

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DAS LIBERDADES PÚBLICAS CONTRA ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE DA NOVA CONSTITUIÇÃO

JOSÉ GUILHERME DE SOUZA
Juiz de Direito
Mestre em Direito - CPGD/UFSC

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é a síntese de um **paper** apresentado à disciplina **Atividade Jurídico-Administrativa do Estado Contemporâneo**, ministrada em 89.1.

A escolha recaiu sobre o tema

"Os direitos e garantias fundamentais na nova Constituição Federal e suas conexões com a atividade jurídico-administrativas do Estado brasileiro contemporâneo".

Considerando a escolha do título do **paper**, é possível predicar a existência de uma carga simbólica, ou signíca, ou referencial semântico, correlacionando/imbricando tema e título. A diferença entre ambos situa-se no nível do recorte, o que possibilita a abordagem do tema nos parâmetros metodológicos impostos.

O referente se biparte: a Administração Pública Brasileira é o objeto; são objetivos os enfoques da nova Constituição e da teoria jurídico-administrativa contemporânea.

Este referente será aplicado ao tema, limitado pelo referencial semântico, por sua vez imbricado aos conceitos operacionais.

O método considerado apto à instrumentação do tema é o dedutivo/indutivo, privilegiando-se a discussão como técnica de abordagem do conteúdo.

2. DISCUSSÃO

2.1. PODER JUDICIÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1.1. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por opção metodológica, resolvi apropriar o seguinte conceito operacional (COP) de Administração Pública, de autoria de José CRETELLA JÚNIOR: *"É a atividade que o Estado desenvolve mediante atos concretos e executórios para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos diferentes fins públicos"*¹.

Considerado este COP, deve necessariamente correlacionar-se com ele o elenco dos princípios informadores da atividade da Administração Pública, integrados ao art. 37 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988: são eles os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, além dos que a Lei Magna alinha nos 21 incisos do mesmo dispositivo, subordinados à gradação maior do **caput** do artigo.

Mas a Administração Pública não é somente o Poder Executivo; esta concepção, conquanto clássica, já se pode considerar ultrapassada pela dinamicidade da sociedade e do direito, respec-

tivamente matriz e parâmetro do Estado.

Por conseguinte, a indagação sobre se o Poder Executivo deve ser necessariamente o epicentro da Administração Pública, precisaria a resposta ser fornecida com o uso de três indispensáveis "sismógrafos": a Constituição Federal, a teoria jurídico-administrativa contemporânea e a realidade atual. À luz destes operadores, a resposta deverá ser negativa, como se verá a seguir.

2.1.2. ESTADO-ADMINISTRAÇÃO E ESTADO-JURISDIÇÃO

Para justificar esta resposta negativa, deve falar-se, primeiramente, em Estado-jurisdição ora contraposto, ora paralelo ao Estado-administração.

Da doutrina clássica do Estado dirigido pela administração Pública, e desta corporificada no Poder Executivo, passamos à concepção, hoje aceita em praticamente todos os Estados contemporâneos, do Estado integrado pela Administração Pública, e desta composta, constitucionalmente, pelos três poderes, aos quais ela pertence.

O Estado-jurisdição é, pois, o Poder Judiciário no exercício, quer da Administração Pública propriamente dita, quer da administração da justiça.

E quando sustento que o Estado-jurisdição ora se contra-põe, ora se paraleliza ao Estado-administração, tenho em mente, não só o princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes, mas também o sistema constitucional dos **checks and**

balances, pelos quais se instrumentaliza o princípio montesquieuniano de que **seule le pouvoir arrete le pouvoir**.

Assim, a partir do princípio de que a Administração Pública é dos três poderes, conclui-se que ela atravessa o Poder Judiciário permanentemente, legitimando suas intervenções no plano global da Administração Pública, porque, em sentido amplo, Poder Judiciário = Administração Pública.

Esta intervenção ocorre quando a Administração Pública, em qualquer de suas manifestações a partir da base triádica, cerceia ou anula o exercício de um direito individual, lesionando o próprio Direito.

Entre estes direitos estão os direitos e garantias fundamentais, destacando-se, no âmbito destes, as chamadas "*liberdades públicas*".

