

EL JUEZ COMO ÚLTIMA INSTANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL IMPACTO DEL ACTIVISMO JUDICIAL BRASILEÑO EN LA ORDENACIÓN DEL DERECHO Y EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA*

FÁBIO LIMA QUINTAS**

SUMARIO

I.—INTRODUCCIÓN. II.—UN CASO CONCRETO: LA REVISIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO PAUTADO EN EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LA LEY. III.—EL PROCESO LEGISLATIVO. IV.—LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. V.—EL EFECTO COLATERAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL: PERDIDA DE ORDENAMIENTO. VI.—CONCLUSIÓN. VII.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este artículo intenta enseñar que una visión excesivamente extendida de la función jurisdiccional ignora la función del Poder Legislativo en la formación del derecho y tiene profundo impacto en la actuación del Poder Ejecutivo, de tal manera que la hipertrofia del Judiciario conduce a la atrofia de la Administración Pública y a la desestimación del Legislativo como espacio de embate político. Además de esto, algo esencial para el funcionamiento de la actividad administrativa del derecho y de la sociedad se pierde con esa nueva postura del Judiciario: la previsibilidad. Con eso, el administrador no tiene seguridad para decidir y tampoco el administrado estima la autoridad de los pronunciamientos administrativos.

Palabras clave: Activismo judicial; Omisión administrativa; Tutela de los derechos sociales.

* Texto originalmente elaborado en portugués y traducido por Juliana de Lima e Silva. Revisión final de André Rufino do Vale.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de São Paulo (USP).

ABSTRACT

This article intends to express that an excessively wide judicial function disregards the role of the Legislative Power in creating law. It also impacts in the exercise of administrative decision making, to the extent that this phenomena leads to the deflation of the Public Administration and of the Legislative as a space of political debate. Moreover, something crucial for the correct development of administrative activity, law and society is lost: predictability. Therefore, the Administrative authorities do not have security to take decisions nor does the population see the administrative acts as authoritative.

Key words: Judicial Activism; Administrative Omission; Social Rights.

I. INTRODUCCIÓN: EL ACTIVISMO JUDICIAL EN BRASIL

Mucho se ha dicho acerca del rol de relieve que el juez ejerce en la concretización del Derecho. Lo que se dice es que el juez —más allá de la resolución de los conflictos que se le someten— confiere sentido y organicidad al derecho, superponiéndose al legislador y al administrador en esa tarea.

Además, el juez tendría una función de relevancia en la implementación de los derechos sociales (como educación, salud y habitación), que, hasta un tiempo, era un campo ajeno a la esfera judicial. En ese sentido, Ada Pellegrini Grinover defiende que

«el Poder Judiciario puede ejercer el control de las políticas públicas para garantizar su compatibilización con los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil (CF, art. 3^{er}); (...) consecuentemente, el Judiciario puede intervenir en las políticas públicas —entendidas como programas y acciones del Poder Público, anhelando contribuir con los objetivos fundamentales del Estado— sea para implementarlas, sea para corregirlas cuando equivocadas» (Grinover, 2009, p. 57).

Razonarlo diferente representaría lectura pobre y limitada de la función jurisdiccional, cómo opina H. Zaneti Jr., «y eso porqué, cómo es sabido, no son los derechos fundamentales que deben andar en el marco determinado por la ley y por el administrador, sino que la ley y el administrador público son los que deben ser conformados por los derechos fundamentales» y «todo el derecho fundamental sería jurisdiccional» (Zaneti JR., 2010).

No se pretende en ese artículo hacer una crítica directa a la pretensión de esa visión. Al contrario, lo que se intenta es enseñar que una visión tan extendida de la función jurisdiccional no considera la función del Poder Legislativo en su conformación del derecho y tiene impacto profundo

en la actuación del Poder Ejecutivo, siendo inequívoco afirmar que también a esos Poderes ha sido cometida la misión de proteger y realizar la Constitución.

Con efecto, el protagonismo del Judiciario en la definición del sentido del derecho y en la implementación de los derechos sociales (postura aquí denominada por activismo judicial) no involucra apenas un nuevo equilibrio entre el ejercicio de las funciones legislativas, administrativas y judiciales.

Esa hipertrofia del Judiciario conduce a la atrofia de la Administración Pública y a la desestimación del Legislativo como espacio de embate político.

Además de esto, algo esencial para el funcionamiento de la actividad administrativa, del derecho y de la sociedad se pierde con esa nueva postura del judiciario: la previsibilidad.

