

Os Atos Institucionais em face do Direito Administrativo

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Professor de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito Bennett — Rio de
Janeiro.

"... todo el mundo del derecho privado continúa como imantado, como seducido, por el hallazgo que los juristas romanos de hace más de dos mil años parecen haber hecho de una vez para siempre. Cuán distinto el caso de la Administración. No tenemos aquí paradigmas atemporales a cuya acogedora sombra recogernos... La historia de la Administración es, por ello, la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte así de la esencia misma del concepto" — EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Administración Pública y el Estado Contemporáneo*, pág. 166, Madrid, 1961).

Sumário

- I — Introdução
- II — Atos Administrativos, Atos de Governo e Atos Institucionais em tese
- III — Os Atos Administrativos e de Governo na Ordenação Brasileira
- IV — Os Atos Institucionais no contexto político-jurídico brasileiro
- V — Conclusão

I — INTRODUÇÃO

1. Colocação do tema. 2. Questões suscitadas pela autonomia do direito administrativo. 3. A integração do político, do constitucional e do administrativo. 4. Fim do Estado e funções de governo; a dicotomia direito público—direito privado. 5. O objeto do direito administrativo e os atos institucionais.

1. O tema é prioritário, quer se lhe examinem os aspectos de ordem estrutural, formal — estritamente técnico-jurídica —, quer se lhe observem as nuances conjunturais — no âmbito da ordenação jurídico-política brasileira ou no direito comparado —, quer se lhe pesquise a evolução histórico-cultural, aqui e alhures, desde a antiguidade clássica.

O fascínio e a prioridade do tema estão em que seu estudo passa, necessariamente, pelo que se poderia denominar de ponto de encontro das mais essenciais questões com que se defrontam, sob óticas distintas e inter-relacionadas, administrativistas, constitucionalistas e politicólogos.

Com efeito, o estudo dos atos institucionais — sua natureza, seu objeto, seus elementos, seus efeitos — implica situá-los em face dos atos de governo e dos atos administrativos. A compreensão sobre o que sejam atos de governo e atos administrativos exige o deslinde de certas questões fundamentais, sobre as quais não há unanimidade, conquanto se possam admitir como respeitáveis inúmeras das posições e científicas algumas das posturas existentes na doutrina. São questões concernentes à divisão de poderes; ao fim do Estado e às funções de governo; ao conteúdo dos conceitos de interesse público, função pública e serviço público; ao objeto do direito administrativo e às relações deste com o direito constitucional e a ciência política; a discussão acerca da dicotomia direito público—direito privado, enfim.

Ressalte-se, desde logo, a impropriedade de abordarem-se todas essas questões no presente estudo, tão específico quanto modesto. Mesmo porque basta lembrar, de um lado, a existência de mais de cem teorias a respeito da distinção entre direito público e direito privado, incluindo as que negam a distinção, (1) e que, de outro turno, o conceito de ato administrativo e de suas consequências jurídicas é o “núcleo do Direito Administrativo, o centro por assim dizer do seu sistema planetário”. (2) Logo, pretender discorrer sobre matéria tão vasta, quanto diuturnamente manipulada pelos especialistas, seria, a par de impróprio, ocioso.

Entretanto, apenas para que se fixem as premissas a partir das quais esquadrihar-se-ão os atos institucionais — premissas que amiúde refletirão posições pessoais, em meio a dissídios doutrinários insuscetíveis de pacificação —, consideremos, em bosquejos, algumas daquelas questões fundamentais.

2. Os princípios e normas de natureza administrativa sempre estiveram presentes na atividade de governar, mas, até o século XIX, de forma esparsa e difusa, sem método ou autonomia. Um corpo cientificamente estruturado de princípios e diretrizes, com método de investigação e objeto do conhecimento próprios, alvo de estudo sistemático e autônomo, vai-se configurando a partir dos primeiros anos da centúria passada, por meio

(1) É o que informa EVARISTO DE MORAIS FILHO, *Introdução ao Direito do Trabalho*, págs. 9 e segs., Rio de Janeiro, 1956.

(2) CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, págs. 55. São Paulo, 1975.

de obras pioneiras, de procedência européia, realçando-se a influência das correntes francesa e italiana na evolução do direito administrativo no Brasil.

A princípio, é o direito civil a fonte de onde a administração recolhe, não raro sem proceder a qualquer adaptação, os instrumentos e institutos jurídicos para regular suas relações com os administrados e, em um segundo passo, cronologicamente posterior, para regular a si mesma.

Na medida em que se forma e se expande a ciência da administração, e em que as funções de governo tornam-se mais complexas e abrangentes — passando-se do liberalismo ao intervencionismo estatal, das cidades relativamente contidas às megalópoles quase inadmissíveis, das empresas familiares aos tentaculares e impessoais conglomerados econômicos, que tantas transformações acarretam para a organização política e social das nações —, vai o direito administrativo abrindo novos campos de penetração, propondo soluções novas e específicas para novos e desafiantes problemas. Não se devendo perder de vista que, a despeito do notável progresso material — científico e tecnológico —, o homem é o mesmo ser social e político, sujeito às mesmas tragédias do espírito e vacilações da alma, capaz tanto de grandeza quanto de mesquinhez, como sempre foi em todas as idades e eras das civilizações historicamente conhecidas. Fato que põe o conflito humano — ideológico, moral — na posição de ameaça constante — terrível paradoxo — ao progresso alcançado.

Hoje, conquanto se constate, a cada passo, a influência do direito comum na natureza jurídica e nos elementos constitutivos das principais categorias do direito administrativo, já se evidenciam especialização e especificidade que a este distinguem e autonomizam na autoria de regras e princípios próprios e singulares, de índole tipicamente publicista, desligados dos parâmetros tradicionais do direito civil.

Mas a autonomia do direito administrativo coloca-nos diante, pelo menos, de três questões relevantes, no que tange à finalidade deste estudo: a relação com outras duas disciplinas — o direito constitucional e a ciência política; o problema do fim do Estado e das funções de governo; a dicotomia direito público—direito privado.

3. Quanto à primeira dessas questões, é de acolher-se a lição de Oliveira Franco Sobrinho, no sentido de que “de plano e de fundo, a ordem política é constitucional e administrativa. Por conseguinte, na ordem política dos regimes políticos, a integração não é um pressuposto teórico, abstrato, confundível. Mas uma determinante consagrada pela variedade de funções que dão existência concreta aos organismos estatais. Para qualquer tipo de função, sempre há um modo de ser ou um modo de fazer. Uma forma, por assim dizer, de atividade administrativa”. (3)

(3) In *Comentários à Reforma Administrativa Federal*, pág. 23. São Paulo, 1975.

Decompondo tal asserção objetivamente, elucida Oliveira Franco Sobrinho:

“Uma Constituição, seja este ou aquele o regime, apresenta três aspectos: o político, o técnico e o administrativo. O político trata de garantir a eficácia dos objetivos ideológicos consagrados. O técnico, de sistematizar as tarefas de atividade governamental. E o administrativo, sem dúvida, de estabelecer a divisão de poderes e de órgãos, especializando funções, atribuições e faculdades, num plano geral básico de organização estatal.

Definidos os princípios políticos, formados os elementos que devem compor um sistema, só a variada atividade de ação administrativa pode dar vida às organizações estatais. Todas as soluções, na mecânica ou na dinâmica constitucional, são, por natureza, administrativas. Os atos de vontade passam a caracterizar-se como válidas manifestações administrativas. Não há nem pode haver, assim, poder constitucional sem a peculiar função administrativa.

A permanência de uma unidade real de ação, indispensável às estruturas políticas constitucionais, inexistente sem a efetividade de uma ordem administrativa fundada na pluralidade normativa de funções. Toda a dogmática jurídico-constitucional não encontra razão de ser fora dos critérios objetivos adotados, de linha administrativa. Uma Constituição, portanto, examinem-se todas elas, consolida: a) o regime político; b) o regime constitucional; c) o regime administrativo. Não são fases que se exteriorizam, mas vivas estruturas sociais.” (4)

Depreende-se que os atos de governo estão sempre permeados pelo político, pelo constitucional e pelo administrativo, quer se trate de atos estritamente administrativos, quer projetem contação mais ampla, institucional. A tônica é a integração, e sob ela é que se compreenderão tais atos em toda a sua extensão e profundidade. Sob o critério da integração, as várias óticas — política, constitucional, administrativa — terão de somar-se, sem perder, entretanto, a individualidade que a cada qual tipifica. Como assinala Oliveira Franco Sobrinho, “não é porque haja separação de poderes que esses poderes, na sua independência, não se ativem através das mesmas regras administrativas. Se a separação permanece, é uma separação que se caracteriza pela flexibilidade, ou então pela equivalência de seus meios de ação recíproca. Não se compreende uma estrutura governamental divorciada das formas administrativas. Do contrário, o Estado não seria uno, mas simples expressão de poderes divididos”. (5)

4. No que respeita à segunda das questões retroreferidas — o fim do Estado e as funções de governo —, há que partir-se da constatação de que

(4) *Idem, Ibidem.*

(5) *Idem, Ibidem.*

a atividade administrativa, com seus princípios e normas, é contemporânea da idéia de governo, a qual, em nossos dias, é indissociável da idéia de Estado.

