que é apenas o direito a uma sentença de mérito e que se subordina às condições de legitimidade e interesse de agir.

²³⁷ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18/19.

²³⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. Rev. Atual. Compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 1999, pp. 7-8-9.

Dessa forma, no contexto constitucional, o direito a ação não se submete a requisitos, isto significa que a todos é garantido o acesso à jurisdição, mediante processo, por meio de ação, ainda que ao final a pretensão não seja acolhida.

Por outro lado, a ampla defesa é a garantia do réu na relação jurídica processual que significa o direito de reação à ação. Detalhadamente, a ampla defesa representa o direito constitucional de ser cientificado do ajuizamento da ação, de ser representado em juízo por profissional habilitado, de sustentar sem restrições a suas razões contrárias às razões expostas na ação, de produzir e participar na produção das provas e contraprovas e, finalmente, utilizar-se dos recursos previstos em lei.²³⁹

Daí que, dessa proposta de organização dos princípios que revelam o devido processo legal, é possível apontar como o grande pólo metodológico da processualística moderna o princípio do devido processo legal, que põe em enfoque princípios do processo e os seus quatro grandes temas: a jurisdição, o processo, a ação e a defesa.

Temos, assim, que é com a garantia do *due process law* que surge a garantia do acesso à Justiça (pela ótica do jurisdicionado) ou da inafastabilidade do controle jurisdicional (pela ótica do Estado-legislador, sendo este o primeiro destinatário da norma, para quem é vedado criar normas jurídicas que visem dificultar ou impedir o acesso dos litigantes à Justiça).

Nesse sentido, Antônio Cláudio da Costa Machado²⁴⁰ ao interpretar o artigo 5º., XXXV da Constituição, ensina:

Dependendo do prisma pelo qual se enxerga a norma constitucional sob análise, é possível ao intérprete tanto vislumbrar o que se tem chamado de princípio da inafastabilidade jurisdicional, como aquilo que se costuma denominar de princípio do acesso à Justiça ou, simplesmente, direito constitucional de ação.

É por meio desse direito constitucional à ação, e pela via do processo, que os titulares de um direito material, no caso do direito difuso à probidade administrativa, pedirão sua proteção.

²³⁹ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 5ª. Ed. São Paulo, Barueri: Manole, 2013. p. 14.

²⁴⁰ MACHADO, op. cit., p. 6.

4.1 A defesa da probidade administrativa no Brasil

A primeira esfera de proteção, por via de processo, em regra, se faz na esfera penal, seguindo-se, a *posteriori*, na esfera administrativa e cível.

No Brasil, temos que o Código Penal em vigor, em seu Título XI, dispõe sobre os crimes contra a Administração Pública e a proteção se dá por normas penais que punem condutas ímprobas consideradas mais graves e, assim, tipificadas como crimes, tais como, as condutas de corrupção ativa e passiva, concussão, peculato, prevaricação. Nessa esfera penal, a ação é pública incondicionada, tendo por titular a sociedade, representada pelo Ministério Público.

Posteriormente, na esfera cível, a Lei no. 8.429, de 02 de junho de 1992, indicou, num rol exemplificativo, em seus artigos 9º, 10 e 11, as condutas ímprobas consideradas como ilícitos civis por causarem enriquecimento ilícito ou, lesão ao erário ou, atentarem contra os princípios da administração pública, resultando, conforme a lei, na responsabilidade dos agentes de atos ímprobos na reparação dos danos.

Observe-se que, na esfera cível, a tutela judicial da probidade administrativa, por tratar-se de direito material de natureza difusa, se opera por meio das chamadas ações coletivas. O processo coletivo torna-se, assim, um importante instrumento para efetividade do acesso à Justiça.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier²⁴¹, “as ações coletivas são aquelas por meio das quais se defendem direitos coletivos ‘*lato sensu*’, ou seja, direitos difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos”, devendo-se entender por direito difuso aquele que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ligadas entre si por uma relação de fato (art. 81, I, do CDC), e por direito coletivo aquele de que é titular um grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, do CDC)²⁴².

Nota-se que a Constituição de 1988 criou um microssistema de tutela dos interesses coletivos e difusos composto pela Ação Popular (artigo 5º, LXXIII), Ação

²⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre ações coletivas. **Revista de Processo no. 75**, pp. 273/283.

²⁴² ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexanderollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Civil Pública²⁴³ (artigo 129, III), Mandado de Segurança Coletivo (artigo 5º., LXX) e Ação de Responsabilidade Civil por Atos de Improbidade Administrativa (artigo 15, V; artigo 37, § 4º.).

Quanto aos instrumentos eficazes para a proteção do direito difuso à probidade administrativa temos que estes, hoje, estão consubstanciados, principalmente, nas Leis da Ação Popular (Lei no. 4.717/65) e da Ação Civil de Improbidade Administrativa (Lei no. 8.429/92)²⁴⁴.

A ação popular, garantia constitucional prevista no artigo 5º., inciso LXXIII, é disciplinada pela Lei no. 4.717, de 29 de junho de 1965 e, como já dissemos desempenha importantíssimo papel na tutela dos interesses difusos relacionados ao resguardo do “patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural”. Já a ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa é disciplinada pela Lei no. 8.429/92.

Traços distintivos entre as duas ações se encontram nos seus objetos e nos seus legitimados. Quanto ao objeto, a ação popular, apesar da sua natureza desconstitutiva-condenatória (artigos 1º. e 11 da Lei n. 4717/65), é limitada à desconstituição do ato lesivo e à condenação dos responsáveis à reposição do “*statu quo ante*”, não comportando, portanto, pedido de condenação em obrigação de fazer ou não fazer²⁴⁵. Por outro lado, a ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa, tem objeto mais amplo, pois comporta o pedido de condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer (artigos 5º., 6º., 7º. e 17º., p. 2º. da Lei nº. 8.429/92), além das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público.

