

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL  
DAS LIBERDADES PÚBLICAS  
CONTRA ATOS DA ADMINIS-  
TRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE  
DA NOVA CONSTITUIÇÃO

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-administrativa 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 **CRETILLA JÚNIOR**: "É a atividade que o Estado desenvolve mediante atos concretos e executórios para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos diferentes fins públicos"<sup>1</sup>.

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, à 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 contrapõe, 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 montesquieuiano de que **seule le pouvoir arrête 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 embarcá-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, divide 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.<sup>2</sup>

Citem-se, ainda, os autores arrolados por **CRETELLA JÚNIOR**, tais como **ESMEIN**, **DUGUIT**, **HAURIUO**, **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); **HAURIUO** (liberdades do **status libertatis**, espirituais e os direitos criadores de instituições sociais); **MORANGE** e **COLLIARD** (liberdades fundamentais do pensamento e liberdades econômicas)<sup>3</sup>.

Fico, todavia, com a classificação do próprio **CRETELLA JÚNIOR**, na obra citada<sup>4</sup>: 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. 5º 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/telêgrafo ..... XII



## 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 direitos/prerrogativas exercíveis pelo indivíduo em face do Estado, aduz-se que há uma confrontação ou contraposição entre o exercício 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 atividade negativa do Estado, no sentido de não tolher ou embaraçar o seu livre exercício, sob pena de anulação do exercício do direito, ou até do perecimento do próprio direito.

Por outro lado, parece evidente que as atividades do Estado e da própria Administração Pública, atravessando os três poderes, precisam exercer-se em função de um escopo maior voltado para a manutenção do Estado e de suas instituições e, em última análise, para a preservação da própria sociedade, o que pode resultar, e às vezes resultará, em conflito com os direitos e garantias fundamentais e com as liberdades públicas propriamente ditas, neles inseridas.

Neste caso, há que observar, por parte do Estado, o necessário 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 Estado<sup>5</sup>.

### 2.3.2. A PROTEÇÃO JURISDICCIONAL DAS LIBERDADES PÚBLICAS

Dentro deste enfoque, ou seja, da proteção jurisdiccional das liberdades públicas, a atividade da Administração Pública, exercível por qualquer um dos poderes constituídos, deve ser ubi-cada 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"<sup>6</sup>.

E prossegue, enfaticamente: "No habraá 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"<sup>7</sup>.

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"<sup>8</sup>.

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 pelas 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 jurisdicional 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 parciais e específicos; em outras palavras, tornam-se necessários, até imprescindíveis, análises globalizadas da temática, à luz da teoria jurídico-administrativa contemporânea, e a incidência de uma interdisciplinariedade que permita ao pesquisador trabalhar com o referente dado utilizando-se dos aportes teóricos e da práxis contidos no Direito Administrativo, no Direito Constitucional, do Direito Processual, 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 à esfera administrativa do Estado, perpassando-as, concomitantemente, aos demais poderes constitucionais.

Como paciente, ele sofre os resultados do exercício, pelos outros poderes, do controle de seus atos na esfera administrativa, 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 de 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*"<sup>9</sup>.

**Mutatis mutandis**, em função de realidades nacionais dispares, 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, todavia, 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-

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 JÚNIOR, 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, Agustín 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<sup>ã</sup> da  
Glória Ferreira Pinto. Coimbra, Almedina, 1977. 171p.