

**GUSTAVO GONÇALVES UNGARO**

**GILMAR FERREIRA MENDES**

**JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR**

Coordenação acadêmica

**ALEXANDRE ZAVAGLIA P. COELHO**

**JOSÉ LUIZ CINTRA JUNQUEIRA**

Coordenação executiva

# **RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DIREITOS HUMANOS**

2012

**Gustavo Gonçalves Ungaro** é Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogado; Professor de Ensino Superior; Presidente da Corregedoria-Geral da Administração do Estado de São Paulo. Foi Secretário Adjunto da Justiça e da Defesa da Cidadania, Secretário Adjunto do Emprego e Relações do Trabalho, Secretário Diretor-Geral do Tribunal de Alçada Criminal, Secretário da Casa Civil de Jundiaí, Diretor Executivo da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo e Gerente Nacional na Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.



 **Editora  
Saraiva**

## 1. LIMITES DO PODER: ESTADO DE DIREITO E LEGALIDADE

### 1.1. Delimitamentos conceituais do Estado rumo à limitação do poder

O Estado é conceito essencial ao estudo do Direito. O Direito Constitucional dedica-se a definir suas finalidades, atribuir suas tarefas e estabelecer as formas de controle sobre seu funcionamento, por exemplo. O Direito Administrativo trata dos procedimentos necessários à concretização dos seus objetivos e da organização de suas estruturas, estipulando as balizas norteadoras da gestão pública. A Teoria Geral do Estado busca sua compreensão como fenômeno complexo, analisando seus elementos e definindo suas características.

Independentemente da adoção de uma das três concepções acerca da origem do Estado (para a primeira, o Estado sempre existiu; para outra, a sociedade é precedente, e uma terceira somente aceita como Estado a organização política dotada de certas características constitutivas), resta incontroversa a noção de que o Estado tal qual conhecido atualmente tem sua gênese em 1648, com a Paz de Westphalia, que marca o fim do feudalismo.

1 Nesse sentido, Alberto de Amaral Júnior, *Direito de assistência humanitária*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-56; Nina Beatriz Stocco Ranieri, *Do Estado liberal ao Estado contemporâneo. Processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica*, *Revista de Direito Constitucional e Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, 2001, p. 135-161.

lismo e o estabelecimento de fronteiras claras entre os países europeus, após um período de muitos conflitos e guerras, extrema multiplicidade dos polos de poder e grande instabilidade política.

O termo Estado aparece pela primeira vez com o significado que ora se usa um século antes, em 1513, em *O Príncipe*, de Maquiavel<sup>2</sup>, na clássica obra florentina que aponta as estratégias e artimanhas dos governantes com vistas à conquista e manutenção do poder político.

Em Hobbes<sup>3</sup>, o Estado é descrito à imagem de um monstro mitológico atemorizador, a simbolizar o poder absoluto transferido pelos homens por meio de um pacto de submissão, firmado coletivamente para a preservação da segurança individual, a ser garantida pelo Leviatã instaurador do estado de sociedade. Supeira-se, então, a guerra de todos contra todos que marcou o estado de natureza, situação de ausência estatal em que o homem era o lobo do próprio homem, revelando uma concepção valorizadora da obediência à autoridade como consequência do respeito às leis naturais.

O inglês John Locke<sup>4</sup>, liberal do século XVII, vê o surgimento do Estado como decorrente do pacto social que marca a passagem de um estado de natureza pacífico e livre para o estado de sociedade civil, momento em que os homens abdicam de parcela da sua liberdade natural, transferindo poderes para a maioria da comunidade, a fim de melhor assegurar a propriedade, finalidade última da nova forma de associação, entendida como vida, liberdade e bens. Destaca-se a valorização da liberdade individual como atributo natural do ser humano, permitindo antever uma concepção em que o Estado é limitado pelo Direito.

2 Nicolau Maquiavel, *O Príncipe*, trad. Olívia Bauduh, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

3 Thomas Hobbes, *Leviatã*, trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

4 John Locke, *Dois tratados sobre o governo*, trad. Julio Fischer, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Montesquieu<sup>5</sup>, a seu turno, volta-se ao Estado tal como ele se apresentava no século XVIII e procura estabelecer freios e contrapesos ao poder real, formulando a teoria da tripartição dos poderes como modo de limitação do poder do governante ante os súditos, partindo de conhecida formulação, segundo a qual "existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil".

Para Rousseau<sup>6</sup>, cuja noção de contrato social é central à compreensão do Estado, o ato de associação consubstanciado no pacto social produz um corpo moral e coletivo formado pela união de todos os participantes, resultando numa pessoa pública que já foi chamada de "Cidade", "República", "corpo político", e que deve ser denominado "Estado" quando passivo, "soberano" quando ativo e "Potência" na comparação com seus semelhantes. Distingue também "povo", como denominação coletiva dos associados, "cidadão", para cada particular integrante da autoridade soberana e "súdito" na posição de sujeição às leis do Estado. Em sua obra de 1762, o iluminado filósofo já destacava os atributos da soberania como a inalienabilidade e a indivisibilidade, pois que decorrentes da vontade geral.

Analisando o modelo teórico do contrato social, Boaventura de Sousa Santos<sup>7</sup> considera-o a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental, chamando a atenção para o fato de que, ao se assentar em critérios de inclusão dos participantes da sociedade civil a ser criada, estabe-

5 Charles de Secondat (Barão de Montesquieu), *O espírito das leis*, trad. Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

6 Jean-Jacques Rousseau, *O contrato social*, trad. Antonio de Pádua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

7 Boaventura de Sousa Santos, Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo, in Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli (orgs.), *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*, 2. ed., Petrópolis: Vozes, 2000, p. 83-129.

lece por consequência critérios de exclusão, dos quais três são tidos como os principais: a) o contrato social inclui apenas os indivíduos e suas associações, não a natureza; b) somente os cidadãos são partes no contrato social, que se calca numa cidadania territorialmente fundada, excluídas as mulheres, os estrangeiros e outros grupos sociais; c) apenas os interesses da sociedade civil estão contemplados como objeto do contrato, afastados a vida privada e os interesses pessoais.

Sem se pautar pelo contratualismo, a obra de Tocqueville<sup>8</sup> destaca o conceito de democracia associada ao Estado, a partir da análise do sistema de governo vigente nos Estados Unidos da América do século XIX, concluindo ser a democracia o ponto de chegada da caminhada histórica dos homens em sociedade, até mesmo por vontade divina, por ser capaz de conjugar o desenvolvimento da igualdade com a concomitante preservação da liberdade. Faz veemente defesa do Estado democrático que, pautado pela igualdade de condições sociais, econômicas, culturais e políticas entre todos os cidadãos, propicia o bem-estar geral, mas alerta para o risco do autoritarismo, contra o qual recomenda a educação para a cidadania, como maneira de ampliação da participação nos assuntos e espaços políticos.

O entrelaçamento entre o pensamento liberal e os ideais democráticos é feito por Stuart Mill<sup>9</sup>, defensor do pluralismo e da diversidade na sociedade, sempre livres da interferência estatal, por entender que tais elementos, num ambiente em que vigore a liberdade, propiciam o desenvolvimento social. Dentro desse quadro conceitual, o Estado organizado como um governo representativo seria o modo de viabilizar o exercício da soberania popular.

8 Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

9 John Stuart Mill, *O governo representativo*, trad. E. Jacy Monteiro, 2. ed., São Paulo: Ibrasa, 1983.

O cultuado autor de *A Paz Perpétua*, Immanuel Kant<sup>10</sup>, que vê na dignidade humana o fundamento do direito à liberdade e tem na paz um princípio moral *a priori*, apresenta um conceito de Estado de corte liberal, absenteísta, calcado na igualdade de oportunidades: "Um Estado não é patrimônio. É uma sociedade de homens sobre a qual mais ninguém a não ser ele próprio tem que mandar e dispor", daí a noção de que seguir a própria lei é ser livre, complementada com um conceito de República baseado na separação entre Executivo e Legislativo: "O republicanismo é o princípio político da separação do poder executivo (governo) do legislativo", em contraposição ao despotismo.

Para Kant, o Estado pressupõe o consenso, que é a base da legitimidade, e o exercício da política vincula-se à observação dos preceitos da moral, vez que esta, chamada de doutrina teórica do direito, deve estar associada à política, tida como doutrina prática do direito: "A moral é já em si mesma uma prática em sentido objetivo, como conjunto de leis incondicionalmente obrigatórias, segundo as quais devemos agir". Introduz o protagonismo internacional do Estado, razão pela qual é tido como precursor da ONU - Organização das Nações Unidas, pois assim como os indivíduos constituem a sociedade civil, os Estados deveriam criar uma comunidade jurídica internacional, nos moldes de uma federação de Estados, em busca da paz perene.

Do mesmo momento histórico - fins do século XVIII -, Hegel<sup>11</sup> formula uma visão abstrata e totalizante do Estado, considerando que nada há fora do Estado, já que nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e perante ele os indivíduos têm o mais elevado dever: "Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o

10 Immanuel Kant, *A paz perpétua*, in *A paz perpétua e outros opúsculos*, trad. Artur Morão, Lisboa: Editora Edições 70, 2002.

11 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, trad. Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida coletiva".

Contudo, vê a monarquia constitucional como aperfeiçoamento do Estado e defende a irresponsabilidade do governante: "A majestade própria do monarca, como subjetividade suprema decisiva, está acima de toda a responsabilidade quanto aos atos de governo". Aponta, ao mesmo tempo, mecanismos capazes de frear o abuso de poder, como a hierarquia e a responsabilidade, e preconiza características que devem nortear os ocupantes do poder: ausência de paixão, equidade, doçura no procedimento, formação moral e intelectual, valorização dos interesses gerais e dos assuntos coletivos.

Em oposição a Hegel, Friedrich Engels<sup>12</sup> considera o Estado artifício de dominação de classe, um poder colocado aparentemente acima da sociedade para garantir seus antagonismos e os interesses econômicos dominantes. Adota uma visão pessimista e crítica da ideia de civilização, que se basearia na exploração de uma classe por outra, e cada progresso na produção equivaleria a um retrocesso na condição da classe oprimida.