²⁴³ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “a ação civil pública visa proteger qualquer interesse difuso ou coletivo, especialmente ligados à proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, turístico e paisagístico e, objetiva desconstituir o ato lesivo, condenando os responsáveis a reposição do *statu quo ante*” in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre ações coletivas. **Revista de Processo no. 75**, pp. 273/283.

²⁴⁴ Como corte metodológico foi excluída da abordagem a discussão do cabimento da ação civil pública, prevista e regulada pela Lei. 7.347/85, para tutela do direito difuso à probidade administrativa. É possível encontrar na doutrina e na jurisprudência as mais variadas posições. No entanto, adotamos a posição, neste trabalho, de que com o advento da Lei no. 8.429/92, específica para regular os casos de improbidade administrativa, não mais se aplica a ação civil pública, de caráter genérico, salvo de forma complementar. No sentido de que a ação civil pública não é a via idônea para ser formulado à pretensão ressarcitória e que referências na lei n. 8.429/92 não indicam que o instrumento adequado seja a ação civil pública coloca-se José dos Santos Carvalho Filho in CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Ação Civil Pública: comentários por artigo**. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 78.

²⁴⁵ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, nota 13, p. 855.

No tocante aos legitimados ativos para a propositura da ação popular, a tradição constitucional é a de que qualquer cidadão possui legitimidade ativa como previsto nas Constituições de 1934 (artigo 113 n.º. 38), de 1946 (artigo 141; parágrafo 38), de 1967 (artigo 150; parágrafo 31), de 1969 (artigo 153; parágrafo 31) e de 1988 (artigo 5.º., LXXIII). Registre-se que tal legitimação ampla corresponde a uma importantíssima ferramenta de democracia participativa²⁴⁶. No entanto, quanto à legitimidade ativa para propositura das demais ações coletivas, o legislador brasileiro optou por instituir um rol taxativo, o que será objeto de estudo no subitem 4.3. deste capítulo.

4.2 A natureza jurídica da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa

Como se vê, a ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa tem natureza extrapenal. É, portanto, uma ação de natureza civil *lato sensu*.²⁴⁷

Para Hely Lopes Meirelles, a ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa é “uma ação de forte conteúdo penal e com inegáveis aspectos políticos”.²⁴⁸

Já para Fábio Konder Comparato:

(...) pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal.²⁴⁹

O caráter punitivo da ação de improbidade, ou seja, a imposição direta de punições aos agentes de atos ímprobos - tais como as sanções de perda de bens e vantagens ilicitamente obtidas, bem como perda de cargos ou funções públicas, a

²⁴⁶ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 855.

²⁴⁷ ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014, p. 197.

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Décio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. Ed. atual. até a Emenda Constitucional 76. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128.

²⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Competência do juízo de 1º grau in Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei nº. 8.429/92**, José Adércio Leite Sampaio e outros (org.) Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 119.

proibição de contratações futuras com órgãos públicos, bem como a suspensão de direitos políticos - conforme Hely Lopes Meirelles:

(...) traz sérios questionamentos quanto à competência para seu julgamento em determinadas situações. Acresce, ainda, que, inegavelmente, diversos dos ilícitos 'civis' previstos na Lei nº. 8.429/92 – para não dizer praticamente todos – correspondem a tipos penais bem definidos, enquadráveis como crimes de responsabilidade. Assim, é preciso que o ordenamento jurídico seja preservado como um todo orgânico e sistemático, evitando-se incongruências, contradições e perplexidades que podem surgir do julgamento simultâneo, em juízos ou tribunais distintos, de ações, uma civil e outra penal, envolvendo os mesmos agentes públicos e os mesmos atos.²⁵⁰

E, essa característica, implicará na discussão quanto à competência para o julgamento da ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, como visto, objetiva a devida punição dos responsáveis pela prática do ato de improbidade (diretamente) e a reparação do dano sofrido pelo erário (indiretamente) em virtude da ocorrência do ato ímprobo.

Por outro lado, as sanções de suspensão dos direitos políticos; de perda da função pública; de proibição de contratar com o poder público e de vedação ao recebimento de incentivos fiscais e creditícios consubstanciam-se em restrições aos direitos fundamentais individuais, respectivamente, da cidadania, do trabalho, da livre concorrência e da isonomia. Atingem, assim, importantes direitos resguardados constitucionalmente que, portanto, não tem mero caráter patrimonialista. Seguindo essa esteira, as sanções previstas na Lei no. 8.429/92, sem dúvida, têm natureza jurídica de pena restritiva de direitos.

Flávio Augusto Monteiro de Barros define as penas restritivas de direitos como “a sanção imposta em substituição à pena privativa de liberdade, consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado”.²⁵¹

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Atual. Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 26ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204.

²⁵¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal Parte Geral. Vol. I**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363.

E, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º., XLVI, expressamente dispõe que “ a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos.

Daí que face ao caráter penal das sanções previstas nos artigo 9º., 10 e 11 da lei nº. 8.429/92 caberia a prerrogativa de foro em razão da função do agente do ato de improbidade administrativa. E, quanto ao cabimento da prerrogativa de foro para o julgamento das ações de improbidade administrativa como tal assunto foge ao tema do trabalho faremos sucinta abordagem, longe de esgotá-lo, sobre o ainda controvertido entendimento da doutrina e dos tribunais superiores.