La falta de previsibilidad del derecho genera entre otras circunstancias, la creencia de que la actividad legislativa no tiene aptitud hoy para definir durante y después del proceso legislativo, el contenido del derecho y ajustarlo a la vida de las personas. Por otro lado, conduce a la inmovilidad de la actividad administrativa, sobretodo en lo que se refiere al implemento de las políticas públicas.

La demostración de este razonamiento pasa por cuatro distintos momentos: (i) la exposición del caso concreto, decidido por el *Superior Tribunal de Justiça* (STJ)¹, en el que fue deferido el retiro del *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço* (FGTS)² para reconstrucción de la vivienda perjudicada por un vendaval, a despecho de la inexistencia, en aquel momento, de previsibilidad legal; (ii) el marco de la disciplina y las discusiones parlamentares que la han precedido; (iii) la exposición sumaria sobre lo que la doctrina define como las balizas de actuación administrativa; y se concluye; (iv) una reflexión sobre el fenómeno del desprestigio de la legislación y de la desarticulación de la actividad administrativa como efectos del activismo judicial.

Con ese análisis, se objetiva evidenciar que el activismo judicial en Brasil ha contribuido para la desorganización y la pérdida de normatividad del derecho (basado en la posibilidad de que los ciudadanos y los agentes públicos se reconozcan y pauten sus acciones en un conjunto de normas), lo que contribuye también, como dicho en antelación, para des-

¹ Creado por la Constitución Federal de 1988, el *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) es la Corte responsable por uniformizar la interpretación de la ley federal en todo el Brasil. Sitio: www.stj.jus.br

² Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio. Creado en 1967 por el Gobierno Federal, consiste en una reserva de dinero destinada al trabajador despedido sin justa causa. Se constituye por contribuciones obligatorias mensuales del empleado y del empleador. El gobierno remunera ese recurso y lo utiliza para fomentar el crédito para la construcción de viviendas.

crédito en la función legislativa y la desarticulación de la actuación regular de la Administración Pública.

II. UN CASO CONCRETO: LA REVISIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO PAUTADO EN EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LA LEY

A finales del año 2003, un trabajador del estado (Provincia brasilera) Paraná demandó ante la Justicia Federal contra la Caja de Ahorros Federal (*Caixa Econômica Federal*³-CEF), postulando que le fuera concedida la autorización para retirar el saldo del Fondo de Garantías por el Tiempo de Servicio (FGTS) para reparar su vivienda, que había sufrido daños a causa de un vendaval.⁴

La Caja de Ahorros había negado administrativamente el pedido fundamentando que la situación del trabajador no se encuadraba entre las hipótesis de retiro del FGTS destinado a la vivienda, regulada por el art. 20 de la Ley n° 8.036, de 1990. Afirmaba que, por no haber respaldo legal para el retiro, se le imponía la negación del pedido al solicitante, puesto que las hipótesis que admiten la retirada del FGTS son de verdad tajantes.

Sin embargo, el Poder Judicial entendió el caso de manera diferente. El Tribunal Regional Federal de 4ª región, manteniendo la sentencia, decidió que:

«Considerando lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 8.036/50, no hay cómo exigir la previsibilidad de todas las situaciones dignas de protección, sin embargo, su carácter eminentemente social le da sentido al aplicador, de manera que, en la configuración de casos no previstos, el que juzgue entienda ser posible esta protección y permita el retiro, principalmente para impedir daño a la salud y a la vida del trabajador, así como a su dignidad como persona humana, valor fundamental consagrado en el orden jurídico brasilero.»

Esa orientación también prevaleció en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia (STJ), en el juicio que ocurrió en el 2007 y cuya sentencia final contiene la siguiente enmienda:

«Administrativo. Retiro de FGTS para reconstrucción de vivienda dañada por vendaval. Posibilidad. Recurso especial improbadado.

1. La enumeración del art. 20 de la Ley n° 8.036/90 no es tajante. Con eso se hace posible, en casos excepcionales, la liberación de los ingresos en FGTS en alguna situación no mencionada. Precedentes.

³ Banco público responsable por la gestión del FGTS.

⁴ Proceso n° 2003.70.08.003119-8, propuesto ante el juicio federal de Paranaguá/PR.

2. El derecho a vivienda y el principio de la dignidad de la persona humana autorizan el retiro en la hipótesis 'mencionada', en que la casa en que vive el accionista ha sido afectada por vendaval, siendo constatado el riesgo de desprendimiento.