O Estado não teria existido sempre, tendo surgido a partir do momento histórico em que se revelou uma necessidade para certo modelo de desenvolvimento econômico – o capitalismo, pautado pela divisão da sociedade em classes sociais contrárias. O almejado fim da divisão em classes sociais, com o estabelecimento de uma nova forma de produção, seria o momento da extinção do Estado. "Estado é um organismo para a proteção dos que possuem contra os que não possuem", tal o conceito apresentado a partir da análise econômica da sociedade, segundo o qual o Estado antigo seria aquele em que predominavam os senhores de escravos, com o fim de manter os escravos subjugados; o Estado feudal, órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses; o Estado moderno represen-

tativo, por fim, seria o instrumento para o capital explorar o trabalho assalariado, e a República democrática seria a mais elevada forma de Estado, pois possibilitaria a batalha definitiva entre o proletariado e a burguesia.

Os comunistas, no dizer de Engels e de Karl Marx<sup>13</sup>, representam o interesse comum do proletariado, sendo a parcela "mais avançada e resoluta dos partidos de classes trabalhadoras"; sua meta é "a formação do proletariado em uma classe, a derrubada da supremacia burguesa, a conquista do poder político pelo proletariado", sendo sua característica distintiva não a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa. "A revolução comunista é a ruptura mais radical com as relações de propriedade tradicionais. Não surpreende que seu desenvolvimento envolva a ruptura mais radical com as ideias tradicionais."

Para tanto, é apresentado um decálogo de medidas a serem adotadas: abolição da propriedade da terra, imposto de renda elevado, abolição do direito de herança, confisco da propriedade de rebeldes e emigrantes, centralização do capital em banco nacional estatal, centralização dos meios de comunicação e transporte nas mãos do Estado, desenvolvimento econômico planejado e executado pelo Estado, equiparação das formas de trabalho, abolição da distinção entre cidade e campo, com distribuição da população, educação gratuita para todas as crianças e abolição do trabalho infantil.

O líder russo Vladimir Lênin<sup>14</sup> baliza-se por Marx e Engels, fazendo exposição clara da doutrina marxista do Estado e das tarefas do proletariado na revolução socialista, que se valeria da violência para lograr substituir o Estado burguês pelo proletário. Para viabilizar tal intento, a república democrática era tida como

13 Karl Marx e Friedrich Engels, *O Manifesto Comunista*, 14. ed., trad. Maria Lucia Como, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

14 Vladimir Illich Lênin, *O Estado e a revolução*, trad. Javert Monteiro, São Paulo: Global, 1987.

12 Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, trad. Leandro Konder, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

a melhor forma de Estado para o proletariado no regime capitalista, pois permitira que se desenvolvessem as condições para a eclosão da ruptura aniquiladora do modelo dominante. Voltado a esclarecer as massas para a libertação do jugo do capital, considera que a forma do Estado burguês é uma ditadura da burguesia, contra a qual defende um conceito de Estado como organização do operariado em classe dominante, com a vanguarda deste segmento social devendo tomar o poder e conduzir o povo ao socialismo, por meio da ditadura do proletariado. A transição necessária do capitalismo para o comunismo passaria, assim, pela ditadura do proletariado, período de intensa luta de classes e de violência sem precedentes, considerado democrático de uma maneira nova (para os proletários e os despossuídos em geral) e ditatorial de uma maneira nova (contra a burguesia), tendo por objetivo final a supressão do Estado, isto é, de toda violência organizada e sistemática.

Também o anarquismo, tal como esposado por Piotr Kropotkin<sup>15</sup>, vê o Estado como criação artificial que deveria deixar de existir, chegando a compará-lo a um polvo, que resguarda com seus tentáculos a segurança mútua entre e autoridade militar, judiciária, senhorial e capitalista. Crítico do capitalismo, entende que as instituições existentes pioraram os homens: “é fútil falar de liberdade enquanto existir a escravidão econômica”, já que “o sistema capitalista e o Estado impedem em todos os sentidos a conquista desse bem-estar”. Considera que o homem sempre viveu em sociedade, sendo o Estado apenas uma das formas da vida social, que deveria ser abolido e substituído por um novo modo de autogoverno, decorrente do desenvolvimento completo da individualidade e da livre associação, calcado na solidariedade como motor do progresso e base do sentimento moral – seria um comunismo libertário, anarquista, como expressão da ausência de um poder de dominação.

15 Piotr Kropotkin, *A anarquia – sua filosofia, seu ideal*, São Paulo: Editora Imaginário, a partir de edição da Cooperativa Cultural Editora Fomento Acrata, São Paulo, 2001.

A visão do Estado a partir das óticas comunista e anarquista, partindo da crítica econômica da realidade histórica, descon sidera qualquer legitimidade nessa instituição política e busca sua abolição, responsabilizando-a pelos males que impedem a realização da justiça e da igualdade no convívio social. Tais concepções, portanto, não se preocupam com a responsabilidade jurídica do Estado, já condenado politicamente à pena de abolição perpétua.

Distinta é a noção estatal esposada pelo positivismo jurídico, destacada na obra de Hans Kelsen<sup>16</sup> com o peculiar cientificismo, que resume o Estado ao Direito, e a Teoria do Estado a um ramo da Teoria do Direito, considerando o dualismo entre Direito e Estado uma “superstição animista”. Nesse sentido, “o ‘poder’ não é prisões e cadeiras elétricas, metralhadoras e canhões [...] o poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito”. O problema do Estado é apresentado como uma questão de imputação, como um ponto comum no qual se projetam ações humanas, pois ao Estado, ente invisível, atribui-se uma ação humana, significando uma imputação de ação humana ao Estado. Daí decorre que “uma ação é um ato do Estado na medida em que seja uma execução da ordem jurídica”.

O Estado é tido como sujeito de deveres e direitos, contudo sua sujeição, consoante o positivismo jurídico, dá-se de modo diferente à de um indivíduo, vez que o Estado, sendo o responsável pela sanção, não pode sê-lo também pelo delito. As obrigações e direitos do Estado são tidos por obrigações e direitos dos órgãos do Estado, e “a violação do dever de um órgão do Estado, o delito constituído pelo fato de um órgão do Estado não ter executado sua função do modo prescrito pela ordem jurídica, não pode ser imputada ao Estado, já que um indivíduo é órgão (em particular, um funcionário público) do Estado apenas na medida em que sua conduta se conforme às normas jurídicas

16 Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

que determinam sua função. Na medida em que um indivíduo viola uma norma jurídica, ele não é um órgão do Estado”.

Revela-se, aí, uma crítica à noção de responsabilidade do Estado, ainda que este possa ser obrigado a reparar, com seu patrimônio, o dano decorrente do não cumprimento da obrigação, além de providenciar a punição ao indivíduo que tenha agido como órgão estatal. Assim, apenas no âmbito internacional o Estado poderia ser efetivamente responsabilizado por um delito, vez que a sanção seria, nesse caso, imputada à comunidade jurídica internacional.

Outro expoente da chamada escola técnico-jurídica, de orientação positivista e formalista, Georg Jellinek<sup>17</sup> conceitua o Estado como corporação territorial, pessoa jurídica distinta da sociedade e do governo. Reduz o direito positivo a direito estatal, residindo a originalidade de sua doutrina no fato de conceber o Estado como pura formação histórico-social, insuscetível de qualificação jurídica, da qual emana o direito positivo e, deste, os direitos essenciais à pessoa humana. “Um ser vivo é elevado à condição de pessoa, de sujeito de direitos, antes de mais nada pelo fato de o Estado lhe atribuir a capacidade de requerer, de maneira eficaz, a tutela jurídica estatal. É o Estado, por conseguinte, quem cria a personalidade.”

Crítico do positivismo jurídico e do liberalismo, Carl Schmitt<sup>18</sup> retoma a visão hobbesiana do homem como maior ameaça ao próprio homem e defende os postulados maquievélicos, situando-se como referência do pensamento conservador autoritário, adepto do decisionismo. O Estado configura-se como elemento aglutinador de um povo, extraindo seu sentido deste fator de coesão capaz de propiciar a sobrevivência diante do estrangeiro, que precisaria ser aniquilado. Aparece, pois, a distinção amigo-inimigo como o critério do fenômeno político, pautado pela

possibilidade da guerra como meio eficaz à eliminação física da ameaça, temática infelizmente presente em demasia na atualidade.

Outra ideia de política é apresentada por Max Weber<sup>19</sup>, vista então como atividade diretiva autônoma: “o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder”. O conceito de Estado, a seu turno, aparece definido pelo meio de que se vale – a força –, e não pelos seus fins: “Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”. O Estado é tomado como expressão da relação de dominação do homem pelo homem, organizada num estado maior administrativo com meios materiais de gestão, a partir de três fundamentos da legitimidade: a tradição, o carisma e a legalidade. Na concepção weberiana, o desenvolvimento racional do Estado moderno leva ao Estado burocrático, marcado pelo domínio pessoal do chefe e composto por funcionários técnicos especializados.

Hermann Heller<sup>20</sup>, que integra a geração da República de Weimar, partindo da compreensão de que a Teoria do Estado deve ajudar a vencer dificuldades concretas da realidade estatal, analisa a problemática a partir das questões da realidade social, com enlace dos temas científicos, procurando superar o formalismo político. Aborda a questão do porquê e para quê do Estado e do Direito, sendo a função social do Estado o elemento essencial de sua concepção, caracterizada como uma doutrina funcional do Estado. As explicações metafísicas do fenômeno estatal nasceriam da obscuridade científica ou do interesse político. O Estado é visto como organização, uma “unidade organizada de decisão e ação”, cujos elementos constitutivos em

17 Georg Jellinek, *Teoria general del Estado*, trad. Fernando de los Rios, México: Editora Fondo de Cultura Económica, 2002.

18 Carl Schmitt, *O conceito do político*, trad. Alvaro L. M. Valls, Petrópolis: Vozes, 1992.

19 Max Weber, *Ciência e política – duas vocações*, 10. ed., trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 2000.