Para Hely Lopes Meyrelles,

(...) se a Constituição Federal confere ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para julgar certas autoridades, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade (art. 102, inciso I, alínea “c”), se a mesma Lei Maior confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência originária para julgar certas autoridades, nos crimes comuns (art. 105, inciso I, alínea “a”), e se as Constituições Estaduais conferem competências originárias aos Tribunais de Justiça respectivos, para o julgamento de determinadas autoridades estaduais ou municipais, quando envolvidas em crimes comuns ou de responsabilidade, não podem os juízos de primeira instância “processar e julgar com base na Lei nº. 8.429/92 autoridades que estejam submetidas, em matéria penal, à competência originária dos Tribunais, inclusive do STF e do STJ” . Isto, porque não se poderia permitir que um Magistrado de primeiro grau, por exemplo, decretasse a perda do cargo de um Ministro de Estado, ou de um Ministro de Tribunal Superior, ainda que a ação julgada seja formalmente civil.²⁵²

Nessa esteira, o Ministro Cesar Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, todos do Superior Tribunal de Justiça, decidiram:

A Lei nº. 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de se destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por lapso de 8 a 10 anos (artigo 12, I); a primeira sanção (perda da função pública) é a

²⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Atual. Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 26ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204.

mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão de cidadania.

A meu ver, a Lei nº. 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.

De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº. 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatórios).²⁵³

Em semelhante posicionamento já se manifestaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, Ellen Gracie e Gilmar Ferreira Mendes, em seus respectivos votos, no julgamento da ADI 2797-2-DF.

No entanto, tal tema esteve em foco no caso de desvio de verbas para a construção do prédio do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. região, sendo acusado o desembargador Nicolau dos Santos Neto, por improbidade administrativa, teve, então, o Superior Tribunal de Justiça a oportunidade de se manifestar sobre o cabimento da prerrogativa de foro em razão da função em ação de improbidade administrativa em Reclamação no. 591/SP, nos termos do acórdão relatado pelo Ministro Nilson Naves:

(...) 3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art.105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigações de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau (...) ²⁵⁴

No mesmo caso, foi acusado também um ex-senador, o que deu ensejo à Reclamação 1.110/DF, perante o Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o relator Ministro Marco Aurélio revogou, em julgamento de agravo, liminar anteriormente

²⁵³ Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 jul.2014.

²⁵⁴ Reclamação nº. 591/SP, Corte Especial do STJ, rel. Min. Nilson Naves, - j. 1º/12/1999. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 jul.2014.

concedida, entendendo que não tem prerrogativa de foro autoridades que figurem no polo passivo de ação civil pública, *in verbis*:

Senador da República. Inquérito Civil. Ação Civil Pública. Medida processual a ser eventualmente adotada contra empresas que estiverem sujeitas ao poder de controle e gestão ao parlamentar, até a sua investidura no mandato legislativo. Alegada usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Ausência de plausibilidade jurídica. Medida liminar cassada.

O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situação que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.²⁵⁵

Tal entendimento decorre da interpretação de que a competência originária do STF, do STJ e de outros tribunais, como os de Justiça, competentes para julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal, bem como membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 96, III, CF), constitui um complexo de atribuições jurisdicionais extraídas da Constituição e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida, não é admitida a interpretação extensiva.

Nesse sentido, é também o entendimento de Fabio Konder Comparato que enxerga como uma verdadeira usurpação de competências das atribuições do juiz de primeiro grau, o estabelecimento de privilégio de foro para julgamento de autoridades processadas por ato de improbidade administrativa.²⁵⁶

Para Rogério Pacheco Alves, o foro por prerrogativa da função, cabível em determinadas hipóteses, restringe-se ao campo penal.

²⁵⁵ AGRG em Reclamação nº. 1.110-1-DF, rel.Min. Celso de Mello, j. 25/11/1999, DJU 7/12/1999. p. 58. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 jul.2014.

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Competência do juízo de 1º grau in Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei nº. 8.429/92**, José Adércio Leite Sampaio e outros (org.) Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 119.

Assim, praticando referidas autoridades condutas ilícitas sob o prisma do direito administrativo ou mesmo do direito privado, não gozarão do foro especial²⁵⁷

O entendimento de Alexandre Mendonça Rollo é de que

Sendo, como é, de natureza civil, a ação de improbidade, não há que se cogitar do estabelecimento de “foros privilegiados” decorrentes de prerrogativa de função, porquanto a Constituição não excepcionou em nenhum momento, a competência para julgamento de ações de improbidade em relação a determinados agentes públicos. De fato, toda vez que o legislador quis fixar uma competência excepcional, assim o fez expressamente no texto da Constituição, não havendo nela nenhuma referência à competência para a ação de improbidade. Foram excetuadas, como se sabe, algumas situações referentes à competência de Tribunais, em matéria criminal. Por se tratar de exceções, todavia, não podem ser estendidas a outros casos não apontados no texto constitucional.²⁵⁸

E, também, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da Lei nº. 10.628/02, ainda que por maioria dos votos.²⁵⁹

No entanto, o debate não resta encerrado já que alguns doutrinadores como Alexandre Mendonça Rollo e Paulo Brossard entendem que ações de improbidade contra prefeitos devem ser ajuizadas diretamente no Tribunal de Justiça do respectivo Estado, não por força da Lei nº. 10.628/02 declarada inconstitucional, mas sim por força do art. 29, X da própria Lei Maior, que dispõe textualmente que o julgamento do Prefeito ocorrerá perante o Tribunal de Justiça, nada falando sobre o julgamento “criminal” do Prefeito. Assim, o constituinte não fez qualquer distinção entre julgamento civil ou criminal do prefeito, por isso também temos para nós que

²⁵⁷ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, nota 13, p. 901.

²⁵⁸ ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014, p. 198.

