
AFFECTUS E EFFECTUS NA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E ITALIANA: UM ESTUDO COMPARADO

*AFFECTUS AND EFFECTUS IN THE BRAZILIAN AND ITALIAN
ADMINISTRATIVE JUSTICE: A COMPARATIVE STUDY*

Judivan Juvenal Vieira

Procurador Federal

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Universidad Del Museu Social
Argentino; Especialista em Política e Estratégia pela Associação dos Diplomados da
Escola Superior de Guerra e Universidade de Brasília; Escritor.*

SUMÁRIO: Considerações preliminares; 1 *Affectus* na legislação brasileira; 2 Os afetos e seus efeitos nocivos para o Estado-Administração; 3 *Affectus* na legislação italiana; 4 *Effectus* dos desvios de conduta dos agentes públicos italianos; 5 Breve estudo de direito comparado do processo administrativo brasileiro e italiano e uma proposta para combate aos afetos nocivos ao tesouro público; 5.1 Quadro descritivo do sistema processual administrativo brasileiro; 5.2 Quadro descritivo do sistema administrativo italiano, segundo o Código de Processo Administrativo; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O homem é a razão de ser de todo o processo gnosiológico. Não há Estado nem Direito sem grupamentos humanos. Toda obra humana no Planeta de alguma forma se relaciona com os afetos humanos, sobretudo os vinculados à sobrevivência e à conquista do poder com o qual se possa produzir e repartir bens ou subjugar os bens do próximo ao tesouro pessoal. O direito que rege o Estado e sua Administração Pública por ser construção intelectual humana está repleto de exemplos de como os afetos dos agentes públicos podem gerar efeitos bons e ruins, justos e injustos, legais e ilegais, com reflexos na qualidade e quantidade das políticas e serviços públicos prestados ao cliente-cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Estado-Administração. Constituição. Código. Ética. Servidores Públicos. Corrupção. Efeitos. Responsabilidade.

ABSTRACT: The man is the reason of the whole gnosiological process. There is no rule or law without human groups. Every human endeavor on the planet in some way relates to the human affections, especially those related to survival and conquest of power with which someone may produce and share goods or, yet, subdue the neighbors goods to your own personal treasure. The State and its public administration, as part of the human intelectual building is full of examples of how the affections of the government employees may produce effects good and evil, just and unjust, legal or illegal with straight reflex on the quantity and in quality of the politics and public services.

KEYWORDS: The State-Administration. Constitution. Statute. Ethics. Public Servants. Corruption. Effects. Responsibility.

INTRODUÇÃO

O homem é a razão de ser de todo o processo gnosiológico. Não há Estado nem Direito sem agrupamentos humanos. Toda obra humana no Planeta de alguma forma se relaciona com os afetos humanos, sobretudo os vinculados à sobrevivência e à conquista do poder com o qual se possa produzir e repartir bens ou subjugar os bens do próximo ao tesouro pessoal. O direito que rege o Estado e sua Administração Pública por ser construção intelectual humana está repleto de exemplos de como os afetos dos agentes públicos podem gerar efeitos bons e ruins, justos e injustos, legais e ilegais, com reflexos na qualidade e quantidade das políticas e serviços públicos prestados ao cliente-cidadão.

Se é verdade que *Accessorium sequitur principale*, como usual dizer, antes de analisarmos o Estado ou sua Administração Pública em seu aspecto objetivo, importa ao jurista investigar o homem. Afinal, como disse Justiniano: “Vejam os antes as pessoas, pois é conhecer pouco o direito, se desconhecemos as pessoas, em razão das quais ele foi constituído¹.”

O homem é um plexo de afetos como amor, paixão, inimizade, amizade e desejos os mais diversos, inclusive os de riqueza. Estes sentimentos os guia e às vezes o escraviza ao ponto de seu apego a bens e valores que lhe agregam poder, o levar a extremar todo e qualquer meio que lhe pareça útil ao fim que deseja alcançar. Esse mesmo homem, na qualidade de agente público é capaz de privatizar a lei e subverter o interesse público em prol de seu interesse pessoal e de terceiros por quem nutre alguma espécie de afeto.