O Estado existe para promover o Bem Comum. Fá-lo através dos mecanismos de um todo orgânico chamado governo. Este age sob regras e condições administrativas.

O Estado só tem um fim — o Bem Comum; (6) o governo tem múltiplas funções. Isto porque o destinatário da lei política já não é propriamente o cidadão, mas, sim, o trabalhador, ou seja, o homem situado segundo o concurso que há de prestar à prosperidade geral e conforme às exigências de suas necessidades fundamentais: saúde, educação, lazer, segurança social. Esse sentido social do direito deixa de ser uma doutrina ou a pregação de uma escola para traduzir a realidade imperativa dos fatos. A preocupação com o social e a latitude do que sejam necessidades e reclamos sociais induzem o Estado contemporâneo a fazer suas, segundo conjunturas e realidades nacionais, atividades e decisões anteriormente preclusas às funções de governo. Não é por outra razão que os governos ampliam seu poder-dever de controlar, supervisionar, tutelar, intervir, com vistas a garantir segurança e promover desenvolvimento, integradamente. (7)

Essa ampliação e diversificação de funções obscurece ainda mais a relação direito público—direito privado. No entanto, para estabelecermos o objeto do direito administrativo e, pois, a pertinência de tratar, sob sua ótica, dos atos institucionais, é essencial adotarmos uma posição compreensiva acerca do que presume essa relação.

Toda ação humana almeja um fim; não se atingirá uma finalidade sem uma ação a ela destinada. O direito pode levar em conta diretamente a ação ou pode considerar diretamente o fim, admitindo a ação como simples instrumento ou meio para a obtenção do fim.

A primeira hipótese encontra-se no direito privado, o qual, referindo-se à ação, tem a ver com a liberdade do homem, conservando-a, limitando-a, ou negando-a. Nesse caso, o fim pode ser relevante para introduzir uma limitação ou para atribuir uma qualificação, e pode, através das normas de direito privado, ser favorecido ou receber restrições; contudo, sempre teremos a iniciativa privada e a ação como objeto próprio de disciplina jurídica.

(6) Por Bem Comum deve compreender-se "o conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constitui patrimônio comum e reservado da generalidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção das instituições que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família e a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade" — JEAN DABIN, *La Philosophie de l'Ordre Juridique Positivo*, pág. 160. Paris, 1928.

(7) A propósito, veja-se nosso "Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa", in revista *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 139, págs. 123-184. Rio de Janeiro, 1976.

Diversamente acontece no direito público, onde não são tomadas em consideração ações que se tenha a liberdade de realizar ou que não se possam efetuar, mas apenas as finalidades a atingir e para cuja procura está predisposta a apropriada disciplina das atividades para tanto necessárias. Nesse caso, as ações, sempre indispensáveis, são focalizadas tão-somente como fâmulas daqueles fins, e reguladas de modo que se tornem particularmente eficazes à sua obtenção, ou de sorte a evitar que se ergam em obstáculos a essa obtenção.

Os governos não têm propriamente liberdade para fazer leis, administrar justiça ou manter a ordem. Têm o poder, que é também dever, de fazer leis, administrar justiça e manter a ordem, visando a atender, por meio da segurança e do desenvolvimento, ao fim único do Estado, que é o Bem Comum.

Por isso, qualquer atividade de direito público deve ser concebida como função. Os direitos, poderes e outras formas subjetivas nunca são atribuídos, em direito público, em benefício do ente que deles estiver investido, de molde a deixá-lo livre para deles fazer o uso que mais lhe agrade; estão sempre conexos ao dever de serem exercidos com os fins para que foram instituídos, quer dizer, ao serviço ou em função dessa finalidade.

5. A racionalização operativa dos poderes e deveres públicos conduz à divisão das funções de governo em executivas, legislativas e judiciárias. Cada função desenvolve atividades-fim e atividades-meio. As primeiras constituem o conteúdo da competência específica de cada função (administrar, legislar e julgar), e as segundas concernem às atividades de apoio que permitirão a cada função desincumbir-se de sua competência. A atividade administrativa está presente, portanto, em todas as funções de governo, ora como atividade-meio (funções legislativa e judiciária), ora como atividade-fim (função executiva).

O que há de essencial no direito administrativo, constituindo seu objeto, é, pois, a disciplina jurídica das relações entre as entidades que têm por missão realizar os interesses públicos, e que em conjunto se pode chamar de Administração Pública, e os cidadãos que têm de ter contato com tais entidades para receber prestações, exercer direitos ou cumprir deveres a que estejam adstritos por lei. (8)

Essas relações jurídicas têm de colorir-se de uma tinta de autoridade, a fim de que se destaquem, no conjunto das relações jurídicas, daquelas que se travam em regime de igualdade das partes e localizam-se no direito privado.

A Administração tem poderes a que correspondem obrigações dos administrados, mas estes têm, por sua vez, direitos em face da Administração, traduzidos em deveres que a ela cumpre observar. O direito administrativo, como ramo do direito objetivo, é, assim, um conjunto de normas reguladoras de relações jurídicas. Mas um dos sujeitos dessas relações

(8) Releia-se, sobre a matéria, a magnífica conferência de MARCELO CAETANO perante o I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em Curitiba, 1975. *Anais* págs. 33-48.

é a Administração Pública, instrumento de governo, e este, a seu turno, consectário do Estado. Daí a necessidade de consagrar-se uma parte do campo de estudo do direito administrativo à orgânica administrativa. Ademais, toda relação jurídica implica a existência de garantias que permitam tornar efetivos os direitos e as obrigações dela resultantes; daí a grande importância de que se reveste, em direito público, a consideração das garantias dos administrados.

Eis a encruzilhada onde se encontra o desate de nosso tema: se, de um lado, os administrados têm direitos individuais impostergáveis em face da Administração Pública, e pois do governo, e pois do Estado, também é verdadeiro que o Estado, e pois o governo, e pois a Administração Pública, carregam responsabilidades (poder-dever) não apenas em face desses direitos individuais, mas, igualmente, diante da comunidade nacional como um todo; de vez que o fim último é o Bem Comum, cabe ao governo dispor e prover as medidas que, promovendo e estimulando, ou restringindo e cerceando, sejam eficazes para a obtenção daquele fim. Em respeito, afinal, aos mesmos direitos individuais.

Os atos institucionais serão — fiquemos, por ora, com essa colocação preliminar — a intervenção de governo para resguardar, a um só tempo, direitos sociais e políticos da comunidade nacional, eventualmente em confronto, por vezes em conflito, com direitos individuais subjetivos. O como obter o equilíbrio entre os direitos sociais e os individuais, ambos de natureza político-constitucional, é problema que atinge e interessa ao direito administrativo.

II — ATOS ADMINISTRATIVOS, ATOS DE GOVERNO E ATOS INSTITUCIONAIS EM TESE

6. Traço distintivo: o controle pelo Judiciário. 7. Os atos de governo no direito comparado; afinidades e dessemelhanças com os atos administrativos.

6. O traço distintivo entre atos de governo e atos administrativos tem sido posto no plano do controle de legalidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário. Um aspecto desse controle assume especial relevância para os fins de nosso estudo: o controle pelo Judiciário dos atos motivados pelas chamadas “questões políticas”.

Trata-se de matéria das mais controvertidas. As teses variam desde a oposição rígida ao controle até o controle pleno e absoluto. A prática dos tribunais, em quase todos os países em que existe o sistema de controle judiciário de legalidade, é a de abstenção no julgamento dessas questões, limitando-se o Judiciário a admitir como de sua competência o exame da observância das formalidades legalmente exigidas para a prática do ato, mas excluindo de sua competência a apreciação do mérito. (9)

(9) Veja-se a síntese de LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo I, págs. 623 e segs. Buenos Aires, 1970. No Brasil, esclarece CAIO TÁCITO (op. cit., pág. 35 e segs.): “O controle judicial limita-se ao exame da legalidade, não se imiscuindo com o mérito do ato... As questões exclusivamente políticas também ficam excluídas da jurisdição do Poder Judiciário. Assim determinaram, expressamente, as Constituições de 1934 e 1937, e a limitação sobrevive, ainda que não mais figure no texto constitucional.”

O problema teleológico, porém, começa antes da definição dos limites da competência judiciária. A argüição primeira é: o que se deve entender por questões políticas?

García Pelayo ressalva, com toda razão, não conhecer "ninguna definición autorizada de lo que debe entenderse por cuestión política, y por consiguiente, la determinación de si una cuestión cae dentro de tal categoría es algo a decidir por el Tribunal". (10)

Com efeito, conquanto os mais recentes esforços da ciência política tendam a admitir a possibilidade de identificar-se a essência do político, ou seja, de proceder-se à redução fenomenológica do que seja político, o fato é que a conversão dessa essência para o plano do Direito normativo ainda apresenta dificuldades jurídicas insuperadas. Assim, enquanto alguns constitucionalistas somente referem-se ao assunto no plano da teoria constitucional, sem apreciar a necessidade, prática e teórica, de distinguir e classificar tais atos, administrativistas há que chegam ao extremo de negar a existência de atos que, embora praticados pelo Poder Executivo, diferem dos atos administrativos, preferindo desconhecer a realidade histórica e jurisprudencial dos atos excluídos do controle judicial.