²⁵⁹ ADI nº. 2797/STF que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Federal nº. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando a ele dois novos parágrafos, com a seguinte redação: “§1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei nº. 8.429/1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado o disposto no § 1º”.

qualquer ação promovida contra o Prefeito, em razão de suas funções, tem como competente o Tribunal de Justiça respectivo.²⁶⁰

Outro dado relevante, apontado pelo mesmo autor, é no sentido de que:

Em tese, ao cair a Lei n.º 10.628/02, magistrados de primeiro grau teriam competência para julgar desembargadores, ministros de Tribunais Superiores, governadores e outras autoridades federais e estaduais dos três Poderes da República, que venham a ser acusadas de prática de ato de improbidade, o que fere o princípio da hierarquia.²⁶¹

Para Paulo Brossard,

(...) ao prevalecer a tese da competência dos juízos monocráticos, para o julgamento de todas as ações envolvendo acusação de improbidade administrativa e “ter-se-ia de admitir que até um Ministro do Supremo Tribunal Federal poderia vir a ser processado e julgado com fundamento na Lei n.º 8.429 por juiz federal de primeira instância e vir a ser despojado do cargo vitalício de membro da mais alta Corte da Nação, à revelia dela, pois a questão, envolvendo fundamentalmente matéria de prova, encerrar-se-ia normalmente em Tribunal Regional Federal, art. 108, II, da Constituição. E quando o desfecho da ação fosse absolutório as consequências pessoais, funcionais e institucionais seriam inapagáveis e irreparáveis.²⁶²

Ademais, como observado por Rogério Pacheco Alves²⁶³, o Superior Tribunal de Justiça reviu a sua jurisprudência para considerar aplicável o foro especial também no campo da jurisdição cível da improbidade administrativa (Rcl 2790/SC, dentre outras) e, portanto, o tema provavelmente voltará à pauta do Supremo Tribunal Federal, cuja constituição vem se alterando bastante nos últimos anos, o que aponta a possibilidade de alteração de sua jurisprudência.

²⁶⁰ ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014, p. 204.

²⁶¹ ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014, p. 204.

²⁶² Parecer encartado nos autos da Reclamação STJ n.º 591/98. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 jul.2014.

²⁶³ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, nota 13, p. 912.

4.3 A legitimidade ativa da ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa

No tocante a legitimidade ativa para propositura de ações civis para defesa de interesses difusos temos que enfrentar, como ponderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁶⁴, um problema básico que é a questão de “ninguém ter direito à corrigir a lesão a um interesse coletivo ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção ser pequeno demais para induzi-lo a tentar a ação”. Por causa disso é que tais doutrinadores asseveram que a legitimação ativa é um obstáculo à tutela dos interesses difusos²⁶⁵. Na visão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁶⁶, há a necessidade de se repensar o conceito de legitimidade para possibilitar a presença em juízo de grupos, entidades e instituições na defesa dos interesses difusos.

No Brasil, como já dito, a Lei da Ação Popular, de 1965, representou um grande avanço na proteção desses interesses ao legitimar qualquer cidadão ao seu exercício, tornando-se importante ferramenta jurídica de participação democrática.

No entanto, na criação desses instrumentos de proteção dos interesses difusos houve a redução do rol dos legitimados, na ação civil pública, ao Ministério Público, à Defensoria Pública; à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e às associações que, concomitantemente, estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que tenha, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. E, na ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa, mais restrito ainda, ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada, conforme disposto no caput do artigo 17, da Lei nº. 8.429/92.

Consideram-se pessoas jurídicas interessadas apenas as mencionadas no *caput* do artigo 1º., quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os

²⁶⁴ CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988/2002. p. 26.

²⁶⁵ Pode-se afirmar que a preocupação com a tutela dos direitos das massas surge com o movimento mundial para o acesso à Justiça, a partir das décadas de 60 e 70, do século passado, naquilo que Mauro Cappelletti denomina “segunda onda renovatória do acesso”, que foi pautada pela representação dos interesses difusos. Registra tal autor: “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres” *in* CAPELLETTI, op.cit., p. 31.

²⁶⁶ CAPELLETTI, op. cit, p. 50.

Municípios, por sua administração direta, indireta ou fundacional, legitimação que decorre do artigo 23, I, da Constituição da República²⁶⁷.

Em linhas gerais, identificam-se três técnicas de legitimação utilizadas pelo legislador brasileiro: a) legitimação do particular, o que ocorre no caso da ação popular em que qualquer cidadão pode ter a iniciativa da sua propositura; b) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado, como por exemplo, sindicatos, associações civis e partidos políticos que podem ter a iniciativa para impetrar mandado de segurança coletivo; c) legitimação dos órgãos públicos, como o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interessada que pode ter a iniciativa da ação civil pública e da ação de responsabilidade civil por ato improbidade administrativa.

Assim, como se vê, no caso da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a legitimação está conferida apenas a órgãos públicos, quais sejam, os legitimados previstos no art. 17 da Lei nº. 8.429/92: o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada.

Tal legitimidade conferida é extraordinária, agindo tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica de direito público interessada como substitutos processuais. Nesse sentido, Rogério Pacheco Alves explica:

(...) a hipótese será de legitimação extraordinária, agindo a pessoa jurídica de direito público como substituto processual uma vez que embora defenda interesse próprio na preservação do seu patrimônio atuará, precipuamente, na defesa de um interesse primário (a tutela do erário), do qual é detentora toda a coletividade.²⁶⁸

Observe-se que, nas ações coletivas, a legitimidade ativa é concorrente e disjuntiva. Ricardo de Barros Leonel, com precisão, discorre sobre a conceituação da legitimação concorrente e disjuntiva:

Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação do outro habilitado. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não

²⁶⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...).

