

VERBA LEGIS

Constituição Política DO ESTADO DE GOYAZ

*(Edição especial contendo a consolidação a que se refere
o art. 4º. das Disposições Transitorias da Reforma
Constitucional de 13 de Julho de 1898, tirada por
ordem do Presidente da Camara dos Deputados)*

TITULO I

Disposições preliminares.

Art. 1º—O Estado de Goyaz faz parte da federação denominada *Republica dos Estados Unidos do Brazil*.

Art. 2º—O seu governo será representativo e a soberania popular no Estado se exercerá pelos poderes — legislativo, executivo e judiciario, independentes e harmonicos no exercicio de suas funcções.

Art. 3º—Os limites territoriaes do Estado de Goyaz não poderão ser alterados senão mediante consentimento de sua legislatura, pela fórma determinada na Constituição Federal.

Art. 4º—Será permittida a intervenção do poder federal nos negocios do Estado :

§ 1. Para impedir ou repellar invasão estrangeira, ou de outro Estado :

§ 2. Para garantir a fórma republicana federativa :

§ 3. Para restabelecer a ordem e a tranquillidade no Estado, á requisição do governo deste, e

§ 4. Para garantir a execução das leis do Congresso Nacional e das sentenças dos tribunaes federaes.

Art. 5º—A cidade de Goyaz continuará a ser a capital do Estado, emquanto outra cousa não deliberar o Congresso.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei n.º 9.504, 1997.

BRASIL. Lei n.º 12.034, 2009.

BRASIL. Resolução TSE n.º 22.154/2006.

BRASIL. Resolução TSE n.º 22.717/2008.

BRASIL. Resolução TSE n.º 23.218/2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar. - 9. ed. - Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2010.

BRASIL. Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 12/Jan/2011.

BRASIL. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12/Jan/2011.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral 5.ed./José Jairo Gomes. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral – 8ª edição/Marcos Ramayana – Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. - 10. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

O DEVIDO PROCESSO NO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: O CASO KADI VERSUS CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA



Bruno Moraes Faria Monteiro Belem¹

RESUMO

Yassin Abdullah Kadi foi reconhecido pelo Comitê de Sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas como pessoa suspeita de apoiar o terrorismo, motivo por que os Estados-Membros deveriam providenciar o congelamento dos seus fundos e outros recursos financeiros. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias anularam os atos restritivos aplicados ao requerente sob o fundamento de que o direito de defesa implica a obrigação da autoridade em causa de comunicar às pessoas e entidades afetadas, “na medida do possível”, os motivos da sua inclusão na lista de pessoas e entidades suspeitas de envolvimento com movimentos terroristas, a fim de permitir a estes o exercício, dentro de prazo razoável, do direito ao recurso. Este precedente revela, no âmbito da atividade administrativa internacional, o reconhecimento do princípio do devido processo também no círculo do direito administrativo global.

1. INTRODUÇÃO

A presente recensão destina-se a analisar, à luz do devido processo administrativo² ou devido processo administrativo equitativo, o caso Yassin Abdullah Kadi contra o Conselho da União Europeia e a Comissão das Comunidades Europeias³. A partir do exame dos fundamentos da decisão adotada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, perceber-se-á a relevância jurídica e prática da cláusula do devido processo no domínio do direito administrativo global.

A exposição será dividida em duas partes. A primeira parte é destinada a apresentar, de um lado, os fatos apurados no processo em que foi

¹Procurador do Estado de Goiás, Especialista em Direito Constitucional / UFG, Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas / Universidade de Lisboa, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-GO.

²Ao longo do texto utilizar-se-ão os termos processo administrativo ou procedimento administrativo, indistintamente, para designar o conjunto de atos jurídicos realizados ordenadamente perante órgãos públicos ao cabo do qual é proferida uma decisão administrativa. Ressalta-se, contudo, que não se ignora a distinção que, no Brasil, é feita por alguns doutrinadores e, em Portugal (Constituição da República Portuguesa de 1976, art. 212.º, 3), foi realizada pelo legislador para designar ritos instaurados perante a jurisdição administrativa (processo administrativo ou contencioso administrativo) ou no âmbito dos órgãos integrantes da Administração Pública (procedimento administrativo). Reservando pouca importância à diferenciação, no direito brasileiro, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 479 e ss.