Em síntese, por atos de governo a doutrina tem entendido chamar os atos do Poder Executivo ou Legislativo que tenham a ver com a sobrevivência do Estado, subtraindo-se da apreciação do Poder Judiciário as razões de conveniência e oportunidade que os determinam. Enquanto que o ato administrativo estará sempre submetido à apreciação do Poder Judiciário. Assim, seriam atos de governo a expulsão de estrangeiros, a celebração de tratados internacionais, os relativos à guerra, à intervenção federal e ao estado de sítio, entre outros.

Esse critério, se necessário, não parece suficiente. Há atos administrativos cujos motivos estão excluídos do exame judicial, sem que se possa alegar estarem vinculados à sobrevivência do Estado. Basta recordar, entre nós, a reiterada jurisprudência no sentido de abstrair-se os tribunais de julgar o mérito dos decretos expropriatórios, o que, por sinal, tem ensejado inacabada polêmica entre os que se alinham em favor da jurisprudência e os que a ela se opõem. (11)

Convém, pois, esclarecer as origens dos atos de governo na prática política, constitucional e administrativa de outras ordenações. Por meio desse exame, chegar-se-á a uma definição de atos de governo e à relação que mantêm com os atos administrativos e institucionais.

7. A gênese da concepção dos atos de governo remonta ao Conselho de Estado francês. Há consenso entre os mais conspícuos autores quanto ao surgimento desses atos com o fim de assegurar a sobrevivência do Conselho frente à administração dos Bourbon, em período particularmente

(10) MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 340. Madri, 4.ª ed., 1957.

(11) Veja-se, a propósito artigo do Prof. RUBEM NOGUEIRA, "Do controle de constitucionalidade das desapropriações no processo expropriatório", in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 49, págs. 43-58. Senado Federal, Brasília, 1976.

incerto da vida política francesa. Conquanto o governo de Napoleão III, durante grande parte da primeira metade do século XIX, tivesse executado obras públicas de porte, no plano político inúmeras foram as reformas constitucionais projetadas e poucas as efetivadas, em meio a ameaças de guerra externa — que, afinal, consumaram-se no conflito franco-prussiano —, preparando caminho para a III República.

O Conselho, a partir de lei de 24 de maio de 1872, que facultou aos *Ministros sollicitarem ao Conselho a devolução de processos que não correspondessem ao contencioso administrativo*, elaborou a doutrina de que os atos de governo prescindiam do controle judicial; assim fazendo, esquivava-se do julgamento de certas decisões políticas da Administração, que fatalmente provocariam discórdia, e mantinha-se como tribunal estritamente administrativo. ⁽¹²⁾

A princípio, o Conselho formulou a tese de que os atos motivados por razões políticas estavam isentos de seu controle, como tribunal administrativo. Tal posição resultou em arbítrios de toda sorte, pois que bastava rotular os motivos de um ato administrativo como razões de Estado para que se transmudasse em ato insuscetível de apreciação judicial.

Abandonou-se o móbil político como característica dos atos de governo, adotando-se outro critério, que se revelaria igualmente inadequado: a distinção entre governo e administração. Verificou-se ser impossível, na prática, traçar as linhas da pretendida distinção. Chegou-se, afinal, ao critério ainda hoje prevalecente, que é o do casuismo — são atos de governo aqueles enumerados pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos. ⁽¹³⁾

Na Itália, a evolução da matéria seguiu os mesmos passos, predominando, na doutrina atual, a tese de que são atos de governo aqueles que a lei o declare e excluindo-se da categoria os atos administrativos em geral. Os primeiros são insuscetíveis de controle judicial; os seguintes poderão sempre ser objeto de revisão judiciária quanto à legalidade, respeitando-se os poderes discricionários da administração. ⁽¹⁴⁾

Na Alemanha, a matéria teve curso mais tranqüilo. Desde logo entendeu-se que os atos de governo são apenas aqueles assim declarados expressamente pela lei, isto porque a doutrina e a jurisprudência alemãs cedo perceberam a impossibilidade de distinguir-se, a não ser através de lei, o ato administrativo do ato de governo, da mesma forma que não se distingue, na prática, governo de administração. ⁽¹⁵⁾

(12) Nesse sentido, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, t. I, págs. 243 e segs., Paris, 1970; MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, págs. 217 e segs., Paris, 1963; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, págs. 140 e segs., Paris, 1988; MAURICE HAURIU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, págs. 282 e segs., Paris, 1887.

(13) LAUBADÈRE e RIVERO, *op. cit.*, págs. 245 e 141, respectivamente.

(14) GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, pág. 191, Milão, 1958; ORESTE RANGI LETTI, *La garanzia della giustizia nella pubblica amministrazione*, págs. 331-332, Milão, 1937; RENATO ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 602, trad., Barcelona, 1970.

(15) ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, págs. 683 e segs., trad. Madri, 1958.

Na Espanha, a legislação exclui da jurisdição contenciosa-administrativa "las cuestiones que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa" (lei de 27-12-1956, art. 2º, b).

Na Argentina, a discussão ganha cores distintas, pois que ali, como entre nós, a organização administrativa não conheceu a figura do contencioso administrativo, representado pelo Conselho de Estado francês, e de onde originou-se toda a construção doutrinária e jurisprudencial em torno dos atos de governo. Assim, procede inteiramente a observação de Cassagne:

"Las razones que llevaran en Francia al Consejo de Estado a restringir sus funciones en aras de su supervivencia no tienen asidero en un sistema como el nuestro, donde el contralor jurisdiccional de la actividad de los órganos legislativo y ejecutivo se halla encomendado, por principio constitucional, a un órgano separado e independiente: el órgano judicial.

En nuestro ordenamiento, por aplicación de tal principio (por regla general), todo acto que afecte derechos subjetivos de los administrados se encuentra sometido al contralor de los órganos judiciales. De manera que muchos de los actos de gobierno (v. gr., expulsión y prohibición de entrada a extranjeros, celebración de tratados internacionales, indulto, actos de policía dictados en el transcurso de una guerra nacional contra extranjeros) no escapan al contralor judicial, en cuanto afecten los derechos subjetivos de los administrados.

En realidad, puesto que no aceptamos en el plano jurídico la distinción entre función gubernativa y administrativa, debemos reconocer que tales actos (exclusivamente los que tengan efectos directos respecto de terceros) traducen el ejercicio de la función administrativa en sentido material, siendo judiciales, por cuya causa y en mérito a que carecen de un régimen jurídico peculiar, no se justifica su categorización jurídica en un plano opuesto a la de los actos administrativos." (16)

Assim, para Cassagne, e em face da ordenação política, constitucional e administrativa argentina, inexistente a categoria de atos de governo, pela simples razão de que os atos assim catalogados pela doutrina e jurisprudência européias são, na verdade, atos administrativos sujeitos, como todo ato administrativo, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Em resumo, de acordo com a doutrina dominante argentina, (17) os atos de governo que produzam efeitos jurídicos diretos sobre terceiros,

(16) JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, págs. 157 e segs. Buenos Aires, 1974.

(17) Nesse sentido também MANUEL MARIA DIEZ, *El Acto de Gobierno en el Derecho Argentino*, 1971; AUGUSTIN GORDILLO, *El Acto Administrativo*, 1969; e MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 1970.

são atos administrativos sujeitos ao controle de legalidade; os atos de governo que não produzem efeitos jurídicos diretos na esfera dos direitos dos administrados, e de que são exemplos a intervenção federal e a decretação do estado de sítio, são chamados de atos institucionais. Em outras palavras, não existe, a rigor, a categoria de atos de governo, mas, tão-somente, a de atos administrativos e atos institucionais.

III — OS ATOS ADMINISTRATIVOS E DE GOVERNO NA ORDENAÇÃO BRASILEIRA

8. O ato de governo é espécie do gênero ato administrativo. 9. Motivo e finalidade no ato de governo. 10. O caso concreto da intervenção. 11. O conceito de ato de governo.

8. Na ordenação jurídico-política brasileira, a questão peculiariza-se, em face da Constituição, de leis extravagantes que regulamentam competências inscritas na Constituição (*portanto*, leis de caráter administrativo), e dos atos institucionais propriamente ditos, editados pelo Governo Federal.

Decerto, o quadro constitucional e administrativo de nossas instituições distancia-se do paradigma francês e em muito assemelha-se ao que descreve Cassagne, *daí poder-se considerar a observação do ilustre administrativista argentino quanto à inexistência dos atos de governo, como categoria própria e autônoma*. Todavia, se, de um lado, tanto os atos de governo que atingem direitos individuais quanto os administrativos não escapam ao controle de legalidade — é o que dispõe o art. 153, § 4º, da vigente Constituição Federal brasileira (Emenda nº 1/69): “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” —, por outro lado, não se pode ignorar que a mesma Carta Constitucional confere à União, aos Estados e aos Municípios, bem como ao Poder Legislativo, certas competências para a prática de atos que em nada repercutem sobre o direito subjetivo individual, sendo, pois, insuscetíveis de revisão judicial, como é o caso do que se contém nos arts. 8º, 10, 11, 12 e 15. Os atos praticados em consonância com essas disposições não deixam de ser administrativos, na essência de sua *estrutura jurídico-formal*. Mas não há dúvida de que são de hierarquia diversa da do ato administrativo comum, uma vez que consagram opções e decisões que implicam toda a vida nacional, sem ferir, diretamente, direitos subjetivos individuais.