²⁶⁸ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860.

figura como requisito imprescindível ao exercício da demanda. Cada um dos habilitados pode promover a ação, isoladamente ou em conjunto com outros (litisconsórcio), facultativamente. Em síntese, é concorrente (qualquer um dos habilitados pode propor a ação) e disjuntiva (a atuação de um legitimado independe do concurso de outro).²⁶⁹

Por causa dessa legitimação ativa concorrente e disjuntiva é que a ausência de notificação da pessoa jurídica interessada para, se tiver interesse, ingressar na ação, é causa de nulidade absoluta, conforme disposto no artigo 17, parágrafo 3º. da Lei nº. 8.429/92 e parágrafo 3º. Do artigo 6º. da Lei nº. 4717/65 e artigo 47 do Código de Processo Civil.

No entanto, importante anotar que quanto à legitimação das pessoas jurídicas de direito público interessadas esta é limitada pelo requisito da pertinência temática, que se trata da prévia análise do nexo causal entre o suposto ato de improbidade e a repercussão no patrimônio, material ou moral, da pessoa de direito público, aspecto relacionado ao próprio interesse de agir. Assim, como exemplificado por Rogério Pacheco Alves, “não guarda qualquer sentido, por exemplo, que a União Federal ajuíze ação civil pública por ato de improbidade administrativa verificado em detrimento do Estado, e vice-versa”.²⁷⁰

O que nos parece, enfim, é que o confinamento da legitimidade para a propositura da ação civil de improbidade administrativa aos órgãos estatais representa, sem dúvida, um entrave à concretização desse direito difuso e aos ideais da democracia participativa, além de que, por outro lado, a ampliação da legitimidade ativa para propositura da ação de improbidade à legitimação de pessoas jurídicas de direito privado, como por exemplo, sindicatos, associações civis e partidos políticos representará importante evolução no combate repressivo aos atos de improbidade administrativa, especialmente, os de corrupção, o que, aliás, também atenderá aos dois principais fundamentos principiológicos da República do Brasil previstos no artigo 1º. da Carta de 1988: a democracia e a cidadania.

Ademais, a abertura da legitimidade ativa às pessoas jurídicas de direito privado estará plenamente de acordo com o previsto no artigo III, 11, da Convenção

²⁶⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo de acordo com a Lei no. 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 162.

²⁷⁰ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860.

Interamericana de Combate à Corrupção (Decreto nº 4.410/2002)²⁷¹, pelo qual devem os Estados Partes instituir “mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção”.

E, como citado por Rogério Alves Pacheco, tal entendimento materializaria a sabedoria imortalizada pelo juriconsulto Paulo em seu famoso aforismo: “*Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causam*” (“importa à República que muitos defendam a sua causa”)²⁷².

4.4 A defesa da probidade administrativa no Direito estrangeiro

Enveredando pelo direito estrangeiro, o que se nota é que não há diplomas sancionando civilmente atos de improbidade administrativa tal como ocorre no Brasil com a Lei nº. 8.429/92. Em todos os países da América, bem como nos países europeus, a exemplo na França, Espanha e Portugal, tais atos são sancionados no plano penal e no plano administrativo quando previstos em normas de ética e de conduta de servidores públicos, bem como politicamente quando previstos em estatutos específicos.

Por outro lado, o direito difuso à probidade administrativa e o patrimônio público está, na maioria dos países, tanto nos que adotam o sistema romano-germânico (como França e Itália), quanto naqueles que utilizam o sistema da “*Common Law*” (Inglaterra e Estados Unidos), tutelado por espécies de ações populares, nas quais resta garantida a participação de qualquer cidadão na defesa da coisa pública para desconstituir ato lesivo e condenar os responsáveis à reposição do “*statu quo ante*”.

No Direito norte-americano é admitida a chamada “adequada representação”²⁷³ de um único cidadão para a propositura das ações de classe –

²⁷¹ “Artigo III – medidas preventivas. Para fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, aos Estados Partes convém em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: (...) 11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção.” *in* <http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>.

²⁷² ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.

²⁷³ “A representação processual adequada é um requisito segundo o qual as partes representativas devem comprovar que poderão efetuar uma justa e adequada proteção dos interesses da classe, nos termos da *Rule 23 (a) (4)*. Trata-se de análise do caráter qualitativo da defesa dos interesses em juízo. Abandona-se a ideia de *titularidade* afirmada de direitos em favor da muito mais flexível noção de aptidão para a defesa de direitos. O representante deverá comprovar comprometimento com a

*class action*²⁷⁴ - para a tutela coletiva de direitos. O sistema norte-americano foi, portanto, fonte de inspiração para os sistemas de ações coletivas do Brasil e de países como Canadá e Nova Zelândia²⁷⁵.

O que se percebe é que, apesar de o Brasil possuir um dos sistemas de ações coletivas mais avançado no mundo²⁷⁶ e sancionar também na esfera cível os atos de improbidade administrativa por meio de lei específica, a limitação a legitimação ativa *ad causam* para propositura da ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público prejudicada²⁷⁷, representa inequívoco retrocesso à proteção desse direito difuso em particular.

causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse” in BROD, Fernanda Pinheiro. **A tutela coletiva em direito comparado e as possíveis contribuições à tutela coletiva de direitos trabalhistas**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/1185-a-tutela-coletiva-em-direito-comparado-e-as-possiveis-contribuicoes-a-tutela-coletiva-de-direitos-trabalhistas>. Acesso em: 24 jun. 2014.