3. Recurso especial improbad (REsp 779.063/PR, ref. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Junta, juzgado en 15/5/2007, DJ 4/6/2007)

En su fundamentación, la decisión del STJ adoptó los fundamentos de otros precedentes del Tribunal, que ya había tenido entendimiento formado por lo menos desde el año 2002.⁵

La justicia de la decisión, en este caso concreto, parece ser indudable. No obstante sea común haber divergencias profundas entre las personas acerca de lo que sea correcto e incorrecto, ese parece ser uno de esos casos en que se consigue producir un consenso sobre lo que sería una decisión justa para el ciudadano. Y más, esa decisión demuestra tener la virtud que puede ser universalizada: parece correcto permitir la retirada del FGTS por todo el que tenga su vivienda destrizada por las inundaciones o catástrofes naturales.

Ese precedente puede, por lo tanto, ilustrar muy claramente las virtudes del activismo judicial.

El primer conjunto de indagaciones que surgen con el contexto es: ¿esa solución no podría haber sido gestada en el ámbito legislativo? ¿Podrá el foro legislativo ofrecer un ambiente más propicio para esa discusión?

Bajo otra perspectiva de análisis, volcada hacia la prestación jurisdiccional, es cierto que la estructura de la decisión judicial presupone un conflicto y, antes de conceder el bien de la vida pretendido al Autor, hay la necesidad de reconocer la ilegalidad de la pretensión resistida por el demandado.

Según las palabras de Candido Rangel Dinamarco «existe juzgamiento de mérito cuando el juez ejerce el poder de elegir entre pretensiones divergentes. (...) Todo juicio de mérito contiene la declaración de existencia o inexistencia de un derecho y correspondiente obligación. En sentido amplio, declarar es afirmar o negar» (Dinamarco, 2009, pp. 198 y 202).

El Judiciario, en el proceso subjetivo, debe, pues, necesariamente, reconocer el error de la parte demandada cómo elemento indispensable de su condenación.

Es decir que la decisión del STJ de acoger el pedido de retiro del FGTS para la reconstrucción de la vivienda, fuera de la hipótesis legal,

⁵ Vide juzgamiento proferido en los siguientes casos: i) REsp. 757.197/RS, 2ª Junta, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 9/8/2005; ii) REsp 380.732/SC, 1ª Junta, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 28.10.2002; y iii) REsp 390.154/SC, 1ª Junta, Rel. Min. Luiz Fux, DJ del 29.4.2002. (Disponible en el sitio www.stj.jus.br)

contiene una declaración: la *Caixa Econômica Federal* cometió un acto contrario al derecho al seguir la ley y resistirse ante la pretensión del ciudadano.

Frente a esas circunstancias, se plantea las siguientes cuestiones: ¿es lícito pensar que el Administrador Público (en general) y la *CEF* (en particular) podrían, *per se*, interpretar el ordenamiento legal con la amplitud que el Poder Judicial lo hace, para fines de realizar políticas públicas, sin que pueda ser considerado acto ilegal, abusivo o ímprobo?

Acaso viéramos en la actividad jurisdiccional una lectura del ordenamiento jurídico vigente, debería ser admitido que la *CEF*, como gestora del FGTS, autorizase ese retiro, sin necesidad de interferencia judicial y sin que fuera reconocido como ilegal el acto del gestor.

Aún después de la existencia de decisión judicial, ¿podría la *CEF* conceder el retiro del FGTS para situaciones análogas, sin que el agente público fuera expuesto a eventual responsabilización por el acto?

En ese nuevo enfoque sobre la actividad jurisdiccional surge la idea de que la legitimidad del Judicial no es sólo de resolver lides a la luz del derecho puesto, sino también de reorientar el sentido de las normas para darle conformidad con el derecho (hipótesis legal que fija los casos de retiro del FGTS en el curso del contrato laboral que no sería tan estricta y pasaría a servir de ejemplo). Aquí, se puede concluir que la *CEF* —como gestora del FGTS— podría autorizar el retiro del Fondo teniendo como razonamiento para decidir precedentes judiciales de otros casos juzgados, valiéndose de analogía.

Sin embargo, el régimen administrativo, cómo concebido en el ordenamiento jurídico brasileiro, no abonaría ninguna de las conductas de la *CEF*, como veremos adelante, en la tercera sección. Antes, cabe verificar en que medida la solución jurisdiccional no podría gestarse en el proceso legislativo.

III. EL PROCESO LEGISLATIVO

Después del advenimiento de la Constitución de 1988, que dio nueva concepción al FGTS, se hizo necesaria la implementación de nuevo régimen legal, lo que fue hecho inicialmente por la Medida Provisoria n° 90, del 26/9/1989. Las sugerencias contenidas en más de 150 proyectos de ley que tramitaban ante el Congreso Nacional y los que se cuentan en el informe técnico elaborado por el Grupo de Trabajo del gobierno resultaron en la edición de la Ley n° 7.839, de 12/10/1989, aprobada después de amplio acuerdo entre los Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional. A esa ley le sucedió la Ley n° 8.036, de 11.5.1990, fruto de la modificación de la Medida Provisoria n° 177, del 12 de abril de 1990, que

reproduce en esencia lo que existía en ley anterior. Es la Ley nº 8.036 que todavía rige el FGTS (Süssekind, 2005, pp 661-663).