20 Hermann Heller, *Teoria del Estado*, 2. ed. em espanhol, 2. reimpr., trad. Luis Tobío, México: Editora Fondo de Cultura Económica, 2002.

interação seriam povo, território, ordenação e órgãos. A ordenação da coexistência figura como um fenômeno da vida em sociedade, e acima da vontade criadora do direito pairam princípios jurídicos gerais de conteúdo ético ou lógico-constitutivo, os quais limitam os conteúdos possíveis do direito positivo, que seguem, por sua vez, a corrente da história e dependem da comunidade cultural e da realidade social.

Miguel Reale<sup>21</sup> considera o Estado a sociedade jurídica-mente organizada, a institucionalização do poder para a realização do bem comum, e se vale da original visão tridimensional para caracterizar o Estado como unidade formada a partir de três elementos em interação: o fato, consistente na relação permanente de poder, o valor, como finalidade da convivência, e a norma, mediação feita pelo ordenamento jurídico em relação ao poder, para atualização dos valores predominantes na sociedade. Valendo-se de figura geométrica, associa o Estado à imagem de uma pirâmide de três faces: a primeira de feição sociológica, a segunda de ordem jurídica e a terceira de caráter teleológico-político, com uma base comum e uma estrutura unitária.

Norberto Bobbio<sup>22</sup>, cultor dos valores da tolerância, não violência, livre debate das ideias e fraternidade, entende a democracia moderna como método de legitimação e controle das decisões políticas. Fundamental é seu conceito de Estado de Direito, definido como "Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos 'invioláveis' do indivíduo".

José Afonso da Silva<sup>23</sup> aponta a insuficiência do conceito de Estado de Direito, o qual, concebido pela visão liberal e

caracterizado pela submissão ao império da lei, pela divisão de poderes e pela enunciação e garantia dos direitos individuais, não se mostra capaz de atender às demandas da sociedade democrática contemporânea. Em resposta ao seu individualismo e abstencionismo, observa-se o surgimento do Estado Social de Direito como tentativa de implementar a justiça social por meio dos direitos sociais, ainda assim permitindo um descompasso em relação à aspiração democrática, pois várias diaduras ocorreram sob tal roupagem político-jurídica. Por consequência, conforme o grande constitucionalista brasileiro, vem a concepção do Estado Democrático de Direito buscar realizar a tarefa de conjugação do elemento democrático, consistente na soberania popular como participação do povo na formação da vontade estatal, com a permanência do princípio da legalidade e a busca da igualdade e da justiça social, a fim de lograr a transformação da realidade iníqua.

E Dalmo Dallari<sup>24</sup> projeta para o futuro a continuidade da presença do Estado no plano da organização política das sociedades humanas, pois analisa, em bases científicas, a realidade presente e suas tendências fundamentais, traçando cenários "futuríveis" em que pode ocorrer a integração crescente do povo nos fins do Estado, a racionalização da organização e de seu funcionamento, a homogeneização relativa dos Estados e uma orientação predominantemente nacionalista, afastando-se do futuro remoto a hipótese de seu desaparecimento, vez que "o Estado deverá existir enquanto não se operar a modificação da própria natureza humana".

O constitucionalista português Canotilho<sup>25</sup> resume o Estado, consoante assumido desde o século XIX, como uma forma histórica de um ordenamento jurídico geral, tendo por elementos constitutivos a territorialidade, a população e a politicidade, esta

21 Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, 5. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 388-396.

22 Norberto Bobbio, *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*, trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 17-40.

23 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 113-123.

24 Dalmo de Abreu Dallari, *O futuro do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147-181.

25 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 14-15.

a significar a perseguição de fins definidos politicamente. Contudo, avalla que na pós-modernidade o Estado perde a centralidade como organização política, vez que esta se configura como um sistema multipolar composto de sistemas autônomos, auto-organizados e reciprocamente interferentes, atuando, em paralelo ao Estado e de maneira difusa pela comunidade, entes autônomos institucionais, como ordens profissionais e associações, e territoriais, como municípios e regiões, existindo um direito sem Estado, chamado de reserva normativa da sociedade civil, a compreender os diversos modos de regulação, como contratos e negociações. Daí o conceito de Estado que formula, como "a forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas".

Neste início do século XXI acentua-se, portanto, a compreensão de que o Estado não detém a exclusividade da produção normativa, sendo a ideia de unidade suplantada pela da multiplicidade de atores normativos, com ordenamentos jurídicos diversos, dentro e fora do Estado. Onde a conveniência de se analisar o Estado ante o momento atual do processo de globalização.

## 1.2. O Estado diante da globalização

A globalização pode ser apontada como o fenômeno mais marcante da passagem do século XX para o XXI, e suas consequências permanecem alterando a realidade da vida social, política, econômica e cultural dos povos do planeta, donde ser incontestável sua importância e difícil a tarefa de analisá-la. Ostenta uma natureza multidimensional, visto que sua caracterização fenomenológica não comporta restrição a apenas uma categoria classificatória, podendo ser objeto de estudo científico pela sociologia, pela economia, pelo direito e por outras disciplinas humanas do conhecimento.

Sabendo-se que a globalização não é algo historicamente novo, parece cristalino constatar que as transformações recentes por ela causadas apresentam singular radicalidade, modificando cotidianamente o mundo e imprimindo ao curso da humanidade

um passo veloz por caminhos indefinidos e sinuosos, rumo a um destino impossível de ser vislumbrado por antecipação.

Essa dinâmica tem provocado mudanças na forma de organização das sociedades, nas políticas públicas, nas trocas comerciais internacionais, na geopolítica mundial, na difusão da informação, no avanço tecnológico, no próprio comportamento humano individual, impactado por todos os demais fatores. E, especialmente, na concepção de Estado nacional.

O processo intenso e complexo denominado globalização não se afigura, pois, um fato novo ou recente, mas remonta aos mais longínquos passados da humanidade. Segundo Enrique Ricardo Lewandowski<sup>26</sup>, sua gênese pode ser encontrada nos primeiros movimentos migratórios dos seres humanos, que transformaram o modo de vida dos grupos sociais, ou seja, na dispersão geográfica do *Homo sapiens* ocorrida milhares de anos antes de Cristo. Assim iniciada, a evolução histórica da globalização passa pelos mais de seis séculos da expansão de Roma, entre 200 a.C. e 476 d.C., pelo surgimento do cristianismo, da Igreja Católica e do islamismo, pelo Sacro Império Romano-Germânico, entre os anos 800 e 1806, pela conquista do novo mundo através das grandes navegações iniciadas no século XV, pela difusão dos ideais iluministas da Revolução Francesa de 1789, pela expansão territorial patrocinada por Napoleão Bonaparte, pela revolução tecnológica, pelo neocolonialismo ou imperialismo do livre-comércio dos séculos XIX e XX, pelos domínios ingleses no início do século XX, pelas duas guerras mundiais daquele século, pela formação da União Soviética, pela criação da Liga das Nações, em 1920 e da ONU, em 1945, pela Guerra Fria, pela guerra contra o terrorismo do início do século XXI, pela hegemonia norte-americana, e segue seu imprevisível curso.

Comumente associada a uma nova etapa do capitalismo mundial, em que o modo de produção descentraliza-se e se es-

26 Enrique Ricardo Lewandowski, *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 25-44.

trutura em âmbito mundial, a globalização teve seu ritmo acelerado nas últimas décadas, impulsionada pelos avanços nas comunicações e na informática, e "corresponde a uma intensa circulação de bens, capitais e tecnologia através das fronteiras nacionais, com a consequente criação de um mercado mundial". Ainda nas palavras do professor Lewandowski: "A rigor, a globalização nada mais é do que a progressiva interdependência entre os distintos sistemas econômicos (...). Ela decorre também da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum dos problemas que afetam a totalidade do planeta (...)".

O Estado, a seu turno, posiciona-se ao mesmo tempo como protagonista, sujeito ativo desse processo, e também como seu objeto, na medida em que sofre seus impactos transformadores. Na primeira posição, o Estado busca inserir-se na dinâmica global como um ator privilegiado, associando-se em função de suas particularidades, potenciais e vocações, por meio da formação de blocos regionais, numa estratégia que tenta assimilar as novas práticas mundiais, utilizando-as em prol de suas finalidades essenciais. Na segunda e simultânea posição está o Estado a sentir os efeitos nocivos do processo de globalização, tendo dificuldades para se manter como centro decisório relevante e vendo-se limitado na implementação de políticas públicas que superem as desigualdades sociais e promovam o desenvolvimento econômico do conjunto da população.

No plano internacional, a associação de Estados pode se dar de duas formas, basicamente: a primeira, tradicional e historicamente mais frequente, é baseada no postulado da intergovernabilidade e resulta na criação de uma instituição em que as decisões dependem de consenso, não havendo o surgimento de um direito autônomo – é o caso da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), por exemplo; a segunda forma de associação de Estados é caracterizada pela supranacionalidade, pautada pela delegação de competências a órgãos de natureza supranacional em que as decisões podem se dar por maioria, abrindo espaço para a ela-

boração de um direito comunitário, sendo o exemplo mais evidente a União Europeia (UE).

Entende o aludido professor titular das Arcadas que a soberania se preserva como atributo indissociável do Estado também na situação descrita na segunda hipótese, não vislumbrando atentado ao cerne deste elemento estatal essencial nem mesmo perante a supranacionalidade. Vez que as questões fundamentais não são objeto de delegação, permanecendo na esfera nacional, e não há subordinação hierárquica em relação aos órgãos supranacionais, os quais se apresentam desprovidos de aparato coercitivo e de Constituição.

Para Alberto do Amaral Jr.<sup>27</sup>, a constituição da sociedade internacional, cujo início pode ser marcado pela Paz de Westphalia, em 1648, representa um divisor de águas na história das relações internacionais ao estabelecer a ordem secular do Estado-nação, e se baseia na vinculação externa entre Estados soberanos em função do consentimento no estabelecimento de normas comuns, em virtude das quais se comprometem.