³Processo C-402/05 P e C-415/05 P, JO C 285, de 08/11/2008, p. 2, acessível em: www.curia.europa.eu.

parte Yassin Abdullah Kadi e os principais fundamentos utilizados pelo Tribunal de Primeira Instância para conservar os efeitos dos atos restritivos impingidos a ele e, por outro, os motivos que levaram o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a reformar esta decisão. A segunda parte é reservada à análise do movimento de projeção do devido processo no domínio do que se pode chamar direito administrativo global.

Devido à complexidade subjacente ao tema de fundo do caso Kadi, que envolve restrições patrimoniais a suspeitos de envolvimento com a atividade terrorista, e em razão das limitações impostas ao presente ensaio, deve-se afirmar que não constituirá objeto de estudo a discussão geral em torno da compatibilização entre liberdade e segurança, geralmente examinada sob o enfoque do princípio da proporcionalidade. Pretende-se, portanto, demonstrar como o precedente judicial produzido no caso Kadi é tido como paradigma da incidência do devido processo também no domínio do direito administrativo global, inferência que, como se verá, exsurge dos fundamentos adotados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

2. O CASO KADI

Yassin Abdullah Kadi, residente na Arábia Saudita, foi reconhecido pelo Comitê de Sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas como pessoa suspeita de apoiar o terrorismo (Resoluções n.º 1267/1999, 1333/2000 e 1390/2002), motivo por que os Estados-Membros deveriam providenciar o congelamento dos seus fundos e outros recursos financeiros.

Através dessa medida pretendia-se impedir que tais recursos financeiros fossem postos à disposição, direta ou indiretamente, de Osama Bin Laden, dos seus associados ou de qualquer entidade controlada por ele ou por pessoas e entidades a ele associadas, incluindo os da organização Al-Qaida.

A fim de executar tais medidas restritivas, o Conselho da União Europeia editou o Regulamento n.º 467/2000, alterado pelos

Regulamentos n.º 2062/2001, 2199/2001, 881/2002 e 561/2003, por força dos quais os recursos financeiros de Kadi, localizados em território abrangido pelo Tratado, ficavam congelados.

Por petição inicial ajuizada em 18 de Dezembro de 2001, Kadi impugnou, perante o Tribunal de Primeira Instância, os dispositivos dos Regulamentos que lhe eram desfavoráveis. Em síntese, alegou que o Conselho não era competente para adotar, através do Regulamento, as medidas previstas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Além disso, aduziu que o Regulamento violava determinados direitos fundamentais, designadamente, o direito à propriedade, à tutela jurisdicional efetiva e o direito à audição (contraditório).

O Tribunal de Primeira Instância não anulou o regulamento impugnado e julgou improcedentes todos os pedidos de Kadi. De acordo com o Tribunal de Primeira Instância, nos quadros dos artigos 60.º CE e 301.º CE, a ação da Comunidade representava uma ação da União Europeia realizada com fundamento no pilar comunitário.

Em síntese, o Tribunal manteve o ato impugnado sob os seguintes fundamentos: I) a circunstância de o requerente estar incluído nominalmente na lista das pessoas consideradas terem ligação com o terrorismo em nada afetava a generalidade que caracteriza o regulamento, II) a Comunidade Europeia atuou no uso de competência vinculada, visto que do ponto de vista do direito internacional, os Estados-Membros, enquanto integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), têm a obrigação de respeitar o princípio da prevalência das ordens emanadas deste Organismo Internacional, adstritos que estão estes Estados à Carta das Nações Unidas, III) as resoluções do Conselho de Segurança escapam, em princípio, à sua fiscalização jurisdicional, pois não lhe caberia verificar o acerto ou o erro deste órgão na apreciação dos fatos e dos elementos de prova – o que classificou como “questões políticas” – nos quais se baseou para editar as medidas restritivas⁴, IV) as medidas adotadas pelo Regulamento controvertido não constituem uma violação

⁴ Afirmou o Tribunal de Primeira Instância que a ausência de uma jurisdição internacional independente encarregada de apreciar os recursos interpostos contra as decisões individuais adotadas pelo Comitê de Sanções não é contrária ao *jus cogens*, do que resultava válida a imunidade de jurisdição de que beneficiam as resoluções do Conselho de Segurança.

arbitrária, inadequada ou desproporcional ao direito de propriedade do requerente, pois visavam proteger um interesse geral e fundamental da comunidade internacional e, além disso, representavam uma medida cautelar e não definitiva, que poderia ser objeto de reexame pelo Conselho de Segurança e V) não houve de violação do direito de audiência, a uma porque tal direito não consta das resoluções do Conselho de Segurança, a duas porque o direito comunitário relativo ao direito de ser ouvido não pode ser aplicado nas circunstâncias em que as instituições comunitárias não disponham de nenhum poder de inquérito ou de qualquer competência de controle sobre os fatos considerados pelo Conselho de Segurança.