El sistema del FGTS desarrolla un importante rol social, tanto en el aspecto individual cuanto colectivo. Individualmente, el FGTS es un crédito del trabajador, aplicado en una cuenta de ahorros obligatoria, concedida para su utilización después del cese del vínculo laboral, o para ayudarlo en situaciones excepcionales durante la vigencia del vínculo de trabajo. En forma colectiva, los recursos del FGTS son utilizados para financiar la construcción de viviendas, obras de saneamiento, alcantarillado y de infraestructura, constituyendo importante fuente de recursos para el desarrollo de las políticas públicas (Süssekind, 2005, pp 664).

Ante los fines expuestos, el retiro del FGTS por el trabajador empleado es un evento limitado y reglamentado, previsto en el art. 20 de la Ley nº 8.036, de 1990.

Cómo ha sido visto, el aludido art. 20 no contemplaba en el 2003 (época de la proposición de la demanda analizada en el ítem anterior) la posibilidad de retiro del FGTS para reconstrucción del inmueble destruido por catástrofe natural. Entretanto, esa posibilidad pasó a ser contemplada a partir de la Medida Provisoria 169, del 20 de febrero de 2004, que tenía en su forma original la siguiente redacción:

«Art. 1º.—el artículo 20 de la Ley nº 8.036, del 11 de mayo de 1990, pasó a aumentar el vigor del siguiente inciso:

XVI – necesidad personal, cuya urgencia y gravedad provienen de desastres naturales provocados por lluvias o inundaciones, observadas las siguientes condiciones:

a) el trabajador deberá residir en áreas, comprobadamente, de Municipios en situación de emergencia o de estado de calamidad pública, formalmente reconocidos por el Gobierno Federal; y

b) la solicitud de retiro solamente será admitida durante el periodo de la situación de emergencia o de estado de calamidad pública declarados por decreto. (NR)

Art 2º.—El Poder Ejecutivo reglamentará lo dispuesto en esta Medida Provisoria.»

En seguida, la Exposición de Motivos presentada al Congreso Nacional para justificar la edición de esa Medida Provisoria (datada del 20 de febrero de 2004):

«Las intensas precipitaciones pluviométricas que sucedieron sobre gran parte del territorio nacional en los últimos cuarenta y cinco días han llevado diversos municipios a decretar situaciones de emergencia o estado de calamidad pública, ante la gravedad de los perjuicios ocasionados a los servicios de Infra estructura urbana y, directamente, a

las viviendas y bienes de los ciudadanos residentes en áreas afectadas.

2. El panorama ha movilizado diversas áreas del Gobierno Federal, en el sentido de mitigar los daños ocasionados, en su gran mayoría, a la población de bajos ingresos, generalmente residente en áreas a las márgenes de los ríos y hasta inadecuadas para uso residencial.

3. Considerando la urgencia transcurrida de ausencia de condiciones mínimas de habitabilidad y salubridad, en que ha sido puestas significativa cantidad de familias brasileñas, y añadiendo esfuerzos a las acciones lideradas por V. Exa., proponemos la edición de Medida Provisoria que permita el retiro de la cuenta vinculada del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio a los trabajadores residentes en áreas afectadas de municipios en situación de emergencia o estado de calamidad pública.

4. Resaltamos que dicha medida no implicará la generación de gastos en el presupuesto, ya que los valores a disponerse a los trabajadores serán provenientes, exclusivamente, de los ingresos ya efectuados en las respectivas cuentas vinculadas.

5. La relevancia y urgencia exigidas por el art. 62 de la Constitución, para edición del Medida Provisoria, se justifican por la necesidad de vigencia inmediata del dispositivo, con la finalidad de posibilitar a los trabajadores sometidos por la intemperie a una situación de carencia inaceptable, la reposición de algunos bienes indispensables para garantizar el nivel mínimo de la condición de una vida humana digna.»

Esa intención de atribuir el nuevo equilibrio entre fines individuales y colectivos del FGTS también fue objeto de reflexión del Congreso Nacional, cuando convirtió la Medida Provisoria n° 169, de 2004, en la Ley n° 10.878, del 8 de junio de 2004.