Tampouco cremos que se possa, na prática, fazer nítida separação entre administração e governo, contudo há que reconhecer não ser descabido o reparo de Bénéoit, quando faz ver que “l’homme de gouvernement et l’administrateur n’ont pas le même rôle ni ne doivent avoir les mêmes qualités, puisque gouverner c’est procéder aux choix politiques, tandis qu’administrer c’est assurer le fonctionnement quotidien des services publics, faire la police et gérer le domaine”. (18)

(18) FRANCIS-PAUL BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*. Paris, 1968.

Em conseqüência, parece assistir razão aos termos em que coloca a questão o insigne professor José Cretella Júnior, para quem "o ato de governo é espécie do gênero ato administrativo, do mesmo modo que Poder Administrativo e Poder Executivo, um vinculado a outro, numa relação de gênero e espécie". O ato de governo, não se distinguindo, em substância, do ato administrativo, também tem em mira a concretização do direito, porém "forma uma classe à parte entre as múltiplas manifestações da vontade" governamental. Aproxima-se, sob certos aspectos, do ato discricionário, "se bem que se movimente numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos denominar de discricionariedade governamental ou discricionariedade política". (19)

9. Tome-se o caso do art. 8º, XVII, p, da Constituição brasileira (Emenda nº 1/69). Dá à União competência para legislar sobre entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. E fê-lo a União através do Decreto-Lei nº 941, de 13-10-1969, adotando um sistema misto: submeteu ao Judiciário o julgamento da legalidade e procedência do pedido (art. 94) e erigiu o Executivo em Juiz absoluto da conveniência e do interesse em executar a extradição. Imagine-se, pois, a natureza do ato que execute a extradição.

Tratar-se-á de ato administrativo, sem dúvida. E também de ato de governo, pois que sobre ele não mais poderá pronunciar-se o Judiciário, ante a discricionariedade governamental expressamente imposta pela lei. Em outras palavras, a lei autoriza o governo a dispor sobre parcela dos direitos subjetivos de certa pessoa, sob certas condições, uma vez demonstrado que a permanência dessa pessoa em território brasileiro não convém aos interesses nacionais.

Para que se esbocem os elementos do ato de governo, recorra-se aos elementos do ato administrativo que o individualizam em face do ato jurídico: o motivo e a finalidade. Ver-se-á, então, que ato de governo é espécie de ato administrativo, cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo ou não produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, desde que a finalidade seja a salvaguarda, mesmo a título preventivo, dos interesses nacionais objetivamente ameaçados. O fato de ser ato insuscetível de revisão judicial não colide com a judicialidade do gênero ato administrativo, pois que também neste a parcela de discricionariedade é intangível por ato judicial, a menos que ilegal. E controle de legalidade há de haver sempre, no Estado de Direito. (20) Daí havermos sustentado a insuficiência do critério vazado apenas no controle de legalidade para definir o ato de governo.

10. Tome-se outro exemplo concreto para reforçar as características ora relacionadas quanto aos atos de governo. Seja o dos arts. 10 e 15 da Emenda Constitucional nº 1/69, o primeiro dispondo sobre os casos

(19) In Dicionário de Direito Administrativo, pág. 34. São Paulo, 1972.

(20) É preciso não esquecer que a prática administrativa evidencia como são raros os modelos extremos e categóricos, quando se trata de ato vinculado e ato discricionário. Como adverte CAIO TÁCITO, "não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuadas, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa" (op. cit., pág. 66).

de intervenção da União nos Estados; o segundo, sobre a intervenção do Estado nos Municípios.

Recordem-se os contornos mais gerais do instituto da Intervenção.

Historicamente, a intervenção federal ganha relevo à época em que se discutia ainda a tese da soberania estadual, nos primórdios do regime federativo (séculos XVIII e XIX). É medida que tem caráter de excepcionalidade, somente podendo ser aplicada nos casos em que o autorize expressamente a Constituição. A regra sempre foi, e é, a da *não-intervenção*.

Alguns, como Max Fleischmann, vêem-na como uma medida derivada do poder de polícia da União. Outros, à frente Edgard Leoning, entendem-na como medida relacionada à *segurança nacional*. Já Alberto Haenel considera-a ato administrativo; Ludwig Waldecker, um ato de execução. O insigne constitucionalista da Escola de Recife, professor Luiz Pinto Ferreira, descreve-a como medida de índole político-jurídica cujo fim é preservar a ordem constitucional prevista na Lei Magna. (21)

Excluam-se, de nossa preocupação, no momento, as três últimas acepções: ato administrativo, ato de execução e instrumento político-constitucional. Aceitar qualquer delas significa renunciar à pesquisa das razões e motivações que singularizam a história das instituições políticas de uma nação. E é admitir que a *intervenção federal não passa de uma medida burocrática revestida de formalidades peculiares*. Em verdade, a intervenção federal sempre foi, e continua a ser, um instrumento de conteúdo finalístico transcendental, qual seja o de prevenir e desencorajar qualquer ameaça à unidade nacional. É evidente que, de um ponto de vista formal, a intervenção federal é também um ato da Administração Federal e um ato de execução, bem como um instituto jurídico, de vez que seu campo de incidência é demarcado constitucionalmente. Mas sob uma ótica de maior alcance político, a intervenção representa uma dentre as garantias constitucionalmente previstas para a soberania, a unidade e a integração nacionais. Assim, deter-nos-emos em examinar sua natureza como manifestação do poder de polícia e da segurança nacional.

Ao falar-se em poder de polícia, nunca é demais lembrar que a expressão *sofreu profundas modificações em seu conteúdo desde o século XIX*, quando surgiu com a acepção que hoje reservamos para a administração pública em geral. Era, então, toda a ação do Príncipe dirigida a promover o bem-estar dos vassalos. E, na verdade, o célebre tratado sobre a Polícia, de Delamare, versa tantas e tão variadas matérias que abrange toda a administração do Estado.

Marcelo Caetano supera os obstáculos que representam as confusões freqüentes entre o instituto jurídico da Polícia e o sentido vulgar em que se emprega o termo, a imprecisão dos manuais franceses e a divisão dos autores na Itália e na Alemanha, para apresentar uma moderna definição de poder de polícia: "O modo de atuar da autoridade adminis-

(21) Apud PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, vol. 1.º, págs. 107-116. São Paulo, 1974.

trativa, que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir." (22)

A essência da definição está na noção de prevenir danos sociais. Essa prevenção é o objeto próprio do modernizado poder de polícia, é o elemento jurídico fundamental do instituto. Arma-se a administração de meios necessários e suficientes para evitar que certas ações comprometam o bem-estar coletivo, ou desvirtuem atividades e funções de interesse público.

Neste ponto, é preciso apontar uma discrepância. Caetano confina o poder de polícia à intervenção no exercício de atividades individuais. São sempre as pessoas, diz ele, que estão sob a ação policial, mesmo quando atuam em grupo ou associação. A doutrina não é unânime. De nossa parte, cremos que toda vez que à administração é reservado o direito de intervir nas ações ou atividades de pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza, com o fim de prevenir danos sociais, há inequívoca manifestação de poder de polícia.

Assim, quando a Constituição Federal brasileira (Emenda nº 1/69) assegura à União o poder de intervir nos Estados para manter a integridade nacional, pôr termo a perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou a corrupção no poder público estadual, assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais, reorganizar as finanças do Estado sob certas circunstâncias etc. (art. 10), está concedendo à Administração Federal supremo grau de poder de polícia, em sua mais larga acepção.

É o próprio Caetano quem reforça esse entendimento, ao enfatizar que os danos sociais a prevenir devem constar da lei. E que os poderes de que se valerá a administração para efetivar a prevenção também têm de ser jurídicos, isto é, fazerem parte de uma competência conferida por lei e visarem à realização de fins legalmente fixados.

Característica que se compadece com o fato de que, conforme adverte ainda Caetano, "os poderes de polícia são, como todos os poderes constituídos de uma competência, conferidos por lei. Uma vez, a lei discrimina minuciosamente os modos do respectivo exercício e os limites de seu alcance; outras vezes confere poderes discricionários, os quais são numerosos quando se trata de competência policial... Os poderes discricionários de polícia têm, porém, de ser entendidos relativamente ao fim legal de sua instituição; nem há discricionariedade quanto ao fim, pois nunca o arbítrio do agente pode ir ao ponto de usar da competência para realização de interesses diferentes dos da Administração Pública, sob pena de invalidade de seus atos por desvio de poder". (23)

(22) In *Manual de Direito Administrativo*, tomo II, pág. 1068. Rio de Janeiro, 1970.

(23) *Idem*, pág. 1071.