Juridicamente, portanto, permanecerá o Estado intacto em seus fundamentos existenciais, permanecendo como ente soberano em sua jurisdição nacional.

Contudo, um tanto diversa revela-se a perspectiva de análise dos cientistas sociais, como Octavio Ianni<sup>28</sup> ao identificar a formação de uma sociedade global, por ele associada à imagem de "um surpreendente caleidoscópio indecifrável", que altera o próprio objeto das ciências sociais – a sociedade nacional, vista como resultante do processo histórico e simbolizada pelo Estado-nação, cambiante de acordo com as forças em jogo. "Quando visto em perspectiva ampla, de longa duração, o Estado-nação logo se revela um processo histórico problemático, contraditório

27 Alberto do Amaral Júnior. *Direito de assistência humanitária*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-56.

28 Octavio Ianni, *A era do globalismo*, 5. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 77-97.

e transitório. Houve época em que se definia pela soberania, real ou almejada, ampla ou limitada. Nos tempos da sociedade global, modifica-se mais uma vez, mas agora radicalmente. Pouco a pouco, ou de repente, transforma-se em província da sociedade global."

Como bem leciona o jurista Dalmo de Abreu Dallari<sup>29</sup>, o Estado não se confunde com a Nação, abstração vinculada à ideia de comunidade, resultante da comunhão de costumes, comportamentos e sentimentos, ao passo que o Estado é verdadeira sociedade política, decorrente da associação voluntária para a consecução de certos objetivos.

Em que pese essa distinção conceitual entre os termos aludidos, a expressão Estado-nação consagrou-se como indicativa de um paradigma teórico que imperou na prática histórica dos últimos tempos, tendo servido com muita eficiência à estruturação de diferentes sistemas político-econômicos, tais como o socialismo, o comunismo e o capitalismo.

Não se trata da supressão do Estado-nação, que certamente continua presente e ativo, mas de considerá-lo à luz de sua inserção no novo palco mundial em que o protagonista é a sociedade global.

O Estado-nação, imerso neste universo em mutação, a compreender relações, processos e estruturas transformados pela globalização, não é capaz de manter incólume seu significado tradicional nem seus atributos característicos; já não é mais o mesmo, ainda que se mantenha a utilização frequente do termo soberania.

"Se é verdade que a globalização do mundo está em marcha, e tudo indica que sim, então começou o réquiem pelo Estado-nação. Ele está em declínio, sendo redefinido, obrigado a rearticular-se com as forças que predominam no capitalismo global e, evidentemente, forçado a reorganizar-se internamente, em

conformidade com as injunções dessas forças." Tal a visão do ilustre professor da USP há pouco falecido.

Na opinião do economista Gilberto Dupas<sup>30</sup>, "o Estado-nação e o Estado de bem-estar social deixam de imperar. (...) Tal como num jogo de damas em que os movimentos passam a dar-se com a liberdade inusitada das peças do xadrez, os atores mais poderosos saltam sobre os outros e mudam de direção sem aviso prévio, inventando eles mesmos seus novos papéis. (...) A necessidade de redefinir o Estado e o campo da política como instrumentos para reequilibrar e domar as forças em jogo continua inexplorada na era da globalização".

As decisões políticas dos governantes parecem submetidas a condicionantes que não se circunscrevem às fronteiras nacionais, e os hábitos e comportamentos sociais são influenciados por modismos importados e muitas vezes vinculados a interesses comerciais focados apenas na ampliação do mercado consumidor.

Os fatores reais de poder, revelados por Ferdinand Lassalle<sup>31</sup> como as forças sociais relevantes numa sociedade, capazes de assegurar a defesa de seus interesses por meio da ordem jurídica constitucionalmente positivada, precisam ser complementados hoje por fatores de poder decorrentes da globalização.

Fosse possível visualizar o mapa-múndi de forma a identificar os sintomas da globalização, valendo-se da tradicional imagem do contorno dos países interligados por diversas linhas representando as rotas aéreas das companhias de aviação, vislumbra-se-ia uma plêiade incommensurável de teias a entrelaçar o globo, transformado então em um imenso novelo, envolto pelos fluxos de capitais, pelos caminhos das migrações populacionais, pelos cabos e ondas da internet e de outros meios de comunicação instantânea, pelos traçados dos navios, aviões, trens

30 Gilberto Dupas, *Lógica global, Estado e legitimidade social, O Estado de S. Paulo*, 29 de maio de 2004, p. A2.

31 Ferdinand Lassalle, *A essência da Constituição*, 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

29 Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 112-118.

e caminhões transportadores de bens de consumo entre os continentes.

Gilberto Dupas<sup>32</sup> considera que

A globalização contemporânea é uma força normativa que impõe diretrizes e política. (...) Os Estados nacionais veem-se pressionados em duas frentes. Exige-se um Estado minimalista, no qual a autonomia se reduz a opções restritas à aplicação das normas neoliberais. De outro lado, desregulam-se os mercados, privatizam-se os serviços e assiste-se a uma progressiva deterioração do quadro social, o que, paradoxalmente, requer um Estado forte e um aparato regulador muito eficiente, até para ter o poder de impor à sociedade civil condições penosas como as indexações das tarifas superiores ao aumento dos salários, consideradas necessárias à remuneração adequada dos capitais. (...) Essa estratégia paga um alto preço com a redução progressiva de margens de ação, erosão da soberania nacional e das condições de governabilidade.

No preciso diagnóstico do Coordenador do Grupo de Análise da Conjuntura Internacional da USP, o atual estágio da globalização – marcado pela internacionalização da economia – aparece associado ao ideário neoliberal do Estado mínimo, impactando fortemente o Estado nacional e remetendo-o à paradoxal situação descrita, acarretando forte abalo na noção de soberania estatal.

Tomada dessa perspectiva, a globalização capitalista aparece a tensionar os nacionalismos e suas estruturas convencionais, num claro contraponto entre globalismo e nacionalismo, espaço em que se situa o regionalismo, entendido como conjunto de iniciativas de integração regional, como tentativa institucional de mediação entre os lados opostos, ainda que possa ser visto como instância de sobrevivência ou até de fortalecimento do Estado.

<sup>32</sup> Gilberto Dupas, *O poder dos atores globais, Folha de S. Paulo*, 21 de maio de 2004, p. A3.

O regionalismo é ilustrado por Paul Hirst<sup>33</sup> a partir do exemplo da União Europeia, que pode ser visto como uma estratégia de fortalecimento dos Estados europeus e de suas políticas públicas, e não de sua aniquilação, levando instrumentos de controle coletivo às instâncias mais elevadas e relevantes da economia globalizada.

Para o colombiano Gabriele Muzio<sup>34</sup> o cerne do processo de globalização é integrado por dois elementos da ideologia econômica moderna: a escala, que relaciona a maior eficiência e o menor custo à maior capacidade quantitativa de produção de bens, levando ao atual estágio de desenvolvimento industrial, em que proliferam empresas cujas linhas de montagem e distribuição espalham-se por diversos países ao longo do globo; e a utilidade individual, tida como essência do comportamento humano em busca da maximização da quantidade de produtos apropriáveis pelo menor preço. Impulsionado pelos avanços tecnológicos e viabilizado pela expansão das transações financeiras internacionais, acarreta a supressão do local pelo global na construção de um mundo homogeneizado, apto à implantação de economias globais de escala, quando seria então alcançado o estágio de suprema perfeição do modelo econômico hegemônico.

O Estado, submetido a processos de privatização e desregulamentação, tem sua capacidade econômica limitada e perde o controle dos fluxos financeiros para entidades privadas, as quais passam a gerir fundos de pensão, de aposentadoria e outras formas de poupança doméstica, financiando os próprios gastos públicos e estabelecendo verdadeira dependência em relação aos mercados de capitais.

<sup>33</sup> Paul Hirst, *Globalização: mito ou realidade?*, in José Luís Fiori e outros, *Globalização – o fato e o mito*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, p. 101-130.

<sup>34</sup> Gabriele Muzio, *A globalização como o estágio de perfeição do paradigma moderno: uma estratégia possível para sobreviver à coerência do processo*, in Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli (orgs.), *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*, 2. ed., Petrópolis: Vozes, 2000, p. 133-161.

Assim, o capital global avança na tentativa de ocupar o lugar do Estado nacional, usurpando seu poder e sua legitimidade sem a necessidade de dominação militar ou política, substituídas pelo controle comercial, com o que se estabelece uma autoridade impessoal, anônima e difusa, consubstanciando um sistema de aceitação total e generalizada, e não de dominação total, ficando afastado o risco de violenta reação social.

Na linguagem de Zygmunt Bauman<sup>35</sup>, atinge-se o estágio líquido da modernidade, em que a dissolução dos parâmetros e a mudança das referências fomentam a incerteza, a insegurança e a ansiedade, ao que se somam o desemprego, a violência e o aprofundamento de uma internacionalização desagregadora, tudo resultando numa busca por um novo comunitarismo fora dos marcos estatais, e a causa comum que outrora servia de amplitude da sociabilidade é substituída por espetáculos intensos e efêmeros, típicos de uma "comunidade de carnaval" ou *cloakroom communities*.

A globalização é tida como a forma da nova desordem mundial, a significar um caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais, sem haver nenhum controle centralizado do processo. Tal é a ideia exposta por Bauman<sup>36</sup>.

O Estado-nação na era da "modernidade líquida" apareceria com sua soberania afetada, acossado pelas forças globais – capazes de penalizações econômicas severas – a cooperar com a nova ordem mundial, e desprovido de responsabilidade quanto ao papel de maior provedor de certeza, segurança e garantia de seus cidadãos. Ocorre uma dissociação entre o Estado e a nação, vez que cada qual passa a prescindir do outro. A dominação nessa era, sob a titularidade de uma elite global que ganha em velocidade, desvencilha-se de qualquer compromisso local e incumbe o lento Estado de assegurar a lei e a ordem necessárias

ao livre fluxo dos negócios privados, transformando-o em não mais que uma delegacia de polícia.