Com relação a este último fundamento, o Tribunal registrou ainda que da análise das diretrizes que regulam a condução dos trabalhos pelo Comitê de Sanções, o Conselho de Segurança dá importância, “na medida do possível”, aos direitos fundamentais das pessoas inscritas na lista, especialmente aos de defesa.

Para o objeto de análise deste ensaio destaca-se o último argumento acima invocado (V), segundo o qual o direito ao contraditório não teria sido afetado, primeiro em razão da ausência de previsão nas resoluções do Conselho de Segurança da ONU, segundo porque tal direito não poderia ser invocado na hipótese do exercício pelo Conselho de Segurança de competência supostamente imune ao controle exercido pelas instituições comunitárias.

O Tribunal de Justiça, instância judicial de revisão das decisões dos Tribunais de Primeira Instância, na análise do recurso interposto pelas partes interessadas, quanto aos fundamentos do recurso relativos à violação dos direitos fundamentais, assentou que I) a Comunidade, realidade jurídica que é, não está imune ao controle de conformidade dos seus atos com a carta constitucional de base que é o Tratado da Comunidade Europeia (CE), razão por que ao juiz

comunitário compete assegurar a observância dos direitos fundamentais consagrados no artigo 6.º, n.º 1, EU e que integram os princípios gerais de direito e que constituem elementos de validade dos atos comunitários⁵, II) o procedimento perante o Comitê de Sanções continua sendo um processo de natureza fundamentalmente diplomática, realizado entre os Estados e por isso as pessoas ou entidades interessadas, que não dispõem de capacidade postulatória perante este órgão, não podem defender os seus direitos de forma direta e imediata, circunstância capaz de comprovar que os direitos de defesa, em particular, o direito de audiência (contraditório) bem como o direito a uma fiscalização jurisdicional efetiva não foram devidamente observados, III) o direito de defesa implica a obrigação da autoridade em causa de comunicar às pessoas e entidades afetadas, “na medida do possível”, os motivos da sua inclusão na lista de pessoas e entidades suspeitas de envolvimento com movimentos terroristas, a fim de permitir a estes o exercício, dentro de prazo razoável, do direito ao recurso⁶.

Por todos esses argumentos, e diante do fato de o regulamento não ter previsto um procedimento de comunicação dos elementos que justificavam a inclusão dos nomes dos interessados na tal lista, tampouco a audiência destes últimos, é que considerou o Tribunal ter havido violação ao direito de defesa do recorrente. Interessante referir, que, embora tenha declarado nulo o regulamento controvertido por desrespeito a princípios aplicáveis no âmbito do procedimento, resolveu o Tribunal, com base no artigo 231.º CE, conservar por até três meses os efeitos das medidas restritivas impostas a Kadi, sob o fundamento de que elas, embora inválidas na forma, poderiam não o ser quanto ao mérito.

3. O DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

⁵ Ainda de acordo com o Tribunal de Justiça, a eficácia da fiscalização jurisdicional deve incidir sobre a legalidade inclusive das razões sobre as quais se baseou a inclusão do nome do recorrente na lista das pessoas e entidades ligadas à atividade terrorista.

⁶ Já foi feita a advertência de que não se pretende nos reduzidos limites deste trabalho, enfrentar a questão dos meios formal ou substancialmente adotados para se compatibilizar o direito à liberdade e o direito à segurança. Nada obstante, releva notar que o Tribunal sugeriu que a comunicação ao afetado pelo ato impugnado poderia ter sido feita no momento da decisão pela inclusão do seu nome na lista de suspeitos, pois, dada a natureza e a finalidade da medida restritiva, a comunicação prévia poderia frustrar a sua eficácia. Para o Tribunal, a circunstância de o ato comunitário ser destinado a dar execução a uma resolução adotada pelo Conselho de Segurança da ONU, no âmbito do combate ao terrorismo, e representar medida útil e necessária para se manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais da Comunidade e dos seus Estados-Membros, não significa que esteja ele imune ao princípio da tutela jurisdicional efetiva. Nesse domínio cabe ao juiz comunitário aplicar técnicas que permitam conciliar as políticas de segurança com a necessidade de se dar ao interessado os meios e recursos de defesa processuais pertinentes. Quanto ao direito de propriedade do afetado pela medida controvertida, o Tribunal considerou que a relevância dos objetivos perseguidos pelo ato comunitário é suscetível de justificar consequências negativas na esfera individual. Contudo, tais medidas não podem ser, a depender de cada caso, inadequadas ou desproporcionais.