²⁷⁴ “As *class action*, originada no direito anglo-saxão, na qual a legitimação não era fixada exclusivamente a um único indivíduo, mas sim a uma coletividade que ‘representaria’ seus membros. Cabia ao magistrado investigar se realmente existia a representatividade adequada desse grupo. A *class action* norte-americana tem origem no século XII, quando grupos sociais litigavam nos tribunais ingleses, representados por um líder (...) Nos Estados Unidos da América, passaram a ser conhecidas como as ações de classe destinadas à tutelados interesses de grupos específicos da sociedade. Embora regulamentada pela *Federal Equity Rule*, de 1912, só assumiu posição de relevo com a Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938”. in BRANDIS, Juliano Oliveira. FORTES, Pedro. **Tutela Coletiva de Direitos**. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/TUTELA%20COLETIVA%20DE%20DIREITOS%202014-1.pdf>, pp. 4-5. Acesso em: 24 jun. 2014.

²⁷⁵ ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014, p. 28.

²⁷⁶ Esta é a conclusão de Alexandre Luis Mendonça Rollo: “Analisando, portanto, o sistema jurídico italiano quanto à tutela dos interesses e direitos massificados, não há como deixar de sentir orgulho do avanço do sistema processual brasileiro, não só por estar avante em relação a um país cuja cultura jurídica, além de ser milenar, sempre foi um modelo para o Brasil, como também pelo fato de o Brasil estar na frente, justamente no que tange aos instrumentos de tutela dos interesses primaciais da sociedade, o que reforça o Estado Democrático de Direito brasileiro em relação aos países tidos como de democracia mais avançada, como a Itália, pelo menos neste aspecto” in **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²⁷⁷ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar” in BRASIL. **Lei no. 8.429/92**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 23 de jun. 2014.

4.5 O anteprojeto ENCCLA. Proposta para ampliação da legitimação ativa na ação civil de improbidade administrativa.

ENCCLA é a sigla da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro que, desde o ano de 2010, dedica-se ao debate para a construção de um anteprojeto a fim de corrigir imperfeições existentes na redação atual da Lei nº. 8.429/92 (LIA), além de propor novos mecanismos para aumentar a eficiência do sistema de proteção ao direito difuso de probidade administrativa.

Nessa perspectiva, apontamos algumas das principais sugestões de alterações e inovações constantes do referido anteprojeto²⁷⁸:

- Sistema de responsabilização solidária entre o particular e o agente público condenados, pretendendo-se, dessa forma, criar maior facilidade para a recuperação de valores devidos (art. 5º, parágrafo único).
- No que se refere às condutas (artigos 9º, 10 e 11), o anteprojeto dá especial ênfase à figura da evolução patrimonial desproporcional do agente público (art. 9º, VII) criando mecanismos para viabilizar a condenação do agente ímprobo como, por exemplo, a regra de ônus da prova instituída pelo art. 9º, §1º (“Na hipótese do inciso VII, cabe ao autor da ação a prova da situação de incompatibilidade e, provada esta, cabe ao agente público a produção de provas tendentes a desconstituí-la ou, de qualquer outra forma, justificá-la”).
- A figura é ainda particularmente favorecida pela criação do Capítulo IV (Da Evolução Patrimonial) o qual prevê necessária autorização de acesso às informações existentes nos bancos de dados da Receita Federal como condição para a posse e o exercício de agente público (art. 20, §1º), sendo que essas informações serão de acesso exclusivo dos órgãos correicionais, sem prejuízo do poder de requisição do MP e do órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público interessada (art.20, §2º), expandindo enormemente o atual artigo 13 da Lei n. 8429/92.
- Ainda quanto aos atos de improbidade administrativa, algumas inovações são trazidas como a punibilidade das condutas que causem prejuízo ao erário independentemente da possibilidade de sua quantificação (art. 10, parágrafo único) e a especificação de nova conduta que atenta contra os princípios da administração pública: “Art.11, IX – Nomear, dar posse, permitir o exercício de agente público ou contratar, conceder benefícios e incentivos fiscais e creditícios a pessoa natural ou jurídica, quando constar registro impeditivo no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa.”. Esta última inovação vem ao encontro do objetivo de dar publicidade às condenações a partir da criação do

²⁷⁸ FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Projeto Pensando o Direito. Série Pensando o Direito. **Improbidade Administrativa**. Coord. Susana Henriques da Costa e Paulo Eduardo Alves da Silva. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2010. pp. 25-28.

CNCIA – Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa (art. 40).

- O aumento do prazo prescricional (art. 35, I, II e III) para 15 anos e o *dies a quo* definido de acordo com a classificação do legitimado passivo.

Não há, no entanto, alterações na dosimetria das sanções e continua a falta de metodologia para sua aplicação.

Quanto à investigação dos atos ímprobos, o anteprojeto traz a possibilidade de instauração de procedimento análogo ao inquérito civil a ser instaurado pelo órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, com a possibilidade de requisição de certidões, informações, exames ou perícias que julgar necessárias, ressalvadas as hipóteses de sigilo (arts. 24 e 25).

Importa, ainda, ressaltar que o anteprojeto também traz uma série de inovações nas regras do processo judicial de improbidade administrativa.

No entanto, em relação ao tema sob enfoque, o anteprojeto não apresenta novidade no sentido de estender o rol de legitimados ativos, pelo contrário, aparentemente preserva o sistema atual de atribuição de legitimação ativa para órgãos públicos, o que parece não atender à garantia constitucional do acesso à Justiça e aos fundamentos da República, consubstanciados na democracia e na cidadania.

Para trazer à luz tais objetivos de efetivação à proteção do direito difuso à probidade administrativa e corrigir o equívoco da legislação atual trazemos a colação o posicionamento de Rogério Pacheco Alves:

Nessa linha, se hoje se reconhece que a corrupção representa uma das principais causas do verificado desvio do Estado de sua finalidade essencial, que é a de atender aos reclamos da coletividade, não se pode excluir da sociedade, através de seus canais mais organizados, a possibilidade de participar da 'correção de rumos' do ente político.

(...)