Sim, porque o teatro global não mais se caracteriza pelo domínio da política interestatal, e o Estado nem mais consegue pautar-se pelos interesses de sua população, agindo em função de forças que lhe transcendem, restando afetado seu papel de vido à quebra dos três suportes ao chamado "tripé da soberania": a autossuficiência militar, cultural e econômica.

A única ação permitida no campo econômico restringe-se à manutenção de um orçamento equilibrado, capaz de assegurar o cumprimento das obrigações financeiras assumidas internacionalmente. Separada completamente da política, segue a economia um rumo que ela própria traça, sem nenhum direcionamento público, ainda que o horizonte a se atingir seja o da maior concentração da riqueza e ampliação da desigualdade.

Paul Hirst<sup>37</sup>, bem como outros pensadores que se debruçaram sobre o fenômeno em tela, anuncia a globalização como uma política contrária ao bem-estar e à cidadania, portanto oposta à social-democracia e conectada ao imperialismo – como uma continuidade do antigo sistema mundial de dominação ou como sua transformação ou ruptura qualitativa – revelando uma percepção bastante cética.

O renomado professor da Universidade de Londres vê a globalização como a representação das características destrutivas da economia moderna, que subtrai da esfera nacional o gerenciamento da macroeconomia, a previdência social e a própria atividade econômica, e faz sua análise procurando questionar algumas concepções comumente veiculadas, tidas como mitos vinculados à globalização. Ressalta que a globalização ocorre há mais de um século, não sendo nenhuma novidade, e questiona a alegada ingovernabilidade dos mercados financeiros, defendendo a taxação internacional proposta por James Tobin, consis-

35 Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 193-230.

36 Zygmunt Bauman, *Globalização: as consequências humanas*, trad. Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 63-84.

37 Paul Hirst, *Globalização: mito ou realidade?*, in José Luís Fiori e outros. *Globalização – o fato e o mito*, Rio de Janeiro: Editora UERJ, p. 101-130.

tente na imposição de uma cobrança em modestos percentuais sobre operações financeiras de curto prazo. Contesta com vigor a retórica que tenta impor cortes na previdência social, redução de salários e flexibilização dos mercados de trabalho em nome da competitividade internacional, alertando para o risco que tais medidas impliquem até mesmo ao bom funcionamento do sistema capitalista, que exige altos níveis de consumo e uma grande classe média.

A globalização, vista de uma perspectiva que a associa ao receituário decorrente do chamado "consenso de Washington", a prestigiar e buscar a implementação de políticas neoliberais, fragiliza o Estado em sua missão como defensor e promotor dos direitos humanos, especialmente dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, já que tal tarefa revela-se impossível de ser realizada pelo absentismo estatal.

Portanto, o complexo processo de mudanças que envolve o conjunto de países e populações sob o signo da globalização afeta as dimensões política, econômica, social e cultural da vida moderna, causando reflexos que vão desde a maior facilidade para a comunicação interpessoal – o que pode ser percebido de maneira positiva – até a imposição de condutas econômicas pelos agentes financeiros mundiais – o que acentua o déficit democrático do processo decisório e merece uma percepção negativa.

Até em função de seu protagonismo secular, o Estado-nação não passa incólume ao turbilhão do globalismo, o qual afeta seu raio de ação, impõe outros referenciais e demanda uma nova estratégia para o êxito no intrincado jogo mundial.

Se é possível concluir, em aparente sintonia com Lewandowski, que o Estado continua detentor de seus atributos tradicionalmente fundamentais – soberania, povo, território e finalidade –, é igualmente certo que eles não se afiguram absolutos nem herméticos, mas se articulam com a maleabilidade já típica da modernidade líquida, na expressão de Bauman.

A hipótese de quase supressão do Estado, possível de ser vislumbrada como ideal almejável por uma visão ultraliberal,

não prospera, como tampouco parece razoável acreditar no fim do Estado. Já em 1997, relatório do Banco Mundial mencionado por Gilberto Dupas<sup>38</sup> rechaça o Estado mínimo e defende um Estado atuante e reformulado, distante de funções provedoras e próximo de atividades reguladoras e indutoras de políticas.

Trata-se da necessidade de uma revisão das funções tradicionais do Estado-nação, que pode assimilar um novo papel a fim de buscar um posicionamento estratégico adequado ao atual estágio da globalização e de fazer frente aos desafios de superação da pobreza e geração de emprego.

A construção dessa nova conformação do Estado-nação não pode ser pautada por fórmulas difundidas por países e instituições a serviço da preservação de posições privilegiadas de ricas elites instaladas em alguns pontos no hemisfério norte. Precisa ser o resultado de um processo democrático de formulação de um novo contrato social, capaz de reposicionar o Estado ante o estágio atual da globalização, de modo a permitir eficaz enfrentamento e possível superação dos problemas da modernidade.

Verifica-se, nesse sentido, que a regionalização pode ser uma estratégia de inserção ativa do Estado no processo de globalização, pois não serão as forças globais dos mercados financeiros que se preocuparão com as soluções necessárias aos graves paradoxos do modelo hegemônico vigente, que solapam o bem-estar e a cidadania de imensos contingentes populacionais.

A desigualdade e a exclusão social, chagas abertas do mundo moderno, continuam a demandar a atuação estatal, na tentativa de propiciar um desenvolvimento econômico e humano mais equânime e justo. E para que a crise do contrato social, apontada por Boaventura, não resulte no retrocesso ao estado de natureza hobbesiano em escala global.

38 Gilberto Dupas, *Economia global e exclusão social*, São Paulo: Paz e Terra, p. 88.

### 1.3. Estado de Direito para impedir abusos contrários à democracia

A definição de novos contornos ao Estado, em decorrência dos fatores antes apontados, pode ser mais bem realizada se forem acentuados os traços característicos da conformação estatal que, juridicamente consolidados, devem permanecer presentes e fortalecidos, a fim de assegurar o respeito aos direitos humanos e a vigência da democracia.

O conceito de Estado de Direito, portanto, precisa ser adequadamente apreendido e preservado, pois tal regime implica a submissão dos órgãos públicos a um sistema em que o exercício do poder está regulado pela ordem jurídica em vigor, a qual prevê mecanismos contra possíveis abusos, em verdadeira sujeição da Administração ao Direito.

A construção da teoria do Estado de Direito, na lição de Jacques Chevallier<sup>39</sup>, edifica-se a partir da doutrina jurídica alemã da segunda metade do século XIX, com Von Mohl e Stahl, depois Gerber, Ihering, Laband e Jellinek, e é desenvolvida na França notadamente por Carré de Malberg, tendo por escopo o enquadramento e a limitação do poder do Estado por meio do Direito, e por fundamento a ideia de supremacia da lei.

A doutrina francesa, forjada numa tradição política e institucional específica, surge como produto histórico da luta contra o absolutismo monárquico, florescendo na Revolução do século XVIII. À época da Monarquia absoluta, o rei, que desde a França medieval tem seu poder submetido ao direito costumeiro, torna-se fonte essencial e única do direito. Este poder é duplamente limitado, de um lado pelo pequeno campo de aplicação das ordenanças reais diante dos muitos privilégios e franquias das ordens e corporações, e de outro lado pelo imperativo respeito às leis fundamentais do reino, verdadeira Constituição da Monarquia. A Revolução de 1789 busca reconstruir o sistema jurídico em bases inteiramente novas, situando a

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como ápice ontológico e hierárquico, seguida pela Constituição, cujo objeto é a garantia dos direitos civis e a separação dos poderes, vindo depois as leis, emanadas do Legislativo, para garantir o exercício dos direitos civis e naturais, e estando na base desta pirâmide normativa os atos emanados do Executivo. Tal é o quadro descrito por Chevallier.

Na concepção originária, como destaca a professora Odete Medauar<sup>40</sup>, o princípio da legalidade vinculava-se à separação de poderes e à oposição às práticas absolutistas, assemelhando-se à noção de Constituição presente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A relação entre Estado de Direito e Democracia é acentuada por Karl Larenz<sup>41</sup>, que se refere aos princípios atinentes à construção do Estado como um Estado de Direito, regulando o exercício do poder estatal de modo que impeça abusos contrários à democracia. O Estado de Direito deve observar especialmente o princípio fundamental de respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, bem como os princípios afetos à esfera da comunidade.

Larenz relaciona diversas concepções jurídico-filosóficas de Estado de Direito, claramente convergentes: para Platão, significa o Estado ser dominado não pelos homens, mas pelas leis da razão; para Aristóteles, a democracia deve ser dominada pela lei e não pelas massas; Kant igualmente advoga pelo primado da lei, considerando o Estado uma união de pessoas submetidas a leis jurídicas; em Hegel, o Estado Moral nada deixa ao arbítrio do monarca ou das autoridades, tudo devendo ocorrer de acordo com a lei. Apresenta, por fim, um conceito material de Estado de Direito, em esquema lógico que traça a vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário à lei e ao direito, estando a legislação

39 Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 137-138.

41 Karl Larenz. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Madri: Editorial Civitas, 1985, p. 151-166.

39 Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Paris: Montchrestien, 1992, p. 11-35.

submetida ao ordenamento constitucional e aos direitos fundamentais, observado sempre o princípio da dignidade humana.

Como princípios do Estado de Direito, aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>42</sup> os princípios da legalidade, da igualdade e da justiça, anotando que a submissão do Estado ao Direito vincula-se à limitação do poder por direitos individuais anteriores e superiores ao Estado, emanados da natureza humana, intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis, os quais encontram guarida na Constituição.

Sendo o Estado de Direito a forma constitucional em que o ordenamento jurídico tem hegemonia na regulação social, política e econômica da sociedade, assegurando a vigência de um sistema protetor da liberdade e da igualdade com base na lei positiva, vislumbra-se a estreita interdependência que ostenta em relação aos direitos fundamentais.

Sim, pois se no Estado de Direito o sistema jurídico se orienta no sentido do respeito e da promoção da pessoa humana, têm os direitos fundamentais função garantidora dos atributos essenciais dos cidadãos.