Desejos de riqueza ampliam o afeto pelo dinheiro por ele ser o “bem dos bens”. No caso específico dos agentes públicos a malversação dos dinheiros públicos é uma das causas mais decisivas da insuficiência do Estado-Administração em proporcionar dignidade social ao cliente-cidadão.

O afeto extremo pelo dinheiro e seu efeito nocivo é relatado assim na bíblia, o livro dos cristãos:

Porque, onde estiver o vosso tesouro, ali estará também o vosso coração. Lucas 12:34 [...]

Porque o amor ao dinheiro é a raiz de toda a espécie de males; e nessa cobiça alguns se desviaram da fé, e se traspassaram a si mesmos com muitas dores. 1 Timóteo 6:10

1 JUNIOR, Jose Cretella. *Curso de Direito Romano*. Rio: Forense, 1968. p. 59

Há, todavia, exemplos de agentes públicos, no passado, cujo afeto pelo povo os fez privilegiar o tesouro público ao invés de interesses pessoais. Da bíblia, ainda, se colhe o seguinte exemplo:

José, pois, era o governador daquela terra; ele vendia a todo o povo da terra; e os irmãos de José chegaram e inclinaram-se a ele, com o rosto em terra. Gênesis 42:6 [...]

Então José recolheu todo o dinheiro que se achou na terra do Egito, e na terra de Canaã, pelo trigo que compravam; e José trouxe o dinheiro à casa de Faraó. Gênesis 47:14

Cícero, o mais célebre estadista romano, com o amor que dedicava à República e a aversão que sentia pelos saqueadores do tesouro público, em sua obra “Los Ofícios” adverte sobre os efeitos maléficos da ação de quem toma para si o que não lhe pertence:

Que un hombre usurpe a otro alguna cosa y le despoje de sus intereses propios por aumentar los suyos, repugna mas a la naturaliza que la misma muerte, que la pobreza, que el dolor y todos los otros danos que pueden sobrevenir a nuestro cuerpo o a nuestra fortuna. Porque en primer lugar, esto es destruir la unión y sociedade humana [...] Al modo que si cada membro por su propio instinto pensara valer más, usurpando al más cercano su fuerza natural, vendría el cuerpo a una suma flaqueza, y aun a la muerte².

Passamos a demonstrar como afetos tais quais amizade e inimizade, amor e paixões encontram-se legislados no direito brasileiro e italiano e como o Direito regula os efeitos de tais condutas.

1 AFFECTUS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Civil brasileiro no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos, legisla sobre o afeto e seus efeitos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...]

² CÍCERO, *Los Ofícios*, Madrid: Espasa Calpe, S.A. 2003. p. 127.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar.

O Direito processual civil trata dos impedimentos e suspeições que envolvem os agentes públicos, destacando que a amizade ou inimizade podem ser fator impeditivo de participação nos processos decisórios. Eis um excerto do Código de Processo Civil pertinente aos juízes, extensível a todos os demais agentes públicos:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes.

O Código de Processo Penal veda aos juízes funcionar em processos nos quais os afetos em relação às partes são notórios. O efeito de tal atuação pode conduzir à nulidade ex tunc dos atos constitutivos de direitos. Eis como a questão é posta pelo art. 235:

Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padraсто, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

O Código Penal é pródigo como fonte de pesquisa para quem deseja investigar a relação que os afetos têm com o direito, a exemplo da vinculação que a emoção e a paixão possuem com a culpabilidade do sujeito ativo de um delito. Eis o que diz o art. 28 do CPB:

Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão.

Em outro exemplo podemos citar o afeto pela memória dos mortos, que obtém proteção do Estado contra quem ultraja tal sentimento, como

se extrai do art. 208. Rememoremos, também, o “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, conduta configuradora do crime de Prevaricação (art. 319 CPB).

Não olvidemos, ainda, que os crimes passionais podem se qualificar ou ter a pena aumentado em razão dos afetos fúteis ou torpes que os animam.