Logo, não seriam de excluir-se da incidência mais lata do poder de polícia os casos em que a própria Constituição expressamente supre a Administração Federal de poderes específicos para prevenir danos sociais, através da intervenção nos Estados. O exercício desses poderes ocorrerá por meio de atos especiais, os quais, embora de natureza administrativa, contêm tal especificidade que constituem uma espécie distinta daqueles atos — são os atos de governo.

A intervenção federal foi, durante a Primeira República, poderoso instrumento de resguardo da segurança nacional, entendida esta, à época, como manutenção da paz e da ordem pública. Através da intervenção foi possível manter a unidade política do País, freqüentemente posta em xeque por comoções intestinas. Ainda que a intervenção pudesse ser empregada, ocasionalmente, para satisfação de propósitos políticos subalternos, o fato é que, da decretação e efetivação desse recurso legal saiu a União fortalecida, com respaldo constitucional. (24)

A Constituição de 1934 orientou-se no sentido do federalismo cooperativo. Ampliou os poderes da União sem destruir a autonomia dos Estados. Note-se que, em seu art. 12, autorizou a intervenção federal, entre outras hipóteses, para manter a integridade nacional, compreendendo a ordem interna e a soberania externa.

Sob a Constituição de 1946, o federalismo cooperativo manteve as conquistas obtidas em 1934 e alargou os poderes da União. O elemento característico dessa fase do federalismo brasileiro esteve na política da União de promover o desenvolvimento nas regiões menos beneficiadas pelo progresso. Tal inovação demonstra que a cooperação transcende a esfera das meras relações entre União, Estados e Municípios, para projetar uma nova perspectiva, que revela a preocupação do Governo Federal em acionar um desenvolvimento integrado.

A Constituição de 1946 conservou as regras atinentes à intervenção federal nos Estados, dando-lhe os publicistas, todavia, interpretação mais abrangente. Ela ocorreria "em função de duas causas: a integridade nacional, primeiramente; depois, a tranqüilidade pública. Naquela hipótese, impede a desunião dos Estados e a conseqüente dissolução da Pátria; nesta, assegura ao povo — que, nem por estar distribuído por Estados, deixa de ser o povo único, protegido pelas instituições nacionais — o respeito às condições de ordem e legalidade que lhe prometeu a Constituição da República". (25)

(24) A propósito, RAUL MACHADO HORTA, "Tendências de Federalismo Brasileiro", in *Revista de Direito Público*, vol. IX, pág. 11.

(25) PEDRO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, pág. 73. Rio de Janeiro, 1951.

No texto constitucional de 1967, a intervenção federal recebeu novo tratamento: permaneceu como instrumento de manutenção da integridade nacional, mas adiantou-se quando substituiu a expressão "guerra civil", da Constituição de 1946 (art. 7º, III), por "grave perturbação da ordem", além de haver acrescentado nova hipótese de intervenção, consubstanciada na "ameaça de irrupção da perturbação da ordem":

"Art. 10 — A União não intervirá nos Estados, salvo para:

I — manter a integridade nacional;

.....

II — pôr termo a grave perturbação da ordem, ou ameaça de sua irrupção."

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, é mais taxativa no enunciado desses preceitos, tornando-os ainda mais íntimos da segurança nacional. Quanto à intervenção federal, nova hipótese é, na Emenda nº 1, adicionada aos casos previstos pelo art. 10, de 1967:

"Art. 10 — A União não intervirá nos Estados, salvo para:

.....

III — pôr termo a perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou a corrupção no poder público estadual;"

Aplica-se idêntica regra no caso de intervenção do governo estadual no municipal:

"Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

.....

§ 3º — A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

.....

e) forem praticados, na administração municipal, atos subversivos ou de corrupção;"

A corrupção no exercício do poder público é equiparada, assim, aos demais casos passíveis de provocar insatisfação ou revolta social, geradores de riscos à segurança, e ensejando a intervenção.

11. O que se conclui do exposto é que todas as hipóteses formuladas para fundamentar a intervenção federal são válidas e coexistem, porém em dois planos distintos: o formal-administrativo, e neste a intervenção

é ato administrativo, de execução, e instrumento de política constitucional; o de conteúdo finalístico em relação à sobrevivência mesma da União Federal, que coloca a intervenção como instrumento constitucional para garantir a soberania, a unidade e a integridade nacionais. Trata-se, então, de ato de governo.

O recurso à intervenção vem tornando-se raro em nosso tempo, o que, para o eminente Pinto Ferreira, traduz “desprestígio teórico” do instituto. Para nós, a afirmação procede apenas em parte. A consolidação das Federações, fruto de melhor compreensão sobre sua estrutura e seu funcionamento, aliada à consciência democrática de número cada vez maior de governantes e governados, é que tem contribuído para o atual desuso da intervenção federal. Se, de um lado, é animador constatá-lo — como indício de amadurecimento político das nações —, significa, por outro turno, atitude realista e prudente, em face das contingências da natureza humana diante do fascínio do poder e da crescente complexidade técnica que se apresenta nas ações de governo, manter a intervenção federal como garantia constitucional de autodefesa do federalismo, o qual seria organização incapaz e desestruturada sem o instituto da intervenção. Assim, a intervenção, como manifestação superlativa do poder de polícia, será, tal qual este é definido por Bernard Schwartz, “direito natural de autodefesa” da sociedade nacional organizada em Federação. (26)

Não é menos verdade, tampouco, que o Estado contemporâneo tem encontrado sucedâneos para a intervenção federal, com o mesmo objetivo de assegurar unidade e uniformidade de ação nos Estados-membros. São fórmulas que visam ao mesmo efeito operativo, mas minimizam as disfunções e os traumas político-institucionais que usualmente acompanham a intervenção.

No Brasil — onde, ainda recentemente, o Governo do Estado do Rio de Janeiro decretou intervenção no Município de São João de Meriti, com fulcro no art. 15, § 3º, e, da Carta vigente —, várias têm sido as medidas incorporadas na ordem legal e no âmbito político-administrativo, mercê das quais a intervenção fica colocada na posição de remédio extremo, a ser ministrado quando esgotadas ou malogradas as demais instâncias políticas e administrativas, ou se caracterizam situações de subversão da ordem ou corrupção no poder público. Pelo menos duas medidas podem ser assim caracterizadas, entre nós: a que declara certos municípios como de interesse para a segurança nacional, sendo seus prefeitos nomeados pelo Presidente da República; e as que resultam dos planos e programas integrados de desenvolvimento, por meio dos quais União e Estados, comumente de uma mesma região ou em torno de um certo pólo de interesse (regiões metropolitanas, por exemplo), somam recursos e ações sob as diretrizes ditadas pelo Governo Federal.

(26) *Constitutional Law*, pág. 43. New York, 1972.

Se é verdadeiro, de um lado, que o apelo à intervenção vem sendo evitado pela concepção de novas formas políticas e administrativas de influência executiva da União sobre os assuntos estaduais, não é menos real, de outro turno, que a permanência, nas Constituições, da possibilidade de a União intervir nos Estados e estes nos Municípios representa uma reserva de poder de polícia indispensável, a ser utilizada no momento adequado e conforme a lei.

Assim, podemos acrescentar, ao primeiro esboço de definição do conceito de atos de governo, sua relação com a segurança e o desenvolvimento nacionais. Nosso conceito será, então: espécie de ato administrativo, cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo, ou não, produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, e cuja finalidade é prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento nacionais, nos termos da Constituição e legislação pertinente.

IV — OS ATOS INSTITUCIONAIS NO CONTEXTO POLITICO-JURÍDICO BRASILEIRO

12. Os atos institucionais na antigüidade clássica: atos de governo, atos administrativos típicos. 13. O ato institucional brasileiro é virtual ato de governo e ato administrativo atípico. 14. Efeitos técnico-jurídicos do ato institucional. 15. Ilustrações históricas.

12. Os atos institucionais — que, omitidos pela doutrina européia, abrangam, na Argentina, os atos de governo que não produzem efeitos jurídicos sobre direitos subjetivos individuais — são destinados, no Brasil, a reprimir ou reparar, por iniciativa do Presidente da República, com base em investigação sumária excluída da apreciação do Poder Judiciário, casos de corrupção no exercício de função pública ou de subversão das instituições nacionais.

Estariam tais atos absorvidos pelo conceito que vimos de fixar para os atos de governo e, pois, sujeitos à mesma morfologia dos atos administrativos?

Socorramo-nos, uma vez mais, do estudo histórico, para esclarecer, no defluir da evolução conceitual, quais os elementos efetivamente estruturais dos atos institucionais, apartando-os daqueles de ordem conjuntural.

Entre as reformas constitucionais introduzidas por Clístenes na democracia ateniense, em 507 A.C., incluía-se o "ostracismo", que nada mais era do que o direito, conferido à assembléia popular, de afastar de Atenas, por dez anos, pessoa que atentasse contra a harmonia e a tran-

quilidade da ordem política. Criava-se "um instrumento político como salvaguarda constitucional da democracia". (27)

(27) Cfr. A. J. GREENIDGE, *Greek Constitutional Antiquities*, Londres, 1896. A propósito da estrutura democrática ateniense, vale a pena recordar o funcionamento de seus órgãos principais de governo.