Tal interação implica aumento do nível de tutela dos direitos fundamentais tanto quanto mais intensa seja a funcionalidade do Estado de Direito, que, por sua vez, mais se consolida e definitivamente se implanta em função da maior vigência e efetividade dos direitos fundamentais. O fortalecimento de um acarreta o do outro.

Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>43</sup> bem destaca este nexos de interdependência entre Estado de Direito e direitos fundamentais, apontando ainda que a configuração em Estado liberal de Direito ou Estado social de Direito será definida consoante o alcance e o significado dos direitos fundamentais. Assim, a expansão dos

42 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 2. ed., *Estado de direito e Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14-37.

43 Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 6. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 17-47.

direitos fundamentais a partir da delimitação do exercício do poder político para a definição de um conjunto de valores e finalidades diretos da ação dos poderes públicos caracteriza a passagem do Estado liberal para o social de Direito.

Norberto Bobbio<sup>44</sup> considera que o governo das leis, em oposição à noção de governo dos homens, celebra o próprio triunfo da democracia, tida como um conjunto de regras para a solução pacífica dos conflitos, concluindo ser a democracia o governo das leis por excelência.

#### **1.4. Princípio da legalidade, império do governo das leis**

A noção de legalidade como regência necessária pela lei dos atos dos governantes e do funcionamento do aparato estatal, assim compreendida não apenas a regra escrita produzida ordinária e legislativamente, mas entendida como expressão de um ordenamento composto por princípios, valores e normas que se harmonizam juridicamente, vincula-se à ideia de Estado de Direito, a indicar a supremacia do direito como modo de garantir a existência de prerrogativas e garantias individuais e coletivas, estabelecendo a limitação do poder.

O tema atinente ao princípio da legalidade, central ao estudo do Direito Administrativo, relaciona-se à própria evolução histórica do pensamento jurídico-constitucional, na medida em que suas raízes nutrem-se no solo fertilizado pelas conquistas da liberdade ante a tirania, da justiça ante a opressão, erigindo-se a lei como expressão da vontade geral, diretriz e parâmetro das relações entre as pessoas (definindo os espaços da liberdade individual) e do Estado em relação aos cidadãos (assegurando as liberdades públicas).

Ainda no século XIX desenhou-se rígido perfil para a noção de legalidade, pioneiramente pela pena arguta de Guido Zano-

44 Norberto Bobbio, *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 171.

bini<sup>45</sup>, diferenciando-a em função do sujeito da ação: quando referido ao indivíduo particular, o princípio da legalidade significava aval para a possibilidade de fazer tudo que não fosse expressamente proibido, enquanto que, dirigido à Administração, queria o princípio da legalidade permitir que se fizesse apenas o que a lei expressamente consentisse.

Considerado o doutrinador que melhor enquadrou o princípio da legalidade, estabelecendo seus contornos conceituais e características essenciais, Charles Eisenmann<sup>46</sup> influenciou o direito público francês com uma construção teórica fundada na natureza da chamada relação de legalidade, a vincular a atividade administrativa à lei: um dos termos da aludida relação são os atos da Administração, e o outro pode ser a lei em sentido estrito ou o conjunto das normas constitucionais, leis ordinárias, regulamentos, tratados internacionais, usos, costumes e normas jurisprudenciais. Advoga pela noção mais estreita, segundo a qual a Administração deve respeitar as normas criadas pelo legislador, ou seja, as leis, justificando a posição com argumentos de natureza histórica (publicistas liberais do século XIX na França e na Alemanha lutaram pelo princípio da legalidade e pelo Estado de Direito em tal sentido) e com fundamentos de ordem conceitual (o direito jurisprudencial e o direito costumeiro seriam originariamente opostos à lei como direito legislado).

Eisenmann traça um campo de graduação da intensidade de aplicação do princípio da legalidade, que varia desde uma noção mínima - relação de compatibilidade, sendo possível à Administração fazer tudo que a lei não proíba - até a noção máxima - relação de conformidade, permitindo à Administração fazer apenas o que a lei expressamente preveja e permita. São apresentados quatro aspectos da relação de legalidade, o último deles considerado inaplicável: compatibilidade, segundo o qual é lícito

à Administração fazer tudo o que não seja contrário a dispositivo legal; legalidade formal<sup>47</sup> ou habilitação, impõe a necessidade de base legal atributiva de competência específica para o exercício do ato; conformidade ou legalidade substancial, estipula previsão absoluta da ação concreta da Administração conforme modelagem legal, a lei moldando diretamente o conteúdo do ato; vinculação absoluta da Administração aos ditames legais, somente podendo ser praticado o ato previamente ordenado pela lei.

Salaverria<sup>48</sup> parece ecoar o quadro conceitual apontado, realçando a tricotomia das formas de relação entre um ato e um conjunto de normas que o disciplinam, apesar de utilizar indistintamente o termo conformidade. Tais são as maneiras de conformidade à Lei e ao Direito: o que resulta compatível com a Lei e o Direito, sendo conformidade sinônimo de compatibilidade, e o princípio da legalidade se erige como limite negativo para a ação dos poderes públicos, sendo permitido tudo o que não proibem a Lei e o Direito; o expressamente autorizado pela Lei e pelo Direito, sendo conforme o que está expressamente previsto, e o princípio da legalidade se constitui em limite positivo para a ação dos poderes públicos, sendo proibido o que não estiver autorizado; o predeterminado pela Lei e pelo Direito, sendo conforme o ato que tiver forma e/ou conteúdo predeterminados, podendo haver conformidade material (objeto e conteúdo do ato) e conformidade formal (externo e procedimental).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>49</sup> aponta correspondência entre o conceito de legalidade e uma ordem de referência de

47 Deve-se anotar que os termos legalidade formal e substancial são empregados por José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 33-55.

48 Juan Igartua Salaverria, Princípio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo* n. 92, Madrid, 1996, p. 21-23.

49 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5-9.

45 Guido Zanobini, *L'attività Amministrativa e la Legge*, in *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Milão: Giuffrè, 1955, p. 203-218.

46 Charles Eisenmann, O direito administrativo e o princípio da legalidade, *Revista de Direito Administrativo* n. 56, abr./jun. 1989, p. 47-70.

natureza ético-jurídica, vindo-a como qualidade do produto do poder para o Direito.

O valor, o conteúdo e o âmbito do princípio da legalidade, como bem realça Sérvulo Correia, dependem da estrutura de cada ordenamento jurídico pátrio, do conjunto dos princípios basilares da Constituição, sendo dinâmica a definição do seu conceito. Apoiá-se, como traço comum, nas ideias-força ou nos princípios da garantia dos direitos e liberdades (sinónimo de Estado de Direito), da separação de poderes e da soberania popular.

A limitação e o controle do poder foram os primeiros propósitos informadores da noção de Estado de Direito, tal como encontrado na clássica doutrina de Montesquieu e na maior parte das Constituições liberais do século XIX, bem como nas Constituições contemporâneas dos Estados Democráticos, apon-tando sempre para a distinção de três funções estatais: legislati-va, administrativa e judicial.

Karl Larenz<sup>50</sup> realça a imprescindível vinculação ao Direito de todos os órgãos do Estado como peça nuclear do Estado de Direito, voltando-se tal postulado principalmente ao Poder Exe-cutivo, vez que a Administração é vista como a que intervém com mais força na esfera vital dos cidadãos.

Para além da mera vinculação negativa da Administração ao ordenamento, proclamada já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 5º, Domingo Sesin<sup>51</sup> defende a vinculação positiva da Administração ao ordenamen-to jurídico, calcada numa ideia de legalidade em sentido amplo, considerando não só as normas jurídicas objetivas como também os princípios gerais de direito.

À limitação imposta pelo princípio da legalidade ao agir aleatório do Executivo acrescem-se o controle e a fiscalização

exercidos pelo Legislativo e pelo Judiciário, além do controle popular representado pelo voto direto da população, pela atuação independente da imprensa e por crescente número de organiza-ções não governamentais que brotam do solo fecundo da socie-dade civil.

Ao mesmo tempo que se desenvolvem mecanismos de con-tenção e regramento da ação do Estado, em especial do Poder Executivo, ampliam-se as demandas por sua atuação concreta, não mais bastando ao bem-estar da sociedade apenas a garantia da ordem pública e das liberdades individuais, fazendo-se ne-cessário que o aparato estatal propicie o atendimento às neces-sidades vitais dos integrantes da coletividade, por meio do acesso à saúde, educação, habitação, ao transporte, saneamento básico, não se afastando do Governo responsabilidades quanto ao desenvolvimento econômico, geração de emprego e renda, partilha da riqueza, redução de desigualdades.

Chamado de "motor da função política" por Jorge Xifra Heras<sup>52</sup>, o Governo, outrora detentor de competência meramen-te executória do quanto emanado do Parlamento, atualmente desempenha uma atividade que vai além do papel de simples executor de leis, expressando-se em algumas funções básicas, segundo o autor espanhol: uma política, relacionada à direção da política interna e exterior; legislativa, participando da potes-tade própria do Parlamento; e outra administrativa e executiva, voltada à direção da Administração civil e militar, ao exercício do poder regulamentar e da função executiva.

Diante da plethora de tarefas que recaem sobre o Executivo, não deve o princípio da legalidade ser visto como óbice intran-sponível para a atuação capaz de satisfazer as demandas sociais, mas como garantia de que tal ação ocorrerá dentro de balizas democraticamente erigidas, respeitando os preceitos constitu-

50 Karl Larenz, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Madri: Edi-torial Civitas, 1985, p. 151-166.

51 Domingo J. Sesin, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994, p. 1-11.

52 Jorge Xifra Heras, *El gobierno y la función política*, in *Gobierno y ad-ministración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, p. 1843-1851.

cionais e os ditames normativos específicos de cada seara da atuação administrativa, para que não sejam solapados princípios nem direitos fundamentais.