Que dizer do Título II do CPB que trata dos crimes contra o patrimônio? Quantos deles são movidos por afetos como abuso de confiança ou, simplesmente, por amor ou paixão pelos bens materiais?

2 OS AFETOS E SEUS EFEITOS NOCIVOS PARA O ESTADO-ADMINISTRAÇÃO

Também no Direito Administrativo os *affectus* dos agentes públicos pelos dinheiros públicos podem desequilibrar a relação entre o Estado-Administração e os Administrados. Principiemos pela Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92), que elenca vasto rol de afetos nocivos à *res publicae*:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, [...] presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

[...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...]

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]"

Em regra quem presenteia, ou o faz por afeto ou porque tem interesse em conquistar a confiança ou favor do beneficiário. O mesmo se pode dizer da ação de facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos. Os interesses ou sentimentos pessoais envolvidos são elos que ligam o sujeito ativo e o passivo da conduta.

Os Effectus resultantes dos affectus, que geram enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário público ou atentam contra a Administração Pública estão previstos no art. 12. Podemos listá-los da seguinte forma:

- 1 - perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- 2 - ressarcimento integral do dano;
- 3 - perda da função pública;
- 4 - suspensão dos direitos políticos;
- 5 - pagamento de multa civil;
- 6 - proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Analisando o poder dos afetos nas políticas públicas e na Administração Pública, Regis Fernandes³ diz:

Imaginemos que em determinada situação alguém foi menosprezado, humilhado e abandonado por outrem. Futuramente, este que foi rejeitado ascende a um posto que lhe permita decidir alguma coisa. Assume a titularidade de determinada situação jurídica que envolva a decidibilidade de despesas públicas. Ora, o sentimento de culpa que restava escondido em algum desvão dos afetos vem à tona e influencia a tomada de decisão. Esta não será racional. Ao contrário, deflui dos sentimentos afetivos que brotam do interior do agente público. [...]

Podemos supor facilmente que o prefeito, ao deliberar sobre a despesa, procurará saber da existência de seus desafetos políticos para não atendê-los em áreas sensíveis de oposição. De outro lado, busca conhecer onde se situam seus apaniguados para beneficiá-los. É da natureza humana.

O Professor Regis fala com a experiência de quem atuou nos três Poderes da República. Foi vice-prefeito de São Paulo, Deputado Federal e se aposentou como Desembargador. A ira contra os corruptos, que destila na obra citada, permite entrever o quanto presenciou e o quanto parece haver sofrido com as demonstrações de afeto e desafeto por parte de homens públicos, somente compromissados com interesses pessoais em detrimento dos interesses da coletividade.

Apropriado, ainda, citar a regulação dos afetos na Lei nº 8.112/1990 que rege as relações entre o servidor público e a Administração Pública, assim como no Decreto nº 1.171/1994, Código de Ética dos Servidores do Poder Executivo Federal.

Lei nº 8.112/1990 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União

Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001) [...]

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

3 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36-37.

[...]

Decreto nº 1.171/1994 – Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

XV - E vedado ao servidor público; [...]

f) permitir que *perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal* interfiram no trato com o público, com os jurisdicionados administrativos ou com colegas hierarquicamente superiores ou inferiores;“

3 AFFECTUS NA LEGISLAÇÃO ITALIANA

Na Itália a situação guarda semelhanças com tudo que já dissemos sobre o Brasil, porque como afirma Cretella Júnior ⁴ “O homem que vive em sociedade está preso por uma série de relações. As relações podem ser de amizade, de comércio, de moral, de direito.”

Hespanha⁵ analisando a cultura jurídica europeia e sua relação teológico-jurídica a influenciar a relação entre os *affectus* e *effectus* dos interesses do homem em sociedade, diz:

[...] De facto, o que aparece descrito nos livros de teologia e de direito aparece ou como dado inevitável da natureza ou como dado inviolável da religião. Os estados de espírito dos homens (*affectus*), a relação entre estes e os seus efeitos externos (*effectus*), eram apresentados como modelos forçosos de conduta, garantidos a montante pela inderrogabilidade da natureza e, a jusante, pela ameaça de perdição.