Em Atenas, uma monarquia imperara até meados do século VIII A. C. Durante a centúria seguinte, o conselho de nobres — Areópago — despoja o rei de seus poderes. A introdução da cultura da vinha e da oliveira proporciona o desenvolvimento da agricultura como empreendimento de vulto. Os vinhedos e os olivais exigem tempo considerável para produzir; somente prosperam os que dispõem de recursos capazes de suportar o período de plantação e acilmação. O pequeno lavrador endivida-se, devido, também, à importação do trigo a preços ruinosos. Não lhe resta outra alternativa que hipotecar a terra, depois a família e a si próprio. Muitos acabam como servos, quando não mais podem resgatar as hipotecas.

Do caos emergem reclamações e ameaças de revolução, até que, em 594 A. C., todas as facções acordam na indicação de Sólon para magistrado, com a incumbência de realizar reformas. Sua escolha, realça TOYNBEE ("Helenismo", ed. 1969), deve-se ao "fato de ser esse raro homem de negócios uma figura neutra numa comunidade predominantemente agrícola".

As primeiras reformas de Sólon foram a criação do Conselho dos Quatrocentos, incorporando cidadãos da classe média entre seus membros; libertação das classes inferiores, tornando seus componentes aptos para participarem da "ecclesia", ou assembleia do povo; organização de um tribunal supremo, aberto a todo cidadão eleito pelo sufrágio masculino, com competência para julgar recursos das decisões dos magistrados, que constituam o Colégio dos Arcontes, de 9 membros.

As reformas de Sólon não aquietaram o descontentamento. As classes populares permaneceram insatisfeitas porque continuavam excluídas das funções da magistratura e porque o Areópago conservava seus poderes intactos. A segunda reforma constitucional ateniense — Dracon produzira a primeira, cêlebra pelo rigor de suas disposições — não logrou, assim, estabelecer o equilíbrio entre os órgãos que detinham o poder, nem equanimizou a distribuição de suas atribuições.

A personalidade ateniense aproximava-se, a essa altura, da descrição de BURNS:

"Entre todos os povos do mundo antigo, o que melhor refletiu o espírito do homem ocidental foi o helênico. Nenhuma outra nação de seu tempo deu provas de tão forte dedicação à causa da liberdade ou de uma crença tão firme na nobreza das realizações humanas. Glorificavam o homem como a mais importante criatura do universo e recusavam submeter-se às imposições dos sacerdotes ou dos déspotas, e até a se humilhar ante os deuses. Sua atitude era essencialmente laica e racionalista; exaltavam o espírito de livre exame e colocavam o conhecimento acima da fé" (*"História da Civilização Ocidental"*, 8.ª ed., 1968).

Sólon abriu os horizontes atenienses. Até sua época, sustenta TOYNBEE, "a Ática fora uma região atreada. Nenhuma parte lhe coubera na expansão do mundo helênico pela colonização no além-mar".

As reformas de Clístenes, que se seguem às de Sólon, adverte A. ANDREWES ("O desenvolvimento da cidade-Estado", in "O Mundo Grego", ed. 1965), "não são fáceis de interpretar, mas a tendência geral era reduzir ainda mais a área em que a influência aristocrática pudessem ser exercida". O mesmo autor é enfático quanto ao início da democracia em Atenas: "Havia ainda muito a fazer antes que a democracia ateniense alcançasse o auge, mas se tivermos de atribuir seu nascimento a um ano, então 507 A. C., o ano da legislação de Clístenes, será o mais adequado".

O conselho soloniano é adaptado à Constituição de Clístenes, passando a Conselho dos Quinhentos, com 50 delegados de cada tribo. O Colégio dos Arcontes recebe um secretário, e o Tribunal de Julgamento Popular passa a contar com 5 mil juizes, 500 de cada tribo. Mantém-se a "ecclesia".

A idéia ateniense é assim descrita por JONES: "Todos os cidadãos tinham não só direitos iguais perante a lei, mas uma voz igual na decisão das questões públicas e uma parcela igual no governo prático do Estado. Era isso o que a democracia significava para os gregos. Eles desconfiavam das instituições representativas e teriam considerado o sistema parlamentar como uma forma de aristocracia elitista. A verdadeira democracia exigia, para eles, que cada cidadão ouvisse pessoalmente todas as questões debatidas — e opinasse, querendo — e nelas votasse diretamente; até mesmo na administração, todo cidadão deveria governar e, por sua vez, ser governado" (A. H. JONES, "Atenas e Esparta", in "O Mundo Grego", 1965).

Dai a consideração do sorteio como uma das pedras fundamentais da democracia. Os atenienses viam na eleição um processo antes aristocrático do que democrático; os que desfrutassem de riqueza, posição ou palavra fácil, habitualmente sobrepujariam o homem comum.

Os conselheiros e magistrados passaram a ser indicados por sorteio. A escolha ocorria anualmente, computadas todas as camadas de Atenas e das aldeias áticas, mais ou menos em proporção às respectivas populações; nenhum cidadão podia servir por mais de duas vezes em qualquer dos casos. Essa coleção, formada tão ao acaso e alterada a cada ano, dificilmente poderia adquirir espírito de grupo. O Conselho dos Quinhentos, na verdade, representava uma amostragem da totalidade das cidadãos.

A assembleia popular reunia-se a céu aberto, no monte de Pnyx, em frente à Acrópole, pelo menos 40 vezes por ano. Resolvia desde as maiores questões de política até os pormenores administrativos. Todos os cidadãos — a menos que tivessem perdido seus direitos — podiam comparecer, votar, pronunciar discursos e apresentar moções. Os gregos mantinham reservas em confiar decisões vitais ao voto da maioria, numa reunião de massa, mas os atenienses julgavam que os méritos do sistema lhe compensavam os defeitos. Argumentavam que enquanto o perito destina assuntos técnicos, o debate da maioria dos problemas políticos depende de considerações morais sobre as quais todos estão habilitados. A assembleia ouvia a opinião do técnico e o valava quando não demonstrasse conhecimento sobre o tema; em assuntos genéricos, escutava qualquer orador, nobre ou plebeu, rico ou pobre, com a mesma atenção. A "ecclesia" era ocasionalmente tomada pela emoção, a ponto de aprovar decisões brutais. Certa feita, ordenou a execução da totalidade da população masculina da cidade rebelde de Miléna; no dia seguinte, envergonhou-se da decisão e anulou-a em tempo.

Esse ato da assembléia ateniense — “ecclesia” —, de indole política e previsto na Constituição, é, por certo, o mais remoto antecedente das cassações de direitos políticos decretadas pelo Presidente da República e introduzidas na vida política brasileira a partir de 1964, através de atos chamados de institucionais.

O “ostracismo” consistia em afastar de Atenas quem se constituisse em ameaça à ordem política estabelecida e ao regime democrático. A aplicação da medida cabia à assembléia popular, em reunião convocada especialmente para tal fim. Os cidadãos registravam o nome dos que pretendiam afastar em fragmentos de “ostrakon” (concha ou telha), os quais depositavam em urnas fechadas. Impunha-se o “ostracismo” se houvesse seis mil votos a favor (divergem os autores quanto ao mínimo de votos; para alguns, seria de dez mil).

Após os dez anos, o atingido reintegrava-se em seus direitos civis e políticos. O “ostracismo” era antes preventivo do que punitivo. Afastava-se o cidadão antes que aglutinasse poderes e adeptos o bastante para, aí, sim, trair a Constituição. Não se confundia a medida com o exílio romano, que importava na perda da propriedade e dos direitos civis e políticos em caráter irrevogável, não se marcando prazo, ademais, para o retorno a Roma. A própria “ecclesia” aboliu o “ostracismo” por volta de 380 a.C., pois que se desvirtuara de seus objetivos iniciais, tornando-se arma partidária na luta entre facções rivais.

Escoimado de sua roupagem circunstancial, o que se poderia chamar de ato institucional ateniense reduz-se a alguns elementos essenciais: ato discricionário, da competência de órgão inscrito na Constituição, a qual lhe definiu o objeto e a finalidade. Presentes, pois, os elementos típicos do ato administrativo: o motivo, deixado à discricionariedade da “ecclesia”; e a finalidade — afastar da cidade-Estado aquele que representasse ameaça ao Estado, conforme concebido pela Constituição. É evidente que a decisão da assembléia era irrecorrível, o que contribuía para conferir a esse ato administrativo a peculiaridade de um ato de governo.

13. Entre os elementos essenciais do ato institucional ateniense e o brasileiro verificam-se algumas discrepâncias, de fundo e de forma. Lá, o ato era da competência da “ecclesia”, que se poderia equiparar ao Poder Legislativo nas democracias representativas modernas; aqui, é do Presidente da República, o que acompanha a tendência do Estado contemporâneo no sentido do fortalecimento do Poder Executivo. Lá, toma-

va-se a decisão por voto popular; aqui, é o Presidente da República, por provocação de autoridade competente (Ministros ou Governadores de Estados), quem a impõe. Em ambas as situações, contudo, há regras a observar: lá, a exigência de um mínimo de votos para que se concretizasse a medida, sua duração por dez anos, e a reassunção de todos os direitos civis e políticos ao cabo desse período; aqui, precede e embasa o ato institucional investigação sumária realizada por órgãos específicos, há o mesmo período de duração da medida, e a exclusão de seus efeitos sobre os direitos civis, que permanecem intactos. Lá, o cidadão era obrigado a afastar-se de Atenas durante dez anos; aqui, o afastamento do País não é necessariamente imposto em todos os casos, mas apenas nos de banimento.