O caso analisado suscita relevantes questões no tocante ao princípio do devido processo administrativo ou devido processo administrativo equitativo, na expressão de Sérvulo Correia⁷, especialmente numa ordem jurídica administrativa global, em cujo âmbito diversas atividades são conduzidas sem que estejam necessariamente fundadas numa abrangente unidade jurídica e política. Sendo assim, gradativamente, se criam procedimentos administrativos específicos no âmbito da atividade administrativa global, evolução que se mostra ainda mais complicada quando considerada a diversidade dos órgãos e entidade regulatórios assim como dos interesses em causa.

A conveniência de se alegar defeitos processuais como fundamento do controle judicial sobre os atos administrativos tende a se revelar apenas quando se tratar de atividade administrativa discricionária e, em situações nas quais sejam verificadas ilegalidades tanto formais como substanciais. A observância dos requisitos processuais conserva a sua importância toda vez que se tratar de competência administrativa discricionária, pois, nesse caso, o fato de não haver uma solução vinculante para a Administração valoriza o processo como instrumento de controle da avaliação ou da ponderação dos interesses em conflito⁸.

O processo administrativo não parece ter sido estruturado apenas para proteger o indivíduo do poder público⁹. O direito administrativo e o processo administrativo são também desenvolvidos para preservar inclusive o interesse público através dos princípios da eficiência e da imparcialidade. Nesse contexto, as duas finalidades do processo administrativo contribuem para que se possa construir um quadro fático com base no qual a Administração ou os órgãos internacionais produzem suas decisões¹⁰.

O papel do processo administrativo como maneira de se fomentar o interesse público se revela, por exemplo, quando as partes interessadas no processo contribuem para que se possa “descobrir” os pressupostos de fato que servirão de fundamento para a decisão da Administração¹¹. O contato ou até mesmo o confronto direto entre o particular e o poder público podem trazer para os autos processuais fatos e argumentos jurídicos que colaboram para a produção de uma decisão administrativa justa. O mesmo se pode dizer do dever imputado aos órgãos e entidades administrativas de motivar os seus atos decisórios, pois uma decisão fundamentada, na qual se tenha feito referência aos fatos e às normas aplicadas, possibilita o controle de legalidade da atividade administrativa, o que prestigia e torna eficaz o princípio do Estado de Direito democrático.

Sérvulo Correia afirma que a “razão dualista” do devido processo administrativo funciona mesmo como um mecanismo para se avaliar a suficiência das condutas administrativas para o cumprimento dos princípios processuais. As consequências deste modelo variarão de acordo com os diversos sistemas jurídicos. Para esse autor, em sistemas nos quais predomine uma visão subjetivista, a violação a regras processuais somente produziria a invalidade do ato quando afetasse direitos individuais. Em outros sistemas, os instrumentos de controle judicial podem simultaneamente servir tanto para a observância dos direitos individuais como para preservar a integridade do ordenamento jurídico. É nesse último caso que a distinção entre regras processuais direcionadas ou não à proteção individual não tem relevância prática, na medida em que a violação tanto de uma como de outra poderá ensejar o controle judicial.

Como reflexo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹², estes exercem uma relevante força irradiante, conformadora e

⁷ CORREIA, J. M., *Sérvulo, Administrative due or fair process: different paths in the evolutionary formation of a global principle and of a global right*. Estudos para Gérard Timst e Spyridon Flogaitis, no prelo, 2010, p. 10. Acessível em: <http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes>.

⁸ CORREIA, J. M. Sérvulo, ob. cit., p. 22 e ss. O autor apresenta ainda a questão de se saber se, especialmente nos casos em que seja constatado que as irregularidades processuais são irrelevantes para se invalidar a decisão administrativa, ainda sim teria o devido processo administrativo equitativo um valor legal inerente e autônomo (ob. cit., p. 22).