2.2. LIBERDADES PÚBLICAS

2.2.1. CONCEITO DE LIBERDADES PÚBLICAS

À luz do que foi dito sob 2.1.2., idêntico posicionamento cabe para o conceito de liberdades públicas. Ou seja, o conceito para o sub-tema deve ser um conceito operacional (COP), necessariamente vinculado ao referente.

Assim, pode admitir-se como um COP para liberdades públicas o seguinte: "*São direitos/prerrogativas, jurisdicionalmente protegidos, exercíveis pelo indivíduo em função de suas atividades e em face do Estado, que deve abster-se de embaraçá-los fora*

dos limites de ameaças à sua soberania” .

Também este COP deve admitir que com ele se correlacione o rol dos princípios fundamentais informadores da atividade da Administração Pública, quais sejam, os constantes do art. 37 e seus incisos da Constituição Federal, conforme consta no item 2.1.1.

2.2.2. **CLASSIFICAÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS**

Em primeira mão, liberdades públicas são apenas aquelas constitucionalmente declaradas. Em sentido amplo, porém, consideram-se como tais as reconhecidas e garantidas pela lei.

Vários autores, ao tratar deste tema, têm-se ocupado de sua classificação. Vicente **GRECO FILHO**, em visão panorâmica, dividiu os direitos e garantias em três espécies, dentro das quais se subsumem as liberdades públicas propriamente ditas: são os direitos materiais, as garantias formais e as garantias instrumentais. Excluindo, de plano, os direitos políticos e os direitos sociais, diz ele que direitos materiais são os diretamente outorgados pelo texto constitucional; garantias formais são aquelas que asseguram a ordem jurídica e evitam o arbítrio; e garantias instrumentais as disposições que visam a assegurar a efetividade dos dois primeiros. Como exemplo destes, teríamos a liberdade de consciência e a de manifestações do pensamento; das segundas, os princípios da legalidade e da isonomia; e da terceira, a ampla defesa, o contraditório, etc., além dos institutos do mandado de segurança, do habeas corpus, etc.²

Citem-se, ainda, os autores arrolados por **CRETELLA JÚNIOR**, tais como **ESMEIN, DUGUIT, HAURIU, MORANGE, COLLIARD**. Abstenho-me de minudenciar-lhes as classificações, por razões metodológicas e para não ser fastidioso. Cito, apenas, a contribuição de cada um: **ESMEIN** (liberdades de conteúdo material e de conteúdo espiritual); **DUGUIT** (liberdades positivas e negativas); **HAURIU** (liberdades do **status libertatis**, espirituais e os direitos criadores de instituições sociais); **MORANGE** e **COLLIARD** (liberdades fundamentais do pensamento e liberdades econômicas)³.

Fico, todavia, com a classificação do próprio **CRETELLA JÚNIOR**, na obra citada⁴: as liberdades públicas dividem-se, segundo ele, em liberdades da pessoa física, da pessoa espiritual e da pessoa social.

2.2.3. AS LIBERDADES PÚBLICAS NA NOVA CONSTITUIÇÃO

Partindo da classificação preconizada por **CRETELLA JÚNIOR**, podem tabular-se as liberdades públicas na nova CF da seguinte forma, a teor do rol do art. 59 do texto básico:

2.2.3.1. LIBERDADES DA PESSOA FÍSICA

a) ampla defesa	LV, VLII
b) correspondência	XII
c) domicílio	XI
d) locomoção	XV
e) telefone/telégrafo	XII

f) incolumidade	III - XLIX
g) privacidade/imagem moral	X
h) devido processo legal	LIV
i) consumidor	XXXII

2.2.3.2. **LIBERDADES DA PESSOA ESPIRITUAL**

a) associação	XVII/XXI
b) consciência	VI
c) convicção filosófica	VIII
d) convicção política	VIII
e) culto religioso	VI/VIII
f) direito de resposta	V
g) manifestação do pensamento	IV - LII
h) petição	XXXIV, a
i) prestação de informação	XIV - XXXIII
XXXIV, b	
j) reunião	XVI
k) atividades intelectual, artística, científica e de comunicação	IX-XXVII-XXIX

2.2.3.3. **LIBERDADES DA PESSOA SOCIAL**

a) propriedade	XXII/XXVI
b) sindicalização	art. 89
c) trabalho	XIII

2.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, LIBERDADES PÚBLICAS E PODER JUDICIÁRIO

2.3.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA X LIBERDADES PÚBLICAS: EXERCÍCIOS CONTRAPOSTOS

Do próprio conceito de liberdades públicas, como direi-tos/prerrogativas exercíveis pelo indivíduo em face do Estado, aduz-se que há uma confrontação ou contraposição entre o exercí-cio dessas liberdades e o exercício da atividade da Administração Pública.