A fundamental diferença, porém, reside na fonte de poder que legitima o ato. Enquanto o "ostracismo" em Atenas era previsto e regulado pela Constituição, representando, pois, uma opção política de governo, de contornos jurídicos — constitucionais e administrativos — bem definidos, o ato institucional brasileiro alega o respaldo de um poder revolucionário, o qual é legítimo até o momento em que o deixa de ser, como ocorre em todos os fenômenos histórico-culturais, como seja uma revolução. É evidente que não vai aqui qualquer juízo de valor, mas, tão-somente, a constatação científica das lições da História e do Direito. (28)

Tecnicamente, o que se deduz é que o "ostracismo" ateniense era um ato de governo, reunindo todos os elementos do conceito que fixamos para a espécie — discricionariedade quanto ao motivo, e a finalidade de prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento da democracia, nos termos da Constituição. Era, pois, ato administrativo típico e específico, cujo objeto era a salvaguarda da Constituição, que a tudo e a todos sobrepairava.

(28) "Objeta-se que, ocorrida a ruptura da ordem jurídica, o poder revolucionário se investe, de fato, de função constituinte. É, realmente, o que a história demonstra, em múltiplas situações. É de ver, porém, que o poder revolucionário ou discricionário não tem alcance ilimitado, mesmo no tempo. Presunção em contrário negaria o pensamento universal, que localiza nas formas políticas o meio de instituir-se a ordem estável. DE GAULLE, em 1958, retornando ao poder na França, propôs revisão constitucional, realizada por processo diverso do previsto na Constituição de 1946. Fé-lo, porém, baseado em diploma constitucional que preestabeleceu as linhas básicas do novo sistema, ainda assim sob críticas, que se repetem. Efetivamente, a Lei Constitucional de 3 de junho de 1958, que disciplinou a revisão, prefixou diretrizes permanentes: a unicidade do sufrágio popular como fonte do poder; a separação do Poder Executivo e do Poder Legislativo; a responsabilidade do Governo perante o Parlamento; a independência da autoridade judiciária para ser guardiã do respeito às liberdades essenciais; a participação de membros da Assembléia Nacional e do Conselho da República na coordenação do texto. Por fim, obrigou a que o projeto, aprovado pelo Conselho de Ministros, e ouvido o Conselho de Estado, fosse submetido a referendun do povo. Até as revoluções sociais buscam sua consolidação em regimes constitucionais, mesmo com peculiaridades, nem todas aceitáveis em face de conquistas espirituais da civilização. Pode afirmar-se, pois, que o poder de fato se exaure, uma vez exercitada a tarefa constituinte. A partir daí, resta o poder de reforma, que há de obedecer, em rigor, aos cânones estabelecidos no próprio pacto fundamental.

Em suma, do ponto de vista sociológico, não há base sólida para que uma revolução exerça, indefinidamente, por modo discricionário, o poder criador de normas supremas. Não lhe convém, sequer, a manutenção do ordenamento provisório ou de exceção, que é propício a revoltas, geradas quase sempre por incertezas prolongadas. Bem adverte o professor THEODOR VIEHEWIG: "... aquele que quer construir uma dogmática jurídica deve procurar uma certa finitude na série de legitimação. Se o pensamento se estende ao infinito, a dogmática não é mais possível". Vale dizer, a perpetuação do poder político discricionário esgota a legitimidade das medidas admissíveis no estado de crise. — JOSAPHAT MARINHO, "Perspectiva do Controle da Constitucionalidade", Conferência proferida no II Fórum Nacional de Debates sobre Ciências Jurídicas e Sociais (II FONAJUR), realizado na Universidade de Brasília, entre 8 a 12 de agosto de 1977.

O ato institucional brasileiro tem as virtualidades do ato de governo, faltando-lhe, todavia, a provisão constitucional. Não se trata de indagar se o ato institucional é um bem ou um mal. Será um bem ou um mal conforme o objeto que se lhe atribua seja compatível ou incompatível com sua finalidade. Para os atenienses significou instrumento de salvaguarda constitucional da democracia, nada obstando a que o seja também entre nós, ao menos enquanto não se afasta de seu fim, conforme ocorreu em Atenas.

O que é necessário averiguar, do ponto de vista técnico-jurídico, é se a ausência de respaldo constitucional dos atos institucionais brasileiros, virtuais atos de governo, atos administrativos atípicos, não produzirá efeitos contrários ao resultado que se pretende obter pela sua aplicação.

14. Temos que isto será inevitável no decurso do tempo. No momento em que cessar o poder em que se fundaram os atos — já que estes não se regulam constitucionalmente —, ou que esse poder, pelas alterações naturais de postura política no processo histórico, entenda que deve anistiar os que tenham sido atingidos pelos atos institucionais, estes retomarão o curso dos atos administrativos anuláveis por vício quanto à competência, ao objeto, à forma, ao motivo ou à finalidade, ou seja, nulidade absoluta.

Em outras palavras, o Poder Judiciário, por imperativo constitucional, não se poderá negar ao exame de legalidade, ainda que não se imiscua no exame de mérito. Em assim fazendo, terá de restituir os atingidos à situação jurídica em que se encontrassem quando do ato, de vez que a anulação deste operará efeito *ex tunc*. Isto significa que funcionários públicos demitidos ou aposentados com base em ato institucional poderiam retornar ao serviço público, o que, em última análise, contrariaria a finalidade de seu afastamento pela via do ato institucional: livrar a administração pública de pessoas cujo comportamento ou atividade houvesse lesado ou ameaçado a segurança ou o desenvolvimento do País.

Do ângulo técnico-jurídico, não vislumbramos, à vista do exposto e em face da sistemática constitucional brasileira, outra alternativa capaz de criar, legitimamente, a espécie "atos Institucionais" no direito brasileiro, que não seja a de inscrever, na Constituição, a finalidade desses atos e a regulamentação de seu exercício, a qual incluiria, necessariamente, no que coubesse, o processo administrativo regular e a garantia do contraditório.

De certa forma, esta tem sido a tendência observada na prática pela administração pública federal, a qual tem evitado sugerir a aplicação de ato institucional onde se possa proceder a inquérito regular, seguido do processo judicial pleno, com todas as vantagens de perenidade que propicia o amparo constitucional. Também as mais recentes decisões do

Supremo Tribunal Federal se têm oposto à discricionariedade onde se possa dar solução rente à Constituição. (29)

Nem deve ser outra a tendência. Aplicar ato institucional para extinguir, criar, modificar ou transferir direitos que o podem ser com base na legislação ordinária — direito penal e processual, sobretudo — significa desnaturar atos que devem ser de governo, em face de situações excepcionais e relevantes para a segurança e o desenvolvimento do País. Não há o menor sentido jurídico, por exemplo, em punir — aposentando ou demitindo — servidores públicos através de atos institucionais, pela prática de crimes capitulados na legislação penal e administrativa comum. Se um servidor público lesa o interesse público, há meios previstos na legislação comum para puni-lo ou compeli-lo a reparar o dano. Também o particular está sujeito a legislação suficiente.

Não há que alegar *vacatio legis*, pois que a legislação brasileira é das mais completas. E se hipótese nova sobrevier, que seja regulada pelo processo legislativo previsto na Constituição, o qual também dispõe de flexibilidade e abrangência. (30)

15. Tampouco se justifica usar atos de governo para suprir ineficiências ou deficiências operativas do sistema judiciário. Corrijam-se, mas não se amesquinhem, pelo uso impróprio, atos que devem, por definição e natureza, desfrutar da mais alta responsabilidade e hierarquia político-constitucional. Amesquinamento que apenas serve ao atingido, que pas-

(29) "Quando a controvérsia envolve questões fundamentais de direito e de política, referentes à liberdade humana ou à competência dos poderes do Estado, a decisão há de revestir-se de singular cautela, para impedir deformações e excessos prejudiciais às garantias do indivíduo e ao equilíbrio das instituições. Nessas hipóteses, notadamente, a letra dos textos legais precisa ser submetida a comparação severa com as idéias e os conceitos admitidos na Constituição.

Expressivo julgamento nesse sentido é o em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade parcial do Decreto-Lei n.º 322, de 1967. Editado com base no art. 58, I, do texto constitucional de 1967, ou seja, *segurança nacional*, esse decreto-lei, estabelecendo limitações ao reajustamento de aluguéis, regulou a purgação da mora nas locações (art. 5.º). Realçou a Corte, pelo voto do Relator, Ministro Alomar Baleeiro, que "o conceito de segurança nacional não é indefinido nem vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente da República ou do Congresso". Salientou que "segurança nacional" envolve toda a matéria pertinente à integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas". E concluiu: "Repugna à Constituição que, nesse conceito de segurança nacional, seja incluído assunto múdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses também múdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários" (Ac. STF, Pleno, no RE 62.731, em 1967, RTJ, vol. 45, pág. 558).