Con efecto, durante la tramitación de la Medida Provisoria han sido presentadas seis propuestas de enmienda en la Cámara de los Diputados, destacándose: (i) la Enmienda n° 2, que proponía la supresión de la expresión «formalmente reconocidas por el Gobierno Federal», con el objetivo de suprimir la ‘discrecionalidad’ del Gobierno Federal en reconocer la ocurrencia de calamidad pública o estado de emergencia; (ii) la Enmienda n° 3, que tenía el objeto de estipular un techo para el retiro; y (iii) la Enmienda n° 5, que tenía el objeto de extender el plazo para la solicitud de retirada hasta 80 días transcurridos de la situación de emergencia o estado de calamidad pública.

En el Plenario de la Cámara de Diputados, el Relator del proyecto, Diputado Jorge Alberto, después de reconocer la urgencia y relevancia de la materia frente a los desastres naturales que han asolado el sur del País y la constitucionalidad formal y material de la Medida Provisoria, se hizo cargo de verificar la adecuación financiera y presupuestaria.

«La Medida Provisoria nº 169 no acarreará la generación de gastos con recursos del Presupuesto General de la Unión, puesto que apenas ordena una nueva hipótesis de movimiento de cuentas vinculadas del FGTS. Como se sabe, el FGTS es un fondo patrimonial conformado por el conjunto de las cuentas vinculadas de los trabajadores, en las cuales se depositan contribuciones mensuales originadas de sus empleadores. Aunque el saldo de cuentas vinculadas sea garantizado por el Tesoro Nacional, la magnitud de los retiros motivados por inundaciones y la característica eventual de dichos fenómenos no ofrece algún riesgo de desequilibrio económico y financiero del Fondo.»

En el mérito, el Parecer fue por la modificación de la Medida Provisoria, con pequeñas alteraciones. A continuación, sus fundamentos:

«Hay razones para creer que es muy pequeño el alivio proporcionado a los afectados por calamidades naturales en recurrencia de la posibilidad de retiro de la cuenta vinculada del FGTS. Eso ocurre no sólo en función del bajo valor de los saldos, sino que la mayor parte de los trabajadores que viven en áreas de riesgo probablemente no está inserta en el mercado formal de trabajo, no teniendo acceso, por consiguiente, a los beneficios del Fondo. Asimismo, cualquier recurso extra que pueda garantizarse a los titulares de cuentas vinculadas afectados por calamidades es bienvenido y necesario.

No obstante, el reciente desastre natural causado por el ciclón Catarina deja patente que la redacción actual de la Medida Provisoria nº 169 necesita alteraciones para abarcar otros tipos de fenómenos naturales que causen devastaciones hasta más grandes que inundaciones y lluvias. En ese sentido, presentamos el anexo Proyecto de Ley de Conversión, que altera el *caput* del inciso XVI, para permitir el movimiento de cuenta vinculada del FGTS por ‘necesidad personal, cuya urgencia y gravedad transcurra de desastre natural, conforme dispuesto en la reglamentación’. La solución de remitir la definición de los tipos de desastre naturales y de su extensión a un decreto del Poder Ejecutivo confiere la flexibilidad necesaria para que el gobierno pueda extender la posibilidad de movimiento de la cuenta vinculada del FGTS en consecuencia de diversas situaciones de las que han originado la presente iniciativa, sin la necesidad de alterar la ley.

Además, el Proyecto de Ley de Conversión incorpora parcialmente la Enmienda nº 5, del ilustre Diputado Sebastião Madeira, al admitir el movimiento de cuenta vinculada hasta 90 (noventa) días después de la publicación del acto de reconocimiento, por el Gobierno Federal, de situación de emergencia o de estado de calamidad pública. La razón para acogernos al espíritu de la Enmienda nº 5 reside en el hecho de que, en algunos casos, el reconocimiento federal del estado

de calamidad ocurre seguido a su término de vigencia. Se busca, de este modo, preservar el derecho del trabajador.

En lo que respecta al mérito de las Enmiendas n° 02 y 03, caben las siguientes observaciones.

La Enmienda n° 2 visa a eliminar la necesidad de reconocimiento del estado de emergencia o de estado de calamidad pública por el Gobierno Federal. Aunque atienda las preocupaciones del autor de la propuesta, se hace necesario tener en cuenta el hecho de que el Gobierno Federal es, en última instancia, responsable por los saldos de cuentas vinculadas del FGTS y por su equilibrio económico-financiero. Nada más justo, entretanto, que tenga su derecho de reconocer la existencia del estado de calamidad o de emergencia.

La Enmienda n° 3, por su vez, se acatará en la forma del Proyecto de Ley de Conversión, visando la preocupación con el equilibrio económico y financiero del FGTS. De este modo se introduce la alineación c al caput del inciso XVI, que establece que el límite de retirada será definido en Reglamento.