A participação efetiva das associações na seara da improbidade administrativa atende não só ao ideário de democracia participativa, inaugurado pela atual Carta Política, como também a conveniências de ordem prática, sendo necessário considerar que a pífia participação dos entes federados na repressão à improbidade administrativa vem acarretando um preocupante asoberbamento do Ministério Público, instituição que, não obstante o notório comprometimento público de seus integrantes, encontra-se, hoje,

com sérias dificuldades para responder, a contento, aos legítimos reclamos da sociedade.

(...)

Por fim, é relevante anotar que o reconhecimento da legitimação das associações civis para o ajuizamento de ações civis de improbidade administrativa afina-se ao que estabelece o artigo III, 11, da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto n. 4.410, de 07 de outubro de 2002, de acordo com o qual devem os Estados Partes instituir 'mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais nos esforços de prevenir a corrupção' é também ao que estabelece a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigo 5^o, 1 e 13), promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.²⁷⁹

Por fim, parece-nos que seria adequado incluir no rol dos legitimados extraordinários pessoas jurídicas de direito privado, como por exemplo, sindicatos, associações civis e partidos políticos como forma de ampliar a participação democrática na defesa da probidade administrativa e atender aos reclamos da sociedade, cujos indivíduos deixarão de serem meros espectadores impotentes frente aos acontecimentos ilegais.

No entanto, apesar de reconhecermos que o povo - destinatário das condutas administrativas e vítima das condutas ímprobas que refletirão em prejuízo ao acesso destes aos direitos sociais (como saúde, educação, previdência que dependem de um agir do Estado) e no enfraquecimento do seu espírito cívico (o que coloca em risco a democracia e o Estado de Direito) – é o legítimo detentor do interesse na defesa da probidade administrativa, não nos parece que estender a legitimidade a todo e qualquer cidadão, tal qual ocorre com a ação popular, resultaria em maior proteção ao referido direito à probidade administrativa e ao resguardo do patrimônio público, isto porque, conforme entendimento de Marino Pazzaglini Filho, Marcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior, “o processo não é simples, demanda aptidão técnica e recursos que, efetivamente, não estão ao alcance de pessoas e entidades desprovidas de uma estruturação adequada e de advogados especializados”.²⁸⁰

²⁷⁹ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 868.

²⁸⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. ROSA, Marcio Fernando Elias. FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 22-23.

Pois, assim, correria-se o risco, tal como ocorre geralmente com as ações populares, que essa ampliação dos legitimados ativos a todos os cidadãos redunde na diminuição da proteção desse direito difuso tão importante ao Estado de Direito, em razão do insucesso da medida decorrente da escassez de comprovação técnica das irregularidades que pretendem debelar ou de uma deficiente assistência jurídica.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, a primeira conclusão que chegamos foi sobre a importância da probidade na conduta do agente público para a manutenção da democracia e da cidadania, fundamentos elementares do Estado de Direito.

Conforme demonstrado no retrospecto histórico por meio das teorias de formação, dos elementos constitutivos e da evolução histórica dessa mais complexa sociedade civil, observamos que desde os Estados Antigos já havia a expectativa dos súditos de que o soberano – considerado como um deus ou como representante destes – governasse de forma proba.

Para autores como Robert Dahl e Hannah Arendt, a corrupção - que tratamos como a faceta mais nociva da improbidade administrativa – , já na Grécia Antiga e na República Romana, se mostrou fator que colocou em risco a democracia, posto causar o descrédito nos representantes eleitos e o enfraquecimento do espírito cívico dos cidadãos.

Com início na Idade Moderna, os movimentos renascentista e iluminista foram responsáveis pelas revoluções libertárias e o advento de uma nova forma de Estado - o Estado de Direito - cujo poder estatal é justificado na vontade popular, limitado pela lei, pela separação dos poderes e pelos direitos fundamentais - o que inaugura a Idade Contemporânea.

Surgem, então, o direito administrativo e a expressão probidade administrativa para referir-se à conduta que se espera do agente público e que se consubstancia no direito a um governo proba, direito este considerado fundamental e de terceira dimensão, com natureza difusa, posto pertencer a todos e ser impossível a individualização de um titular.

Face a sua importância na garantia da democracia e da cidadania, fundamentos do Estado de Direito, o mesmo resta positivado nos ordenamentos jurídicos de vários países. No Brasil, como demonstramos, tem *status* de princípio constitucional implícito e a efetivação de sua proteção se dá por normas que coíbem as condutas tidas por ímprobadas, inicialmente na esfera penal, ao tipificar como crime as condutas de corrupção ativa e passiva, concussão, peculato, prevaricação, dentre outras constantes no Título XI, do Código Penal, que dispõe sobre os crimes contra a Administração Pública. Posteriormente, a Lei no. 8.429, de 02 de junho de 1992, indicou, num rol exemplificativo, em seus artigos 9º., 10 e 11, as condutas ímprobadas consideradas como ilícitos civis que causam enriquecimento ilícito, ou lesão ao

erário ou atentam contra os princípios da Administração Pública e que resultam na responsabilidade de reparação de danos pelos seus agentes.

Assim, ante a natureza difusa do direito à probidade administrativa, em *ultima ratio*, sua tutela judicial se opera por meio das chamadas ações coletivas. O processo coletivo torna-se, portanto, um importante instrumento para efetividade do acesso à Justiça para proteção de tais direitos.

E, nesse aspecto, chega-se ao objetivo final do trabalho que é demonstrar que a ampliação do rol dos legitimados ativos para a propositura da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa atenderá aos fundamentos da democracia e da cidadania - ao ampliar a possibilidade da participação popular, como forma de canalizar as energias e as insatisfações por um caminho correto, evitando que essas energias se dispersem ou transbordem o que, de uma forma ou de outra, não é saudável para o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. por Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 8., n. 1, Osasco: EDFIEO, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
_____. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1982.