Sem negar a competência constitucional do Presidente da República, a decisão fixou a natureza e o alcance de um dos motivos autorizadores da expedição de decreto-lei. Evitou, assim, que a indeterminação do conceito de segurança nacional pudesse conduzir à absorção pelo Executivo, e conseqüentemente ao deslocamento do Congresso Nacional, de quase todas as matérias sujeitas à deliberação legislativa.

No campo dos atos administrativos, há recente e interessante julgado da 2.ª Turma da Suprema Corte. Em mandado de segurança impetrado "contra a cassação de alvará de construção", foi adotado, por unanimidade, o voto do Relator, Ministro Moreira Alves. A ementa do Acórdão resume o voto, com precisão: "Fere direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atinge apenas faculdade jurídica — o denominado "direito de construir" — que integra o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído, com base na autorização válida do Poder Público" (Ac. 2.ª T., STF, de 1976, no RE n.º 85.002).

Num domínio em que a tendência é tornar discricionário o poder vinculado e conferir a ambos extensão incompatível com o princípio de legalidade, que rege basicamente a administração, esse julgamento produz efeito entre os litigantes e vale como advertência de ordem geral." — JOSAPHAT MARINHO, conf. cit.

sa de criminoso comum a vítima política. No entanto, a punição não é da essência do ato de governo, institucional; será um acessório, se necessário e mediante certas condições, expressamente preceituadas. Está isto demonstrado nas páginas da História. E não apenas na antigüidade helênica.

No Brasil, ao proclamar-se a República, considerou o governo conveniente banir toda a Família Imperial do País. Não o fez porque nela encontrasse crimes. Fê-lo porque considerou prudente afastar do convívio político e institucional os que, durante meio século, haviam fincado raízes profundas na afetividade popular e exercido preponderante influência em todos os campos de atividade, o que poderia embaraçar a implantação de novo sistema de governo. Tratou-se, pois, do mais qualificado ato de opção política de governo. Tanto que o novo regime ofereceu ao Imperador pensão vitalícia, a qual foi por ele recusada. Modernamente — excuse-se a comparação um tanto grosseira, contudo bastante didática —, o banimento da Família Imperial seria um ato institucional pelo qual se aposentaria, compulsoriamente, um servidor público com vencimentos integrais, à vista de seu tempo de serviço.

Outra ilustração histórica: o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934 considerou "aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída a apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos". A Corte Suprema oscilou no entendimento da cláusula. Declarou, de um lado, que encerrava "verdadeiro bill de indenidade", não cumprindo ao judiciário "abrir distinção entre atos legais e ilegais"; de outro lado, também firmou que aprovados foram "somente os atos que se continham nas faculdades outorgadas a essas autoridades". Acórdão lavrado pelo Ministro Costa Manso, distinguindo onde o legislador generalizou, concluiu: "tratando-se de ato comum de administração, sem caráter político ou discricionário, está sujeito à apreciação dos Tribunais Judiciários" (Ac. 2ª T., 1943, no RE 3.935, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *Rev. Forense*, vol. 97, pág. 378; Ac. na Ap. 7.617, 1941, Rel. Min. Otávio Kelly, *Rev. Forense*, vol. 91, pág. 391; Ac. 1ª T., 1973, no Ag. 7.050, Rel. Min. Costa Manso, *Rev. Forense*, vol. 74, pág. 448).

(30) "Como a quase totalidade da legislação aprovada pelo Congresso provém da iniciativa e da pressão governamentais, pode-se concluir que o atual Legislativo brasileiro é predominantemente de tipo homologatório. Mesmo se excetuarmos os poderes excepcionais do Presidente da República, este é, dentro da normalidade constitucional, o maior legislador. De 31 de março de 1964 a 31 de dezembro de 1976, o Congresso aprovou 2.084 leis, enquanto o número de decretos-leis foi de 1.517. Para cada decreto-lei corresponde, pois 1,37 lei. Desse modo, o decreto-lei, que deveria ser uma legislação de urgência e, portanto, excepcional, caminha para ser uma forma normal de legislar e talvez tenda a ser a predominante.

Dai decorre o fenômeno curioso: o aceleramento da elaboração legislativa, por meio de prazos de tramitação dos projetos, não aumentou a produção de leis pelas Câmaras. Na Quarta República (1946-64), em 18 sessões legislativas, o Congresso aprovou 4.320 leis, ou seja, uma média de 240 por ano. Na República atual, durante as 13 sessões anuais, isto é, até 31 de dezembro de 1976 a safra foi de 2.084 leis, ou a média de 160,31 por ano. A explicação encontra-se na válvula dos decretos-leis, pois a soma destes com as leis votadas pelo Congresso eleva a 3.601 os diplomas com força de lei comum, dando a média anual de 277." — NELSON SOUZA SAMPAIO, "O Poder Legislativo no Brasil", conferência pronunciada no II FONAJUR cit.

V — CONCLUSÃO

Em tese, coexistem atos administrativos, atos de governo e atos institucionais, formando os dois últimos espécies dos primeiros, que são o gênero.

Os atos administrativos têm seus elementos constitutivos perfeitamente assentados, peculiarizando-se, em face dos atos jurídicos, pelo acréscimo, aos elementos básicos destes (forma, competência e objeto), do motivo e da finalidade, que devem sempre conformar-se ao interesse público.

Os atos de governo situam-se em hierarquia especial com relação aos atos administrativos. Seu conteúdo varia conforme a ordenação político-constitucional em que se encontrem. São acolhidos pela doutrina européia, em geral, como atos que produzem, ou não, efeitos diretos sobre os direitos subjetivos individuais, desde que tenham a ver com a sobrevivência do Estado, escapando ao controle judicial. Para a doutrina argentina dominante, não há, a rigor, o ato de governo. Este, caso produza efeitos diretos sobre direitos individuais, é ato administrativo comum; se não produz, como a decretação do estado de sítio e a intervenção federal, é ato institucional.

No Brasil, a Constituição Federal atribui competências privativas ou exclusivas para a prática de atos que, a par de serem administrativos em sua essência, são também de governo, pois que dizem respeito a questões vitais para a segurança e o desenvolvimento nacionais, quer produzam, ou não, efeitos sobre direitos subjetivos individuais, e escapam ao controle judicial quanto ao mérito.

Propõe-se a seguinte conceituação para atos de governo, em face da sistemática constitucional brasileira: espécie de ato administrativo, cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo, ou não, produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, e cuja finalidade é prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento nacionais, nos termos da Constituição e legislação pertinente.

O ato institucional, no Brasil, apresenta características peculiaríssimas, porém não de todo inéditas, já que se encontrará medida similar na antigüidade grega, introduzida na Constituição pela reforma de Clís-

tenes, em 507 A.C., funcionando como instrumento de salvaguarda constitucional da democracia ateniense.

Confrontando-se os elementos estruturais dos atos institucionais, em suas versões ateniense e brasileira, e sob análise estritamente técnico-jurídica, conclui-se que os atos institucionais, na atualidade brasileira e em face de nossa sistemática constitucional, são virtuais atos de governo, portanto atos administrativos atípicos, aos quais carece suporte constitucional, sendo, por tal razão, atacáveis pela via judicial quando lhes faltar a base de poder revolucionário sobre a qual são editados. Nessas circunstâncias, seria praticamente inevitável a anulação, com efeitos *ex tunc*, dos atos institucionais que houvessem atingido direitos subjetivos individuais.

Observam-se evidências de que se tende para a progressiva inclusão, na Constituição Federal brasileira, de provisões que sucedam aos atuais atos institucionais. Exemplo flagrante consta do Substitutivo que o partido governamental — ARENA —, remeteu ao partido da oposição — MDB —, ao longo do exame por que passou, no Congresso Nacional, o Projeto de Reforma do Judiciário encaminhado pelo Presidente da República àquela Casa Legislativa. Entre as inovações do Substitutivo estava a criação do Conselho Nacional da Magistratura, competente para "conhecer de reclamações contra juízes e membros de tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo determinar-lhe a disponibilidade ou a aposentadoria com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto em lei complementar" (art. 120, § 1º, do Substitutivo, publicado em *O Globo*, edição de 19 de março de 1977, pág. 8, 1º caderno). A inovação transformou-se em texto constitucional através da Emenda nº 7, de 13-4-77.

Ora, a existência constitucional de um órgão competente para atos de tal natureza — determinar disponibilidade e aposentadoria a magistrados de qualquer parte do País — equivale a tornar desnecessários atos desprovidos de amparo constitucional. Os atos desse Conselho seriam inequívocos atos administrativos, institucionais, necessários e suficientes para armar o Governo de meios capazes de afastar do serviço público, no âmbito da magistratura, aquele que com ele se demonstrasse ser incompatível. É legalmente, com absoluta submissão ao controle de legalidade (haveria que se observar o disposto em lei complementar) e às garantias constitucionais acerca dos direitos subjetivos individuais. Este, parece-nos, o caminho que pode conduzir ao aperfeiçoamento de nossa ordenação político-constitucional-administrativa, juridicamente.