Percebe-se que, ao menos em uma primeira análise, a natureza característica do Poder Executivo comporta um aspecto considerado preponderantemente administrativo ao lado de outro marcado por maior acento político, aquele claramente identificado quando se emprega o termo Administração, e este, pelo uso da expressão Governo, ficando delimitadas duas funções componentes da missão institucional do aludido Poder: as governamentais e as administrativas. Na própria figura dos governantes coexistem tais papéis, um mais voltado para dentro da máquina pública – o de diretor-gestor – e o outro externamente focalizado – o de representação institucional do órgão.

Lembra a professora Odetete Medauar<sup>53</sup> os traços comumente utilizados para tentar distinguir as duas funções, associando Governo à tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, e Administração à realização de tarefas rotineiras de operação do aparato estatal, concluindo haver, na prática, uma inquestionável conjugação dos dois aspectos, político e burocrático, formando um conjunto integrado.

Logo se vê que não seria fácil nem razoável tentar desencilhar o traço administrativo do político para que pudesse a legalidade incidir apenas sobre aquele, e tampouco seria desejável tal hipótese, à luz da teoria do Estado de Direito e da vigência da democracia. O avanço das instituições jurídicas e políticas cairia por terra se os mecanismos de controle do poder e garantia de direitos pudessem ser colocados à margem das decisões mais importantes para a vida em sociedade.

Daí que as diversas roupagens que podem revestir os atos administrativos superiores e as decisões políticas – a reserva de lei, o poder regulamentar, as circunstâncias excepcionais, os atos

de governo e outros – precisam ser moldadas consoante o traço do pelo Estado de Direito, de acordo com o figurino do princípio da legalidade.

### **1.5. Ação do Estado e decisões políticas no marco da legalidade**

A reserva de lei aparece como decorrência sistêmica do princípio da legalidade, possuindo características tecnicamente delineadas que procuram definir as situações que somente comportam regulação mediante lei votada pelo Parlamento, ficando vedada em tais hipóteses outra fonte de direito a intervir nas matérias reservadas, obstando a ação normativa do Executivo.

A partir de uma perspectiva constitucional por excelência, o insigne jurista português Canotilho<sup>54</sup> aponta a existência de reserva de lei sempre que a Constituição preserve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei somente, dependendo sua amplitude da ordem constitucional vigente. O princípio da legalidade da Administração implica o princípio da prevalência da lei e o princípio da reserva de lei, apontando para a vinculação jurídico-constitucional do Poder Executivo.

O fundamento da reserva de lei também repousa nos princípios do Estado de Direito, vista a lei como garantia do cidadão contra o Executivo e regra para a Administração, e no princípio democrático, segundo a noção clássica de lei como expressão do consentimento dos cidadãos.

O instituto da reserva de lei acentua o papel institucional do Legislativo ao conferir importância singular ao ato do Parlamento, e pode se diferenciar consoante a intensidade do vínculo, na distinção exposta pelo italiano Costantino Mortati<sup>55</sup>. Há reserva absoluta quando a lei disciplina de modo direto a maté-

54 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 798-803.

55 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9. ed., Pádua: Cedam, 1975, p. 340-345.

53 Odetete Medauar, *Direito administrativo moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 48-49.

ria reservada, sendo possível apenas o detalhamento necessário à sua execução, que deve ser "secundum legem"; reserva reforçada ocorre quando a lei prevê certo conteúdo que deve ser observado pela lei regulamentadora; e reserva relativa sempre que é deferida uma parte da disciplina normativa a fontes diversas da lei.

O professor José Afonso da Silva<sup>56</sup> entende o princípio da legalidade como a submissão e o respeito à lei, o que equivale à atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, implicando hierarquia, ao passo que a reserva de lei é tida como a determinação que a regulamentação de certas matérias seja feita necessariamente por lei formal, implicando competência. Em face da Constituição brasileira vigente, tem-se o princípio da legalidade quando o Legislativo detém poder amplo e geral, e o princípio da reserva legal sempre que o texto constitucional reservar conteúdo específico, caso a caso, à lei.

Sob a ótica da teoria da separação dos poderes, é possível vislumbrar que a reserva de lei se refere à prerrogativa institucional do Poder Legislativo, enquanto a discricionariedade insere-se na órbita de atuação do Poder Executivo.

Pouco valor teriam a formatação historicamente construída e a própria conceituação do princípio da legalidade se prevalecesse entendimento capaz de configurar instituto jurídico que afastasse sua aplicação e efetividade; é a partir dessa perspectiva que se analisa a discricionariedade administrativa, cujo conceito tem grande importância à compreensão da atuação da Administração e das modalidades de funcionamento dos instrumentos de tutela jurisdicional colocados à disposição da defesa da cidadania.

Ricardo Villata<sup>57</sup> anota que, em sua origem, o ato discricionário representava uma esfera de atividade inteiramente reser-

56 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 400-409.

57 Ricardo Villata, in *Direito Administrativo*, 2. ed., obra coletiva, Bolonha, 1998, p. 1393-1404.

vada à Administração pública, subtraída de qualquer análise judicial, vindo com o passar do tempo a admissão de sua apreciação em juízo. Tradicionalmente contraposta à atividade vinculada, entendida como aquela em que o agir estatal resulta integralmente disciplinado, a atividade discricionária atribui liberdade para a autoridade operar conforme a lei, sempre devendo buscar o interesse público. Para que resulte do exercício deste poder a satisfação do interesse público primário, interesse típico preordenado na atribuição do poder.

A consonância necessária entre o princípio da legalidade e a discricionariedade aparece nitidamente na lição de Tomás-Ramón Fernández<sup>58</sup>, que coloca a eleição de oportunidades pela Administração como equivalente ao exercício de um poder discricionário que não existe à margem da lei, senão justamente em virtude da lei e na medida em que ela haja disposto.

Daí que a discricionariedade deva ser respaldada e justificada pelos dados objetivos sobre os quais opera, de modo a não configurar simples arbitrariedade, permitindo controle jurisdicional capaz de alterar a decisão incongruente ou discordante da realidade a que se aplicou. O uso do poder discricionário deve revelar coerência, razoabilidade e lógica entre a decisão administrativa e a situação concreta, decorrente da apreciação dos fatos feita pela Administração à luz do Direito aplicável - não só da lei, mas do ordenamento jurídico em sua plenitude.

A Administração, ainda segundo Fernández, exerce uma liberdade maior ou menor, mas sempre limitada pelo Direito, podendo escolher as soluções que lhe pareçam melhores, sendo cabível ao Judiciário apreciar, em caso de conflito, se a escolha efetuada encontra-se conforme os imperativos do Direito.

Tampouco deve ser visto no poder regulamentar, entendido como atributo do Executivo para editar normas jurídico-administrativas, fator derogatório do princípio da legalidade. Ao

58 Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 115-119.

contrário, o regulamento se insere na ordem jurídica precisamente para maior detalhamento de preceito legal, delineando sua concretização iminente, estando adstrito à legalidade.

Considerado uma das maneiras de exercício do poder normativo que decorre do ordenamento e se irradia aos poderes públicos de acordo com suas características essenciais, o poder de editar regulamentos insere-se no âmbito do Executivo, como espécie do poder normativo geral, sob o prisma lógico. Tal é a lição da professora Odete Medauar<sup>59</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>60</sup> também considera o poder regulamentar uma das formas de expressão do poder normativo, emanador de atos com efeitos gerais e abstratos.

Na visão do professor Eros Grau<sup>61</sup>, a função normativa encontra-se difusa no texto constitucional, sendo atribuído dos três Poderes, havendo matérias que só podem ser tratadas por lei – hipóteses chanceladas pela reserva legal, e matérias que podem ser objeto de regulamentos exarados pelo Executivo, sempre de acordo com a Constituição, advogando que o poder regulamentar não decorre de delegação de função legislativa. Assim, para o autor, no quadro integrado pelos regulamentos, o princípio da legalidade significa a admissão do exercício de potestade regulamentar prévia e normativamente atribuída ao Executivo. Apresenta a seguinte classificação: regulamentos executivos ou de execução, decorrentes de atribuição do exercício de função normativa explícita no texto constitucional, para o desenvolvimento da lei; regulamentos autorizados, que defluem de função normativa explícita em ato legislativo; regulamentos autônomos ou independentes, consequência de função norma-

tiva implícita no texto constitucional, para o desenvolvimento de sua tarefa administrativa.

Outra situação a ser abordada é a referente ao ato de governo, também chamado de ato de estado, ato político e questões políticas.

O ato de governo deve ser entendido como o ato político editado pela autoridade ou pelo órgão mais elevado do Poder Executivo, decorrente de execução direta da Constituição e gerador de consequências jurídicas externas, tendo como destinatários os outros poderes do Estado, outros Estados ou organismos internacionais. Na origem da teoria do ato de governo, o entendimento quanto à dimensão da liberdade do Executivo aparece bem descrito pela professora Odete Medauar<sup>62</sup>. Surgida na França em decorrência de decisões do Conselho de Estado que consolidaram o entendimento de que a natureza dos atos de governo era fator de subtração destes à apreciação contenciosa, a aludida teoria acabava por impedir o controle judicial. Para a respeitada administrativista brasileira, deve ser repudiada a concepção antiga de ato de governo como insuscetível de controle, vigorando a inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

Utilizando-se do termo ato político, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>63</sup> o insere no rol dos atos praticados no exercício da função administrativa, com o diferencial de sujeição a regime jurídico-constitucional, voltado a interesses superiores do Estado. Sua vocação elevada não afeta o necessário respeito aos direitos, havendo controle judicial em caso de violação de prerrogativas individuais ou coletivas.

René Chapus<sup>64</sup> considera que, diante de determinadas situações, há uma adaptação do princípio da legalidade às circuns-

59 Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 128-129.

60 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 87.

61 Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182-189.

62 Odete Medauar, Ato de governo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1993, p. 67-85.

63 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 175-176.

64 René Chapus, *Droit administratif général*, 15. ed., Paris: Editora Montchrestien, 2001, p. 1085-1090.

tâncias extraordinárias, o que permite à autoridade administrativa afastar-se das obrigações estritas estipuladas pelas regras que normalmente balizam sua ação. Fala em estado de sítio, estado de urgência, exceção de urgência e teoria das circunstâncias excepcionais, situações anormais que ensejam alargamento das possibilidades de pronta ação estatal e restrição de direitos individuais, considerando como premissa a impossibilidade de o Executivo agir conforme o princípio da legalidade.