⁹ No ordenamento jurídico brasileiro a Constituição, no seu artigo 5º, LV, para além do que enuncia o inciso LIV do mesmo dispositivo, declara que aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Importa fazer referência ainda ao teor do enunciado nº 5 da súmula de jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 16 de maio de 2008, que, contradizendo o teor do enunciado nº 343 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que a “falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

¹⁰ Nesse sentido, de que o procedimento deve ser visto não apenas como instrumento de defesa dos cidadãos, mas também como uma garantia de obtenção da decisão administrativa mais correta, cf. SILVA, V. M. P. da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 356.

¹¹ CORREIA, J. M., ob. cit., p. 13.

¹² NOVAIS, J. Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 59 e ss.

potencialmente expansiva sobre toda a ordem jurídica, interna ou externa. Pretende-se, sob este enfoque, através de prestações normativas procedimentais e de organização, garantir padrões mínimos de exercício efetivo de liberdade por parte da generalidade dos indivíduos, criando as condições de realização e observância das garantias constitucionais de direitos fundamentais. Nesse domínio, os direitos fundamentais revelam-se eles mesmos como garantias com uma dimensão procedimental intrínseca, na medida em que para todos eles seja possível sustentar uma vontade de plena e efetiva tutela jurídica que, no Estado de Direito, não pode existir sem um procedimento¹³.

Os direitos fundamentais são reconhecidamente um dos principais fatores na dinâmica da mundialização do direito¹⁴. No domínio do direito administrativo global os valores do devido processo, que não são mais do que uma parte de um amplo círculo de princípios do processo administrativo, a par de se relacionar com a criação de normas ou com a adjudicação de contratos, os direitos fundamentais têm sido invocados e aplicados para se proteger o indivíduo do poder governamental. Isso ocorre devido a uma gradual aceitação universal de exigências processuais básicas no âmbito do processo administrativo, razão pela qual alguns autores já anunciam a formação de um direito comum centrado no devido ou justo processo administrativo, que se baseia numa estrutura procedimental capaz de fornecer garantias aos indivíduos. Esse movimento seria fruto da convergência de sistemas domésticos e regionais, especialmente ao longo do círculo Euro-Atlântico, manifestando-se em diferentes graus no âmbito, inclusive, das decisões dos principais organismos internacionais¹⁵.

Na arena do direito administrativo global, ultimamente, observa-se a afirmação de um corpo de princípios gerais comuns: o princípio da legalidade, o direito de participação na formação das normas, o direito de audição ou do contraditório, o direito de acesso aos documentos administrativos, obrigação de motivação das

decisões administrativas e de obter decisões fundadas em dados científicos ou suscetíveis de controle e o princípio da proporcionalidade¹⁶.

O caso Kadi ilustra bem esta tendência. Nele são analisados, dentre outras, duas questões relevantes: I) a inexistência de imunidade de jurisdição dos atos restritivos realizados no âmbito da Comunidade Europeia, o que é suficiente para se reconhecer um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e II) Os direitos de audição (contraditório) e de defesa das pessoas e entidades afetadas por tais medidas.

No primeiro aspecto releva anotar que o Tribunal de Justiça, ao contrário do que havia entendido o Tribunal de Primeira Instância, sem desconsiderar a competência exclusiva do Conselho de Segurança da ONU – competência esta consistente em definir as medidas necessárias para o atendimento de suas finalidades institucionais – concluiu que medidas restritivas produzidas no âmbito da Comunidade, ainda que para dar execução às resoluções daquele órgão, não estão imunes ao controle judicial de validade frente aos direitos fundamentais. Afastou-se, assim, a imunidade de jurisdição sobre tais medidas. Além disso, o Tribunal vislumbrou ter havido afronta ao direito de audição do requerente, na medida em que não lhe foram, em nenhum momento, oportunizados o conhecimento e a contestação dos fatos que justificaram a medida de congelamento dos seus recursos financeiros, nem lhe ofertado, “na medida do possível”, acesso às informações que lhe diziam respeito.

A partir da análise do caso Kadi, percebe-se, portanto, que ao Tribunal de Justiça não passou despercebido o conflito entre os objetivos da implementação fiel das resoluções do Conselho de Segurança, insertos dentro da sua competência discricionária própria, e os princípios do processo administrativo equitativo ou do devido processo administrativo.