[...]

Sala de las Sesiones, en 5 de mayo de 2004.»

El Proyecto de Ley de Conversión de la Medida Provisoria n° 169 ha contemplado esas medidas, resultando en la Ley n° 10.878, de 2004.

Desde entonces, la actual redacción del art. 20 de la Ley n° 8.036, de 1990, contempla autorización para el retiro del FGTS para reparar la vivienda abalada por desastre natural en los siguientes términos:

«Art. 20. La cuenta vinculada del trabajador en el FGTS podrá ser movida en las siguientes situaciones:

(...)

XVI – necesidad personal, cuya urgencia y gravedad transcurra de desastre natural, conforme lo dispuesto en Reglamentación, observadas las siguientes condiciones: (Incluido por la Ley n° 10.878, del 2004).

a) el trabajador deberá ser residente en áreas comprobadamente atingidas de Municipios o del Distrito Federal en situación de emergencia o en estado de calamidad pública, formalmente reconocido por el Gobierno Federal. (Incluido por la Ley n° 10.878, del 2004).

b) la solicitud de movimiento de cuenta vinculada será admitida hasta 90 (noventa) días después de la publicación del acto de reconocimiento, por el Gobierno Federal, de la situación de emergencia o de estado de calamidad pública; y (Incluido por la Ley n° 10.878, del 2004)

c) el valor máximo de retiro de la cuenta vinculada será definido en la forma del Reglamento. (Incluido por la Ley n° 10.878, del 2004)».

De acuerdo a lo que se expone, los debates legislativos (Exposición de Motivos del Presidente de la República, Propuestas de Enmiendas y Pare-

cer de la Cámara de los Diputados) han sido ricos y no han desechado nada hacia la fundamentación de los procesos judiciales. Por el contrario, lucen claros y lógicos. Aparte de las pasiones sembradas en los procesos jurisdiccionales individuales (en el que el juez se ve presionado por los graves dramas personales de los Autores, razones comúnmente no explícitas en las discusiones judiciales por no ser de ‘carácter técnico’) el debate legislativo se ha mostrado sensible hacia la tensión generada entre la finalidad individual y colectiva del FGTS. Más aún, se concibe la ley, desde el origen, para ser general y abstracta (es decir, universalizable).

Otro aspecto que merece enfatizarse es que el Proyecto de Ley de Conversión reconoce explícitamente el poder normativo de coyuntura del Ejecutivo para reglamentar diversas cuestiones relacionadas al movimiento del FGTS en situaciones de crisis, para darle más instrumentos de actuación. Esos instrumentos de actuación otorgados al Ejecutivo, todavía, son generales y abstractos (queda claro que deben estar contemplados en Reglamento) evitándose la casuística (se trata de una diferencia relevante en relación al proceso judicial individual y subjetivo, que es casuista por definición).

Desde luego, se observa que los precedentes judiciales no han tenido la capacidad de influenciar la deliberación legislativa.

El texto normativo contemplado en el art. 20 de la Ley nº 8.036, del 1990, representa, por lo tanto, una posición deliberada del Legislador, a la medida en que se refleja un entendimiento intencional, sometido al debate parlamentario⁶.

⁶ Tramitan hoy en la Cámara de los Diputados numerosos Proyectos, proponiéndose a alterar las hipótesis de retiro del FGTS. Para ilustrarlo, confírmese lo siguiente:

PL-7657/2006 (Cámara de los Diputados): Añade inciso al caput del art. 20 de la Ley nº 8.036, del 11 de mayo de 1990, para permitir el movimiento de cuenta vinculada al FGTS en la inversión en el plano de los fondos previsionales privados, asimismo en la adquisición de título de capitalización o de seguro de vida.

PL-7653/2006 (Cámara de los Diputados): Autoriza el movimiento de la cuenta vinculada del FGTS cuando el trabajador o sus dependientes sean afectados por la Distrofia Muscular Progresiva. PL-7595/2006 (Cámara de los Diputados): Autoriza el movimiento de la cuenta vinculada del FGTS cuando el trabajador o sus dependientes estén matriculados en curso de graduación o post-grado en el extranjero.

PL 6.961/2006 (Cámara de los Diputados): Añade inciso al caput del art. 20 de la Ley nº 8.036, del 11 de mayo de 1990, para permitir el movimiento de cuenta vinculada del Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio - FGTS para la amortización o el finiquito del saldo a pagar de financiamiento en el ámbito del Crédito Educativo y del FIES.

PL 4.800/2005 (Cámara de los Diputados): Autoriza el movimiento de cuenta vinculada del FGTS del trabajador o dependiente portador del Mal de Alzheimer.