Enquanto as liberdades públicas são oponíveis ao Estado pelo indivíduo que delas é titular, exige-se uma atitude ou ativi-dade negativa do Estado, no sentido de não tolher ou embaraçar o seu livre exercí-cio, sob pena de anulação do exercício do direi-to, ou até do perecimento do próprio direito.

Por outro lado, parece evidente que as ativida-des do Es-tado e da própria Administração Pública, atravessando os três po-deres, precisam exercer-se em função de um escopo maior voltado para a manutenção do Estado e de suas instituições e, em última análi-se, para a preservação da própria sociedade, o que pode re-sultar, e às vezes resultará, em conflito com os direitos e garan-tias fundamentais e com as liber-dades públicas propriamente ditas, neles inseridas.

Neste caso, há que observar, por parte do Esta-do, o ne-cessário e justo limite para o exercício de suas atividades gerais ou específicas, de modo a que se possa estabelecer, em cada caso analisado, que aquele exercício se deu em atendimento aos pressu-

postos conceituais contidos no COP trabalhado em 2.2.1.

Agustín **A. GORDILLO** destaca que um dos pilares essenciais da temática do Direito Administrativo reside nos limites da atividade administrativa e, dentro desta, na proteção do administrado contra o exercício irregular ou abusivo da função administrativa. Acrescenta que é importante destacar que o problema central desta matéria é não apenas a Administração Pública, porém igualmente a contraposição de suas atividades frente aos direitos individuais dos administradores. Seu raciocínio induz a que se predique para o exercício da Administração Pública uma busca consciente e constante de um equilíbrio razoável entre o indivíduo e o Estado⁵.

2.3.2. **A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DAS LIBERDADES PÚBLICAS**

Dentro deste enfoque, ou seja, da proteção jurisdicional das liberdades públicas, a atividade da Administração Pública, exercível por qualquer um dos poderes constituídos, deve ser ubicada no contexto mencionado ao final do item 2.3.1., isto é, do razoável equilíbrio entre o indivíduo e o Estado; só que aqui, acionadas as defesas judiciais destinadas à proteção daquelas liberdades, o equilíbrio a buscar já não será o profilático, e sim, o terapêutico, em face da ruptura promovida pela Administração na esfera dos direitos individuais.

De novo à baila a lição de **GORDILLO**, para quem a função do juiz é a de fazer respeitar a Constituição sobre e apesar do

legislador e do administrador, pois as disposições constitucionais estabelecidas em garantia da vida, da liberdade e da propriedade dos habitantes do país, constituem na realidade restrições estabelecidas principalmente contra o que ele chama de "extralimitações dos poderes públicos"⁶.

E prossegue, enfaticamente: "*No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los administrados contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa*"⁷.

Parece-me que isto não é fundamentalmente diferente do **que pensa Prosper WEIL**: "*Por outro lado, admite-se tradicionalmente que a autoridade judicial é o natural guardião da propriedade privada e da liberdade individual*"⁷.

Sinteticamente, pois, pode afirmar-se que a proteção jurisdicional das liberdades públicas, contra atos da Administração Pública que as lesionem, é encontrada, no caso específico brasileiro, na própria Constituição Federal, num primeiro momento, e no recurso aos mais variados tipos e modalidades de ações judiciais, na natureza civil, penal e administrativa, entre aquelas elencadas pela legislação material e processual, codificada ou não, convencional ou extravagante, já num segundo momento.