No direito pátrio, Antonio Carlos de Araújo Cintra<sup>65</sup> aborda a teoria das circunstâncias excepcionais, exemplificando tais situações como calamidades públicas, guerra ou desordens sociais, hipóteses fáticas a admitir que a Administração pública pratique atos que escapam à legislação ordinária, mas que continuam submetidos a um direito especial, o chamado direito de crise, tido por uma exceção ao princípio da legalidade.

O argentino Domingo Sesin<sup>66</sup> enxerga, a partir de uma perspectiva prática, verdadeiras válvulas de escape da legalidade estrita, ilustrando a hipótese com os decretos de necessidade e urgência, além de mencionar a discricionariedade administrativa.

Todavia, ainda que se possa considerar que episódios marcados pela anormalidade suscitem atos administrativos que transbordam da lei normalmente aplicada, parece evidente que se extrapola, em tais situações, apenas uma legalidade estrita, escapando-se de dada esfera legal para imediatamente ingressar em outra esfera igualmente jurídica, concêntrica, mas de raio ampliado. Isso porque a Administração continua regida pelo direito também nas circunstâncias excepcionais – ainda que possa não se submeter a regras específicas outrora imperativas, certamente continua vinculada ao ordenamento jurídico, o qual via de regra prevê no próprio texto constitucional tais hipóteses, delineando seus contornos normativos.

65 Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo: 1978, p. 62-63.

66 Domingo J. Sesin, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 1-11.

A arbitrariedade e a adoção de critérios exclusivamente subjetivos não poderiam ser a tônica dos atos de maior relevo jurídico e político. As decisões políticas, tanto no tocante às relações exteriores, na priorização de determinadas políticas públicas ou em relação a outras questões, devem ser tomadas não como meros desdobramentos de leis ordinárias específicas, mas como escolhas feitas no quadro legal firmado pelo ordenamento jurídico em vista dos interesses primeiros dos cidadãos, verificando-se a aplicação do princípio da legalidade como observância da conformidade ao direito.

Se as decisões políticas assentam-se na legitimidade do Chefe do Executivo, eleito majoritariamente, daí advindo imensa força política, é certo que tal poder encontra limites, pois, como bem apontou Bobbio<sup>67</sup>, a legitimidade interessa mais ao soberano (ou governante), sendo o fundamento do seu direito de mando, enquanto a legalidade estabelece os seus deveres; para o súdito (ou cidadão), a legitimidade fundamenta seu dever de obediência, interessando mais a legalidade, como garantia de seu direito de não ser oprimido.

## 1.6. Conclusão do capítulo

O Estado vem sendo o principal protagonista institucional dos últimos séculos, resistindo mesmo àqueles modelos político-econômicos que se propunham a exterminá-lo, decorrendo da definição de seu modelo, submetida sempre ao influxo do momento histórico e da vontade nacional, à dimensão assecuratória dos direitos humanos e à extensão de sua responsabilidade perante a cidadania.

Consagrada a fórmula inicial de definição do Estado moderno, compreendida pela noção de Estado como ente político capaz de assegurar a vigência da ordem jurídica para a realização do bem comum, cuja soberania abrange determinado território

67 Norberto Bobbio, *Stati per una teoria generale del diritto*, Turim: Giapichelli Editore, 1970, p. 79-93.

ocupado por certo povo, outros aportes conceituais foram posterior e paulatinamente incorporados em função da evolução histórico-sociológica, bem como por força das diferentes visões filosóficas, culturais e políticas que sobre ela incidiram e continuam a incidir.

Se o Estado contemporâneo identifica-se com uma sociedade política concreta – o Estado moderno ocidental, como afirma Nina Ranieri<sup>68</sup> –, então seus atributos indispensáveis encontram-se na tríade soberania, povo e território, extraída a partir dos tratados que encerraram o centenário ciclo de guerras religiosas europeias com a Paz de Westphalia. Seu conceito é lapidar: “O Estado é sociedade política, juridicamente organizada para a realização de fins determinados pelos indivíduos que o integram e dos quais deriva o seu poder, poder instrumental destinado à realização daqueles mesmos fins”.

Apesar de todas as distintas conformações assumidas pelo Estado ao longo destes três séculos e meio, as notas fundamentais caracterizadoras de sua natureza permaneceram basicamente as mesmas, conferindo permanência ao modelo de organização política que, tendo sobrevivido até os dias atuais, é agora colocado em xeque, na visão de muitos analistas, em função da globalização.

O protagonismo presente e pretérito do Estado, como à evidência se constata, deve permanecer como conceito central à organização política da sociedade também no futuro, pois, apesar do novo panorama em que não mais atua como agente onipotente e solitário, mantém-se como elemento de confluência da ação de todos os demais entes existentes, o que justifica a conclusão de Massimo Giannini<sup>69</sup>, segundo a qual os Estados são entes centrais nos ordenamentos em que operam, embora cada

68 Nina Beatriz Stocco Ranieri, *Estado e nação: novas relações?, Política Externa*, São Paulo, v. 13, n. 1, 2004, p. 29-38.

69 Massimo S. Giannini, *La denominada crisis del Estado*, trad. Luis Ortega e Carmen Chinchilla, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, curso 1987-1988, Madrid, 1988, p. 9-19.

vez estejam mais mediados pelas instâncias internacionais e supraestatais.

Há mudanças em relação a alguns papéis estatais, mas não em todas as suas características constitutivas essenciais, a fim de ser preservado o sistema de limitação do poder calcado nas noções de Estado de Direito e de princípio da legalidade, as quais permanecem atuais e necessárias à convivência democrática.

A essência do Estado de Direito pode ser sintetizada, consoante Nina Ranieri<sup>70</sup>, em dois pressupostos, um formal – a ideia de legalidade a revestir a atividade estatal, e outro material – consistente na noção de realização da justiça como finalidade primeira do poder estatal, configurando um conceito jurídico, mas especialmente um instrumento político, utilizado na luta contra o Estado centralizador.

Bobbio<sup>71</sup> distingue o Estado de Direito em sentido forte, decorrente da doutrina liberal clássica, daquele em sentido fraco, como apenas não despótico, dirigido pelas leis e não pelos homens, e em sentido fraquíssimo, que seria o modelo do positivismo kelseniano, de um Estado legal por conformidade ao ordenamento jurídico formal. O Estado de Direito depositário do liberalismo caracteriza-se por contemplar os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário, abusivo, ilegal ou ilegítimo do poder, principalmente por meio do controle do Poder Executivo pelo Legislativo, deste por um tribunal zeloso pela constitucionalidade das leis, por uma relativa autonomia dos governos locais em relação ao federal e pelo funcionamento da magistratura com independência.

70 Nina Beatriz Stocco Ranieri, *Do Estado liberal ao Estado contemporâneo. Processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica*, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, 2001, p. 135-161.

71 Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, 6. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17-25.

"Não há, em suma, Estado de Direito como mera estrutura formal, circunscrita à problemática da liberdade, porquanto há imperativos éticos exigidos também pelo princípio de igualdade, do qual a *caridade social* é uma projeção natural inevitável", segundo Miguel Reale<sup>72</sup>.

O princípio da legalidade, como se pôde analisar, encontra sua força conceitual nas bases sólidas da teoria do Estado de Direito, desempenhando uma função cara à democracia ao contribuir para a efetividade da separação de poderes e para a garantia da cidadania na dialética liberdade-autoridade, estabelecida entre o cidadão e o Estado.

O poder regulamentar, a discricionariedade administrativa e os atos de governo exemplificam alguns atributos e papéis dispostos pela ordem jurídica na alçada do Poder Executivo, havendo vinculação ao princípio da legalidade no sentido de conformidade ao direito. A reserva legal impõe óbice ao impulso normativo que não seja o promovido pelo Poder Legislativo, assegurando a primazia da norma legislada para a regulação de determinadas questões. Em qualquer hipótese, mesmo considerada excepcional, havendo violação ao princípio da legalidade em sentido amplo e a consequente lesão a direito, caberá recurso ao Poder Judiciário para restabelecimento da ordem jurídica. As decisões políticas, portanto, não derrogam o princípio da legalidade, encontrando-se a ação do governante-administrador subordinada aos imperativos do direito.

Assim, a plena vigência do Estado de Direito e do princípio da legalidade, ao lado de outras formas consolidadas de limitação do poder político, tais como a separação de poderes e o constitucionalismo, interessam vivamente à sociedade contemporânea, que busca o desenvolvimento com liberdade, igualdade e justiça social.

72 Miguel Reale, *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*, 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

## 2. GARANTIAS DOS CIDADÃOS: RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DIREITOS HUMANOS

### 2.1. Responsabilidade do Estado, em crescente evolução

O Estado de Direito e a vigência do princípio da legalidade, ao mesmo tempo que limitam o exercício do poder, tornam impossível a responsabilização estatal sempre que houver dano em decorrência da violação da ordem jurídica por qualquer agente ou órgão público. Se o Estado não estivesse obrigado a reparar os males por ele causados, os postulados do Estado de Direito não teriam consequência prática na vida dos cidadãos, e o princípio da legalidade seria mera ficção jurídica.

A noção de que o Estado é responsável por seus atos e omissões, devendo reparar aos que foram lesados por sua causa, talvez seja o aspecto mais concreto e sensível da efetividade de sua submissão à lei.

A origem da palavra "responsabilidade" remonta ao latim *spondeo/respondere*, significando responder a alguma coisa, apontando a necessidade de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Representa a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro - *neminem laedere*.

E muitas são as oportunidades em que a reparação ou a indenização a cargo do poder público se impõem, devido à multiplicidade de atividades, medidas e funções que lhe são atribuídas pelo ordenamento constitucional, pois é certo que, quanto mais presente esteja nas diversas circunstâncias da vida em sociedade, maior será a possibilidade de falhar no desempenho de suas tarefas.