A constituição italiana de 1947 assevera que todos os cidadãos têm o dever de ser fieis à República. Apregoa, ainda, que os cidadãos a quem são confiadas funções públicas têm o dever de realizá-las com disciplina e honra. Eis o teor do art. 54, que transcrevemos *in verbis*:

Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi.

⁴ JUNIOR, op. cit., p. 17.

⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Fundação Boiteux, 2005. p. 76-77, 79.

I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.

O art. 98 da Carta Magna italiana, a sua vez, alerta ao agente público que ele serve exclusivamente à nação e não aos interesses particulares, asseverando que “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.”

Daniela Santacroce⁶, ao escrever sobre Il codice di comportamento del ministero dell’economia e delle finanze, põe em evidência a importancia do comportamento ético entre os deveres do agente público e os interesses de terceiros. Eis un excerto que exemplifica bem o sentimento da autora:

Una terza, ed a mio avviso più importante funzione, vede il codice etico come un ausilio per il pubblico funzionario soprattutto quando presta servizio per conto di un’amministrazione che ha l’obiettivo di distribuire bene il bene pubblico tra gli utenti, in una relazione che è anche fiduciaria con essi. Focalizzandosi il codice etico sul servizio da prestare si può risolvere più pienamente il conflitto esistente tra la deontologia pubblica e gli interessi privati [...]

Eis que em 16.04.2013, com vigência a partir de 04.06.2013, passa a vigor o Código de Ética dos agentes públicos, alertando que não podem solicitar presentes para desempenhar suas funções nem tampouco funcionar em qualquer processo em que relações afetuosas de sangue ou afinidade possam comprometer a imparcialidade decisória. Eis excertos do Código que transcrevemos ao pé da letra:

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 16 aprile 2013, n. 62

Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell’articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. (13G00104) (GU n.129 del 4-6-2013) - Vigente al: 4-6-2013

Art. 4

6 <http://rivista.ssef.it/file/public/file_pdf/tesi/Etica%20e%20pubblica%20amministrazione%20%20come%20i%20principi%20di%20legalita%20trasparenza%20e%20integrita%20sono%20applicati%20nel%20Ministero%20dell%20Economia%20e%20delle%20Finanze.pdf>. Acesso em 28 set. 2013

Regali, compensi e altre utilita'

Il dipendente non chiede, ne' sollecita, per se' o per altri, regali o altre utilita'.

[...]

Art. 7

Obbligo di astensione

Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attivita' che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia orapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, societa' o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.

O Código de Processo Penal italiano, tal qual o brasileiro, prevê impedimentos ao juiz, em razão dos afetos que porventura possua em razão das partes, seja pela amizade, inimizade ou interesses económicos ou familiares que possam interferir na imparcialidade do julgamento, como comprovam os artigos 35 e 36 que transcrevemos abaixo:

Art. 35. (Incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio).

1. Nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.

Art. 36. (Astensione). 1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;

b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;

d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;

O Código Penal, a seu turno, prevê pena de reclusão de quatro a oito anos ao agente público que, por omitir ou retardar ou por ter omitido ou retardado um ato de ofício, ou ainda para a realização ou por ter realizado ato contrário aos deveres do cargo, receba para si ou para outrem, dinheiro ou outros benefícios, ou aceite promessa de recompensa, conforme transcrevemos:

Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da quattro a otto anni.

Também o Código de Processo Administrativo prevê aplicação dos impedimentos e suspeições aos juízes administrativos:

Capo V - Astensione e ricazione

17. Astensione

1. Al giudice amministrativo si applicano le cause e le modalità di astensione previste dal codice di procedura civile. L'astensione non ha effetto sugli atti anteriori (1).

[...]

18. Ricusazione

1. Al giudice amministrativo si applicano le cause di ricazione previste dal codice di procedura civile.

4 EFFECTUS DOS DESVIOS DE CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS ITALIANOS

Ao final, o Código de Ética prevê como efeito dos desvios de conduta a responsabilização civil, penal e administrativa dos agentes públicos, como se extrai de seu art. 16:

Art. 16. Responsabilita' conseguente alla violazione dei doveri del codice

La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio. Ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel presente Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, da' luogo anche a responsabilita' penale, civile, amministrativa o contabile del pubblico dipendente, essa e' fonte di responsabilita' disciplinare accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualita' e proporzionalita' delle sanzioni.