Diante dos vícios que verificou no processo de inclusão do nome de Yassin Abdullah

¹³ NOVAIS, J. Reis, 2003, ob. cit., p. 82.

¹⁴ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil et La République des Idées, 2005, p. 30.

¹⁵ CORREIA, J. M. Sérulo, 2010, ob. cit., p. 63.

¹⁶ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 59.

Kadi, nomeadamente o direito a audição ou ao contraditório, o Tribunal anulou o regulamento que havia incluído o seu nome na lista das pessoas que, por terem ligação com Osama Bin Laden ou com a organização Al-Qaeda, deveriam ter os seus bens e recursos financeiros congelados. Por consequência, o direito de propriedade do afetado também foi prejudicado, pois, ainda que eventualmente as medidas possam ser consideradas adequadas e proporcionais, a restrição se deu sem a observância do direito de defesa. No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça tem-se, pois, um importante paradigma jurisprudencial de observância do devido ou justo processo administrativo.

De tudo isso, e no que interessa diretamente ao presente estudo, tem-se que, ao devido processo, cujos contornos já parecem suficientemente definidos nos ordenamentos jurídicos do que Sérvulo Correia denominou “círculo Euro-Atlântico”, vem paulatinamente se afirmando como um dos princípios informadores do processo administrativo no plano internacional. Apesar desse movimento não ter sido ainda definitivamente incorporado neste domínio, as primeiras manifestações efetivas do devido processo administrativo no assim considerado direito administrativo global revelam a habilidade dos juristas contemporâneos de superarem as correntes que veem na mundialização do direito uma forte e inaceitável intromissão em suas culturas jurídicas locais.

De qualquer forma, o movimento livre de criação e desenvolvimento de novas metodologias, de novos conceitos e valores inerentes à realização dos direitos fundamentais enquanto direitos processuais que encontra precedente no caso Kadi parece iluminar um novo horizonte na construção e consolidação de um direito administrativo global. O tema é recente e continua aberto ao debate.

CONCLUSÕES

1. O processo administrativo não parece ter sido estruturado apenas para proteger o indivíduo do poder público¹⁷. O direito administrativo e o processo administrativo são

também desenvolvidos para preservar, inclusive, o interesse público através dos princípios da eficiência e da imparcialidade.

2. Os direitos fundamentais, um dos principais fatores na dinâmica da globalização ou mundialização do direito, exercem uma relevante força irradiante, conformadora e potencialmente expansiva sobre toda a ordem jurídica, interna ou externa. Nesse domínio, os direitos fundamentais revelam-se como garantias com uma dimensão procedimental intrínseca, e, com base neles, que se sustenta uma vontade de plena e efetiva tutela jurídica que, no Estado de Direito, não pode existir sem um procedimento.

3. O julgamento do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso Kadi é um bom exemplo, na perspectiva do direito administrativo global, de reconhecimento do princípio do devido processo administrativo. Este princípio vem paulatinamente se afirmando como um dos princípios informadores do processo administrativo no plano internacional

Referências Bibliográficas

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Les juges dans la mondialisation. Paris: Éditions du Seuil et La République des Idées, 2005, p. 30.

CASSESE, Sabino. Oltre lo Stato. Roma: Laterza, 2006.

CORREIA, J. M., Sérvulo, Administrative due or fair process: different paths in the evolutionary formation of a global principle and of a global right. Estudos para Gérard Timst e Spyridon Flogaitis, no prelo, 2010, p. 10. Acessível em: <http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOVAIS, J. Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

¹⁷ No ordenamento jurídico brasileiro a Constituição, no seu artigo 5º, LV, para além do que enuncia o inciso LIV do mesmo dispositivo, declara que aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Importa fazer referência ainda ao teor do enunciado nº 5 da súmula de jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 16 de maio de 2008, que, contradizendo o teor do enunciado nº 343 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que a “falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

SILVA, V. M. Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1995.