PL-3825/2004 (Cámara de los Diputados): Añade inciso al art. 20 de la Ley nº 8.036, del 11 de mayo de 1990, para permitir el movimiento de cuenta vinculada para la realización de reforma en la vivienda del titular.

Esas normas (en el caso examinado, cuando integrado por el reglamento) son reglas amoldadas para ofrecer al Administrador Público responsable por la gestión del FGTS el poder de tomar una decisión teniendo en cuenta apenas los elementos de hecho presentes en el texto normativo y apenas para dar ejecución a otras soluciones jurídicas allá previstas (MAC-CORMICK, 2009, pp. 27-28).

Ese el espacio en el que se sitúa la tradicional teoría del derecho administrativo en Brasil.

IV. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BRASIL

La Administración Pública actúa para complacer el interés público, que encuentra en la ley su expresión (Bandeira de Mello, 1999, p. 31). En efecto, es lugar común en el derecho administrativo brasileiro el entendimiento de que el Administrador encuentra en la ley los límites, la forma y la finalidad de su actuación. En las clásicas palabras de Seabra Fagundes, administrar es aplicar la ley de oficio. Y eso ocurre tanto en los actos vinculados como en los discrecionales.

En los actos vinculados ya se definió en la ley el único acto practicable y hábil para atender al interés / la conveniencia pública en función de determinada situación. En el acto discrecional, la ley ofrece un margen de actuación para el Administrador para que se acoja la conducta que mejor alcance el interés público establecido por ley.

Aparte de la ley, por lo tanto, no hay espacio para actuación regular de la Administración. Entre la actividad administrativa y la ley hay una evidente relación de subordinación. La actividad administrativa, por así decir, se rige por el influjo de la finalidad preordenada por la ley.

Es en el campo de la finalidad —objetivamente puesta por el ordenamiento jurídico— en que se basa/constituye la doctrina del abuso de poder, que esta muy bien sintetizada en las enseñanzas de Celso Antonio Bandeira de Mello.

«El mal uso del poder es la utilización de una competencia en desajuste con la finalidad que se le propone en la institución. Consiste, pues, en el manejo de un eje de poderes (competencia) que procede para lograr un resultado diferente del que le otorga la competencia (...). En suma, falsea, deliberadamente o no, con intenciones subalternas o no, su deber de operar en el estricto cumplimiento del que la ley configuro como objetivo maspreciado y alcanzable por los medios legales.» (Bandeira de Mello, 1989, p. 27)

La desviación del poder es un vicio objetivo, debido a una falta de correspondencia entre la finalidad erigida por el agente y aquella concedi-

da por la ley. En el caso del defecto de intención, ese desajuste se presume. Pero el mal uso del poder no es simplemente un vicio de la intención. El vicio está en el desacuerdo / desajuste objetivo entre la finalidad del acto (en concreto) y el propósito legal. Diría Celso Antonio que en la desviación de poder hay mal uso de la competencia.

En vista de estas consideraciones, se tiene que la doctrina clásica del derecho administrativo no supondría como legítima la decisión del gestor del FGTS en el sentido de liberar el retiro del FGTS del trabajador fuera de las hipótesis legalmente establecidas. Por más razonable y justo que fuera el pedido del ciudadano, una decisión de la *Caixa Econômica Federal* que autorizase dicha medida sería considerada como arbitraria e ilegal, sujetándose el agente público a todo tipo de sanción.

La tensión entre el interés individual y el colectivo ya ha sido ponderada por la norma cuando hizo explícitas las situaciones pasibles de retiro del FGTS, no debiendo la *Caixa Econômica Federal* realizar dicha ponderación.

Incluso la existencia de precedentes judiciales abonando el retiro del FGTS no daría el soporte necesario a la *Caixa Econômica Federal*. Esto porque, en los términos del régimen administrativo, la actuación del Administrador debe buscar el cumplimiento de la ley, y no con el de la interpretación judicial. Cuando el tribunal confirmó el resultado de una lectura posible de la aplicación de la regla, es cierto que no habrá problema para el Administrador en acatar esa lectura judicial (entre otras posibles). Pero cuando el Tribunal adopte en reiteradas decisiones un principio para dejar a un lado la regla, la decisión judicial no servirá para dar fundamento a los procesos decisorios futuros de agente público en cuestiones análogas.

Para sintetizar, la decisión judicial activista no coopera para la funcionalidad de la actividad administrativa, por el hecho de que no ofrece parámetros que sirvan de fundamento seguro para su actuación. Un Administrador Público que base su actuación exclusivamente en precedentes judiciales, haciendo a un lado eventuales reglas existentes, tendrá su actuación probablemente considerada como ilegal.