A Itália, tal qual o Brasil, é signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948⁷, a qual apela de forma explícita aos *affectus humanos*, objetivando minimizar o *effectus* da luta do homem contra o homem, que empobrece as Nações e atravanca o desenvolvimento humano. Diz a citada declaração que pertencemos todos à mesma família humana e como tal espera-se que as relações de afetos impeçam condutas prejudiciais à convivência. Eis excerto preambular que confirma o dito: *“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”*

5 BREVE ESTUDO DE DIREITO COMPARADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E ITALIANO E UMA PROPOSTA PARA COMBATE AOS AFETOS NOCIVOS AO TESOUREIRO PÚBLICO

O Direito Brasileiro densedentou na tradição jurídica romanística e guarda, ao menos, cinco similitudes com esta:

- 1 - o reconhecimento de que o conflito é inerente ao homem e, portanto, indissociável de micros ou macros grupos sociais;

7 <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. acesso em: 1 jul. 2013.

- 2 – a certeza da inadequação da vingança privada como fórmula de solução dos conflitos;
- 3 – a legitimação do Estado e suas instituições como principal agente de pacificação dos conflitos sociais;
- 4 – a sistematização e estruturação orgânica da justiça comutativa do dar a cada um o que é seu e, finalmente da justiça distributiva e sua igualdade proporcional, associada á ideia da divisão e equilíbrio dos Poderes Constitucionais legitimados;
- 5 – a “confusão” do formal e do substancial na medida em que os vocábulos justiça, moral e direito vão se fundindo em conceito único, tendo o Estado como único provedor de tais virtudes.

A formulação codificada do Direito na Europa e no Brasil, tem suas vantagens e desvantagens em relação a outros sistemas, a exemplo do common Law. Pode-se apontar como desvantagem da codificação a higidez do princípio da legalidade se impor sobre a equidade e como vantagem o fato de a positivação deixar menos margem para interpretações subjetivas. Certo é que em todos os sistemas de direito moderno a tutela jurisdicional cabe ao Estado de Direito.

Definido que a tutela jurisdicional é atividade estatal, o método estabelecido para coibir a ameaça ou lesão a direitos reside tanto na provocação do particular (*ne procedat iudex ex officio*) quanto na prestação jurisdicional graciosa, realizada *sponte* própria pelas instituições do Estado-Administração devidamente legitimadas pelo povo.

A tutela jurisdicional para ser alcançada exige procedimentos tendentes ao processo que, no Brasil a Constituição de 1988 classifica somente em duas espécies, quais sejam administrativos ou judiciais. Eis o texto do art. 5º: “*LV - 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.*”

Assim, processo judicial é somente aquele que se desenvolve perante o Poder Judiciário e neste e nos demais Poderes, no exercício da função administrativa, tramitam os processos administrativos.

Processo administrativo em sentido estrito é aquele produzido no seio da Administração Pública. Esta, quer na Itália quer no Brasil pode ser conceituada organicamente como o conjunto de órgãos e agentes públicos conducentes á prestação de serviços públicos.

A CRFB/1988 em seu art. 37 estrutura juridicamente a Administração Pública e estabelece sua teleologia, mas não cria um sistema administrativo com duplo grau de jurisdição com juízos e tribunais administrativos, como o fez a Itália com seus T.A.R – Tribunais Administrativos Regionais e com o Conselho de Estado, último grau de jurisdição administrativa.

No Brasil, salvo entre as classes jurídicas mais esclarecidas, a expressão “contencioso administrativo” causa estranheza. O contencioso administrativo brasileiro se passa absolutamente interna corporis de cada órgão e entidade que compõe nossa Administração Pública direta e indireta, assim estruturada pelo Decreto-lei nº 227/1967.