Entre as que fazem parte do **script** constitucional, valem ser mencionadas, pela sua importância, o **habeas corpus**, o mandado de segurança, figuras já tradicionais, bem como o **habeas data** e o mandado de injunção, estas últimas criadas pelo legislador constituinte para suprir evidentes lacunas no terreno da proteção jurisdicional das liberdades públicas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que foi exposto, transparece, já a um primeiro e superficial exame, que o problema da proteção juris-dicional das liberdades públicas não se exaure nem se esgota nesta perfunctória abordagem, cujos limites metodológicos devem ser reconhecidos .

À evidência, outrossim, tampouco o exaurem enfoques par-cializados e específicos; em outras palavras, tornam-se necessá-rios, até imprescindíveis, análises globalizadas da temática, ã luz da teoria jurldico-administrativa contemporânea, e a incidên-cia de uma interdisciplinarietà que permita ao pesquisador trabalhar com o referente dado utilizando-se dos aportes teóricos e da praxis contidos no Direito Administrativo, no Direito Consti-tucional, do Direito Proces-sual, etc.

Tal como abordado neste texto, o Poder Executivo, um dos integrantes da Administração Pública, e o que mais experimenta o seu atravessamento, aparece no duplo papel de agente e paciente da Administração Pública.

Como agente, ele instrumentaliza e operacionaliza as múltiplas funções que, em princípio, e no geral, cabem ã esfera ad-ministrativa do Estado, perpassando-as, concomitantemente, aos de-mais poderes constitucionais.

Como paciente, ele sofre os resultados do exercício, pe-los outros poderes, do controle de seus atos na esfera administra-tiva, com a peculiaridade de que, no que toca ao Poder Judiciário, este controle tem a qualidade potencial de ser, e/ou de tornar-se,

mais eficiente e eficaz na medida em que um **modus** de atravessamento referido à Administração Pública o perpassa enquanto instituição/poder, introjetando-se em cada um dos seus membros.

Neste contexto, já afirmava Prosper **WEIL**, a partir de uma lúcida análise interdisciplinar; *"Hoje, dissipou-se o receio de ver os tribunais judiciais 'perturbar as operações dos entes administrativos' e o princípio de separação perdeu o seu caráter agressivo relativamente aos tribunais judiciais. A submissão ao direito privado de uma parte cada vez maior da actividade administrativa levou, em virtude do princípio da ligação da competência ao fundo, à restituição aos tribunais judiciais de uma parte importante do controle jurisdicional da actividade. administrativa"*⁹ .

Mutatis mutandis, em função de realidades nacionais dis-pares, pode afirmar-se que atualmente não é possível, ainda, pre-dicar como de correta aplicação ao caso brasileiro este abalizado enfoque do famoso administrativista francês, admitido ele, toda-via, como saudável prescrição para uma realidade futura.

4. NOTAS EXPLICATIVAS

- 1 - CRETELLA JÚNIOR, José . **Dicionário de direito administrativo.**
- 2 - GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.**
- 3 - CRETELLA JÚNIOR, José. Curso... p.25-30.
- 4 - _____. Op. cit. , p.1.
- 5 - GORDILLO, Agustín A. **Tratado de derecho administrativo.** p.IV-14-5.

- 6 - _____. Op. cit., p. IV-17.
- 7 - _____. Op. cit., p. IV-18.
- 8 - WEIL, Prosper. **O direito administrativo**, p.157.
- 9 - _____. Op. cit., p.127.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva, 1988. vol. 1
- 2 - BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988: Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. 82p.
- 3 - CONVERGÊNCIA; coletânea de sugestões quanto à produção acadêmica. Florianópolis, nº 4, out. 1987. 49p.
- 4 - CRETELLA JONIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. 555p.
- 5 - . **Curso de liberdades públicas**. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 205p.
- 6 - GORDILLO, Agustin A. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires, Macchi, 1974. t. 1.
- 7 - GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo, Saraiva, 1989. 202p.
- 8 - MEIRELLES, Haly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973. 623p.
- 9 - MORANGE, Jean. **Les libertés publiques**. Paris, Presses Universitaires de France, 1979. 125p.

- 10 - RIVERO, Jean. **Les libertés publiques.** Paris, Presses Universitaires de France, 1979. 125p.
- 11 - WEIL, Prosper. **O direito administrativo.** Trad. de M^a da Glória Ferreira Pinto. Coimbra, Almedina, 1977. 171p.