AZAMBUJA. Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo, Globo, 2008.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O direito grego antigo**. Osasco: FIEO, 1999.

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**: nova versão internacional. Traduzida pela comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2000.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. I. Trad. por Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.

_____. **A Era dos Direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 13ª. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Câmara dos Deputados. Brasília, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988/2002.

_____. Tutela dos interesses difusos. **Ajuris n.33**, p. 169-182.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Ação Civil Pública**: comentários por artigo. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução e notas Amador Cisneiros. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Competência do juízo de 1º grau in Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei nº. 8.429/92**, José Adércio Leite Sampaio e outros (org.) Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Democracia, esteio dos Direitos Humanos in FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. orgs. Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência**. Niterói, RJ: *Impetus*, 2013.

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed., revista. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENTERRIA, Eduardo García de. FERNANDEZ. Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. I, 20 ed. Madri: Civitas, 2005.

ERNOUT, Alfred. MEILLET, Antoine. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des Mots**. 4 ed. atual. Paris: Klincksieck, 1994.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Corrupção e Democracia. In O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política**. Coord. ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia. São Paulo: Atlas, 2004.

GARCIA, Émerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La ética em la administración pública**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000.

GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1962.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista. Pensamento Político**. Introdução e Notas Benjamin Fletcher Wright. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1997.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. 1ª. reimp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Trad. da 2ª. ed. alemã para o espanhol por Fernando de Los Rios. Argentina, Buenos Aires: Albatros, 1954.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 7ª. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo de acordo com a Lei no. 10.444/02**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 5. ed. São Paulo: Manole, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I e II. Rev. Atual. Compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 1ª. ed. atual. Campinas: Millennium, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. por Maria Júlia Goldwasser. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Décio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. Ed. atual. até a Emenda Constitucional 76. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed., ver. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOSCA, Gaetano. **História das Doutrinas Políticas desde a Antiguidade**. Trad. por Marco Aurélio de Moura Matos. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. Trad. por Eloá Jacobina. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição da República**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Improbidade Administrativa**: observações sobre a Lei nº. 8.429/92. 2 ed. ampl. atual. Porto Alegre: Síntese, 1988.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. ROSA, Marcio Fernando Elias. FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PETIT, Paul. **História Antiga**. Trad. por Pedro Moacyr Campos. 3. ed. revista. São Paulo-Rio de Janeiro: Difel, 1976.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

ROSA, Alexandre. GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**: conexões necessárias. Florianópolis: Habitus, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. por Rolando Roque da Silva. Ed. Cultrix, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre ações coletivas. **Revista de Processo no. 75**, pp. 273/283.

SITES:

ALVES, José Eustáquio Diniz. **80 anos do direito de voto feminino no Brasil**. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2012/02/24/80-anos-do-direito-de-voto-feminino-no-brasil-artigo-de-José-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BRANDIS, Juliano Oliveira. FORTES, Pedro. **Tutela Coletiva de Direitos**. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/TUTELA%20COLETIVA%20DE%20DIREITOS%202014-1.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BARBOSA, Walmir. **História e Política: elementos introdutórios.** Disponível em: http://www.ifg.edu.br/goiania/cienciashumanas/images/downloads/cadernos/caderno_historia_politica.pdf, p. 55. Acesso em: 21 mai. 2014.

BARROS, Sérgio Resende. **Três gerações de direitos.** Disponível em: <http://www.srbarros.com.br>. Acesso em: 28 fev. 2014.

BRASIL. **Lei no. 8.429/92.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

BRASIL. **Lei no. 9.784/99.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

BRASIL. Código Criminal Do Império Do Brazil. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 31 mai. 2014.

BROD, Fernanda Pinheiro. **A tutela coletiva em direito comparado e as possíveis contribuições à tutela coletiva de direitos trabalhistas.** Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/1185-a-tutela-coletiva-em-direito-comparado-e-as-possiveis-contribuicoes-a-tutela-coletiva-de-direitos-trabalhistas>. Acesso em: 24 jun. 2014.

CULTURA BRASIL. **História de Roma: Da Monarquia à República.** Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/roma.htm>. Acesso em: 21 mai. 2014.

FONTE EVANGÉLICA. **Bíblia Católica x Bíblia Evangélica: qual a diferença entre a bíblia católica e a bíblia evangélica?.** Disponível em: <http://www.fonteevangolica.blog.br/2011/02/qual-diferenca-entre-biblia-catolica-e.html>. Acesso em: 26 mai. 2014.

HISTÓRIA GERAL. **História Geral: Módulo 1.** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/204586932/Historia-Geral-MODULO-1>. Acesso em: 27 abr. 2014.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Aspectos de Direito Público Romano II: as constituições políticas do principado e da monarquia absoluta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 73 - 86 jan./dez. 2006. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67699/70307. Acesso em: 21 mai. 2014.

NOLAN, Lord. **Normas de conduta para a vida pública.** Trad. por Isabel Taveira et. al. Cadernos ENAP. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 1997. Disponível em: www.ena.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc. Acesso em: 27 mai. 2014.

OEA. Convenção Interamericana contra a corrupção. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB vai à escola.** Disponível em: http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/oab_vaiaescola.pdf. Acesso em: 31 mai. 2014.

ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **Ação de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa.** Disponível em: <http://alexandrerollo.com.br/PDFs/doutorado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

STJ. www.stj.jus.br. Acesso em: 22 jul.2014.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição dos Estados Unidos da América.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 18 mar. 2014.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Princípios constitucionais do Direito Processual Civil *in* **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21. Acesso em: 18 mar. 2014.