A título de exemplo podemos dizer que se uma empresa mineradora detentora de concessão de lavra mineral entra em situação de conflito com a Administração Pública, em razão de não pagamento ou pagamento a menor de Contribuição Financeira por exploração mineral (CFEM), poderá buscar a composição do litígio por processo administrativo perante entidade da Administração Pública Federal Indireta, seguindo o rito do Código de Direito Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999), que prevê o duplo grau de jurisdição administrativa no âmbito do Poder Executivo, mas não nos moldes da jurisdição una do Poder Judiciário com recursos interpostos a tribunais.

Note-se que no sistema processual administrativo brasileiro o usuário do serviço público percorre toda uma via crucis antes de obter decisão de seu conflito, ficando sujeito, ainda, a ter de judicializar o conflito depois de anos de tramitação de seus processos administrativos. Há, sem dúvida um *bis in idem* nesse tipo de prestação jurisdicional que privilegia a Administração Pública em detrimento da rapidez, rendimento e adequação dos serviços públicos, além de atentado à racional e proporcional duração do processo apregoadada pela constituição brasileira em seu art. 5º, inciso LXXVIII.

A Constituição Italiana nos parece haver sido mais feliz ao criar a justiça administrativa com jurisdição una e plena, como se extrai do artigo 113, que transcrevemos *in verbis*:

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Nos quadros comparativos que seguem expomos de forma resumida o sistema processual administrativo brasileiro e o italiano.

5.1 QUADRO DESCRITIVO DO SISTEMA PROCESSUAL ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No Poder Executivo	No Poder Legislativo	No Poder Judiciário
- O sistema processual administrativo baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação dos serviços públicos, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, Não há um sistema de justiça institucional com solução de conflito por tribunais institucionalizados, nos moldes do Poder Judiciário distribuído em graus de jurisdição, ainda que a recente Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999) faça menção á existência de até 03 instancias recursais administrativas. A solução dos conflitos se dá em cada órgão e em cada processo isoladamente ou por intermédio das autoridades competentes, salvo rarrissimamente por órgãos colegiados que não podem ser qualificados como TRIBUNAIS, nos moldes dos existentes no Poder Judiciário.	- O sistema processual administrativo baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação de serviços públicos decorrentes de sua atuação administrativa, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, exatamente como no Poder Executivo, quando o Judiciário atua na função de administração. - Absolutamente necessário lembrar que originariamente o legislativo é fonte produtora de ato jurídico primário, ou seja, de leis. Não tem, portanto, a missão de prestar serviços públicos.	- O sistema processual administrativo baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação de serviços públicos decorrentes de sua atuação administrativa, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, exatamente como no Poder Executivo, quando o Judiciário atua na função de administração. - Absolutamente necessário lembrar que originariamente o Judiciário é fonte produtora de ato jurídico subsidiário dos primários. Detém o monopólio constitucional da jurisdição una, em duplo grau com formação de coisa julgada em justiça a quo ou em sede de tribunal (artigos 92 a 125 da CF/1988).

5.2 - QUADRO DESCRITIVO DO SISTEMA ADMINISTRATIVO ITALIANO, SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO⁸

No Poder Executivo	No Poder Legislativo	No Poder Judiciário
- baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação dos serviços públicos, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, - Há um sistema de justiça com solução de conflito por tribunais institucionalizados, nos moldes do poder judiciário brasileiro em que a jurisdição é exercida por tribunais administrativos regionais (TAR), tendo como último grau de jurisdição o Conselho de Estado. - Nos termos do Decreto nº 1611/1933 a defesa do Estado e dos demais órgãos da Administração Pública é feita pela Advocacia Geral do Estado (Avvocatura di stato), em primeiro e segundo grau, sendo o Conselho de Estado o órgão de jurisdição máxima. - É uma justiça especializada á semelhança da justiça trabalhista, eleitoral e militar brasileira.	Há processos administrativos interna corporis, mas havendo interesse legítimo conflituoso, a causa deve ser proposta perante os Tribunais Administrativos Regionais, que são os órgãos de primeira instância da justiça administrativa, tendo o Conselho de Estado como último grau de apelo jurisdicional.	Há processos administrativos interna corporis, mas havendo interesse legítimo conflituoso, a causa deve ser proposta perante os Tribunais Administrativos Regionais, que são os órgãos de primeira instância da justiça administrativa, tendo o Conselho de Estado como último grau de apelo jurisdicional.