O ABUSO DE PODER POLÍTICO POR OMISSÃO



Frederico Franco Alvim¹

“Daí resulta que a corrupção dos governos quase sempre começa pela dos princípios: uma vez corrompidos os princípios do governo, as melhores leis tornam-se más, voltando-se contra o Estado; sendo saudáveis os princípios, as más leis tem o efeito das boas, pois a força do princípio tudo arrasta” (Montesquieu, O Espírito das leis)

“A consciência não me acusa, As consciências calam-se mais do que deveriam, por isso é que se criaram as leis” (José Saramago, Todos os nomes)

INTRODUÇÃO

Antiga e conhecida é a distinção entre os marcos teóricos do Direito e da Sociologia². Enquanto sociólogos debruçam-se sobre uma realidade existente, os juristas perseguem uma realidade aspirada. Dito de outra forma, a Sociologia, menos romântica, ocupa-se de relações sociais concretas, ao passo que o Direito, construindo fórmulas ideais, objetiva o desenvolvimento pacífico de tais relações.

Pesem as diferenças, tais ciências dialogam e, comumente, aceitam-se. Eventuais pontos de discórdia, mais do que tensão, geram desenvolvimento. As questões sociológicas são, em certa medida, oportunidades para o Direito, cuja missão se renova diante de cada problema.

Atualmente, a grande maioria dos Estados ocidentais constitui-se sob a forma democrática, e rege-se sob a autoridade das leis. Nas sociedades democráticas estão inseridas as ideias de que no

consentimento do povo baseia-se a legitimidade governamental, e de que as funções de governo, acessíveis a todos, são exercidas em nome e em benefício da coletividade.

No âmbito das ciências sociais, entretanto, o alicerce democrático, já vertido num *quase-dogma* jurídico³, via-se e se vê constantemente questionado. Há os que, como Gaetano Mosca, afirmam que o poder é exercido no resguardo dos interesses dos próprios governantes; há os que, como Robert Michels, duvidem da representatividade; há os que, como Vifredo Pareto, desacreditam a possibilidade de acesso universal à cúpula do poder; há os que, como Oliveira Vianna, insurjam-se contra o voto igualitário; e há, finalmente, os que, como Carlos Mastrorilli⁴, vejam o Estado de Direito como um aparato de dominação apoiado numa ilusão de justiça.

E se as vicissitudes apontadas pela Sociologia existem, ao Direito cumpre o dever de (tentar) erradicá-las.

Hodiernamente, a democracia é exercida pelas vias da representação, que se efetiva por meio de processos eleitorais, regidos e resguardados por normas jurídicas. Sem embargo, como sustenta Carlos Fayt, *“hay siempre una parte de la vida o actividad política que se realiza al margen del orden”*⁵.

Já no século XVI, Nicolau Maquiavel alertava que a tendência natural de quem está no poder é a de querer perpetuar-se. Passados cinco séculos, a premissa se mantém. No afã de manter o poder, candidatos já nele investidos, cotidianamente, desrespeitam regras eleitorais para conservá-lo. Fazem-no, muitas vezes, praticando condutas vedadas aos agentes públicos nos períodos eleitorais. Noutras, atuam em desrespeito a princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, ferindo o

¹ Frederico Franco é Analista Judiciário do TRE-GO. Especialista em Direito Eleitoral e Direito Processual pela UFG. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.

² Aqui tratada em sentido amplo, como sinônimo – e não espécie – de ciências sociais.

³ “Quase” porque, mesmo no mundo jurídico, não há unanimidade. Vide, à guisa de exemplo, a opinião do constitucionalista argentino German J. Bidart Campos, para quem *“no hay ni puede haber gobierno del pueblo, porque el pueblo no se gobierna ni se puede gobernar a sí mismo, ni directamente, ni por medio de representantes (...) Y nada más, porque siempre y en todas partes, hoy y siempre, el gobierno es una estructura o un aparato que, en su dimensión fáctica o sociológica, se reduce a un pequeño grupo de hombres (a veces uno solo) que son los titulares o detentadores del poder”*. Para o autor, qualquer fórmula ideológica que atribua doutrinariamente o exercício do poder ao povo, à maioria ou a qualquer outro ente coletivo, *“será una creencia o representación ideológica que, a lo sumo, tendrá la pretensión de justificar al poder según quién sea aquél en cuyo nombre se supone ejercido; será, en fin, una abstracción, no una realidad”*. CAMPOS, German B. Las elites políticas. Buenos Aires: 1977, pp. 8-9).

⁴ MASTRORILLI, Carlos P. *El poder político* Buenos Aires: Pérez Editor, 1969, p. 25.

⁵ FAYT, Carlos S. *Derecho político*. Tomo I. 12ª ed. Actualizada, Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 258.