6 CONCLUSÃO

Ao final, concluímos apresentando algumas vantagens e desvantagens do sistema de justiça administrativa brasileira e italiana.

⁸ Codice del processo amministrativo (Allegato al Decreto legislativo 02.07.2010 n. 104, G.U. 07.07.2010). (<http://www.altalex.com/index.php?idnot=11992#titolo>). Acesso em: 28 set.2013.

Vantagens do sistema brasileiro:

- Menor gasto de dinheiro público com tribunais administrativos;
- Possibilidade, em tese, de decisões mais céleres no âmbito de órgãos e entidades administrativas;
- Prazo decadencial mais elástico, tendo em vista que o direito da Administração de anular atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, nos termos do art. 54 do Código de Processo Administrativo Federal.

Desvantagens do sistema brasileiro:

- Menor grau de especialização dos operadores do direito administrativo;
- Falta de criação de jurisprudência administrativa uniforme, já que cada órgão vai criando a sua a exemplo do que ocorre hoje com a AGU, CGU e TCU;
- Maior possibilidade de ingerência de autoridades administrativas nas decisões, seja pelo exercício de pressão sobre os subordinados, seja pela filtragem da remessa dos processos a subordinados que se curvam a pedidos escusos;
- Superlotação do Poder Judiciário pela judicialização de processos administrativos que percorrem até três instâncias administrativas e depois são, outra vez reapreciados, segundo os ditames da CF/88 que assegura em seu art. 5, que:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

As vantagens do sistema italiano são:

- Maior grau de especialização dos operadores do direito administrativo;

- Criação de jurisprudência administrativa uniforme que tornam mais eficiente a prestação dos serviços públicos; e
- Desafogo do Poder Judiciário Civil.
- Menor grau, em tese, de ingerência de autoridades administrativas nos processos decisórios.

As desvantagens do sistema italiano são:

- Maior gasto de dinheiro público com a manutenção de tribunais administrativos;
- Prazo decadencial de impugnação dos atos administrativos perante a Administração de 30 + 30 dias (conforme artigos 44, 56, 67 e 94 do Código de Processo Administrativo italiano). Prazo de impugnação curto em relação ao brasileiro que é de 5 (cinco) anos.

Cremos importante observar que em muitos casos o que constitui vantagem para o Estado-Administração, normalmente é desvantagem para o usuário do serviço público, a exemplo das múltiplas instancias recursais administrativas em que a advocacia pública se vê obrigada a protelar ao máximo a prestação jurisdicional, em virtude da falta de independência funcional suficiente para permitir decisões mais conforme à justiça que conforme com o Direito.

Por todo o exposto entendemos que a implantação de uma justiça especializada administrativa no Brasil, nos moldes da italiana, favorece o cumprimento do art. 37 caput da CF/1988, que clama por eficiência na prestação de serviços públicos, vez que uma magistratura especializada proporcionaria mais rapidez, rendimento e adequação na tutela dos direitos do cliente-cidadão.

REFERÊNCIAS

CÍCERO. *Los Oficios*. Madrid: Espasa Calpe, S.A 2003.

Codice del processo amministrativo: Allegato al Decreto legislativo 02.07.2010 n. 104, G.U. 07.07.2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=11992#titolo>>. Acesso em: 28 set. 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2013.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2005.

JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano*. Forense: Rio de Janeiro, 1968.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTACROCE, Daniela. *Il codice di comportamento del ministero dell'economia e delle finanze*. Disponível em: <http://rivista.ssef.it/file/public/file_pdf/tesi/Etica%20e%20pubblica%20amministrazione%20%20come%20i%20principi%20di%20legalita%20trasparenza%20e%20integrita%20sono%20applicati%20nel%20Ministero%20dell%20Economia%20e%20delle%20Finanze.pdf>. Acesso em 28 set. 2013.