V. EL EFECTO COLATERAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL: PÉRDIDA DE ORDENAMIENTO

Se identifica, por lo tanto, un hiato entre la actividad jurisdiccional activista y la práctica administrativa y legislativa, en la medida en que, en principio, el activismo judicial no es capaz de producir diálogo con los demás Poderes, de alimentar el proceso decisorio en la esfera administrativa o legislativa.

Eso sucede a la medida en que el precedente judicial ordinario (o sea, excluyéndose ciertas decisiones de la Suprema Corte, en la jurisdicción

constitucional, dotados de eficacia erga omnes y efecto vinculante) no sirve como condición suficiente para justificar el proceso decisorio del Administrador.

Y si así ocurre, algo se pierde en el derecho con el activismo judicial: su capacidad de ordenamiento.

El derecho tiene la pretensión de ser un orden normativo. Orden no propiamente en el sentido de comando, sino que de ordenamiento: el establecimiento de un patrón estipulado, que sea razonablemente inteligible en su totalidad (MacCormick, 2009, Cap. 1):

De hecho, el derecho no existe apenas como expresión de autoridad y de coerción. El derecho existe como realidad propia en la que se manifiestan prácticas sociales convergentes orientadas por un criterio explicativo y regulativo, através del cual las personas identifican padrones de funcionamiento. El Derecho es más que mera aceptación y subordinación: es un criterio regulador de conducta (MacCormick, 1986).

Esa dimensión se percibe al analizar el derecho en la perspectiva del usuario de la norma (el ciudadano, los agentes públicos etc.) que busca orientarse a partir de un orden normativo que se le impone institucionalmente (a la medida en que se asienta en un sistema de reglas que establece como el derecho es conformado e implementado) (MacCormick, 2009, pp. 1-7).

Existe, pues, una dimensión del ordenamiento jurídico que no puede ser comprendida apenas como sistema de coerción.

Significa decir que el derecho —antes de ordenar, comandar— necesita orientar la conducta, definiendo padrones sobre lo que sea correcto e incorrecto.

Aquí tenemos la propuesta del derecho como verdadero ordenamiento jurídico. En esa escena, se entiende que «el propio Judiciario no puede ser permanentemente el canal de reivindicaciones: cuando esto ocurre queda claro que los demás canales están obstruidos y de que las negociaciones informales no funcionan, por cierto por la inmensa desigualdad de poder negociador y político de las partes involucradas» (Lopes, 1994, p. 263).

Es cierto que las reglas instituidas por la legislación y por la administración no son el derecho por entero. Es cierto también que la función de emplear el derecho de forma segura, armónica y que le confiera sentido es, por excelencia, de los Tribunales. Pero no hay que olvidar que la existencia de reglas instituidas previamente a su empleo es parte esencial del Derecho (MacCormick, 1992, p. 74).

Por eso, hay que reflexionar acerca de la existencia de justificaciones que hagan prevalecer la razón de los Tribunales sobre los demás foros de acción política en situaciones de normalidad institucional.

VI. CONCLUSIÓN

Admitir que la Administración Pública se vale de todo el arsenal argumentativo que caracteriza la actividad jurisdiccional para tomar sus decisiones administrativas (estando al punto de transformar actos vinculados en actos discrecionales, como en el ejemplo del retiro de FGTS) no parece ser compatible con el régimen de derecho público que regula la actividad administrativa brasileira.

Si existiese esa compatibilidad, podríamos concluir que, por deber de coherencia, el Administrador Público que autorizase el retiro del FGTS más allá de las hipótesis enumeradas tajantemente o concediese un tratamiento médico de alto costo no insertado en la lista del *Sistema Único de Saúde* (SUS)⁷ no cometería acto ilegal, desde que debidamente fundamentada su insurgencia contra las reglas establecidas.

Sin embargo no parece ser ese el espíritu del derecho administrativo que vivimos en Brasil. Basta notar las directrices que nortean la fiscalización de los actos administrativos. Hoy es común que aún los actos administrativos discrecionales, debidamente contextualizados y motivados, queden sujetos al duro escrutinio judicial (y también del Tribunal de Cuentas de la Unión) ante la pletera de acciones judiciales contra los agentes públicos que tramitan en Brasil.

Entender que la Administración Pública pueda valerse de precedentes judiciales para superar la ley en sus decisiones no resuelve el problema. Eso porque el Administrador necesitaría socorrerse de la analogía para seguir el precedente (identificar puntos semejantes entre la decisión juzgada y el caso que se examina), lo que vuelve a lo mismo (resbala en el problema anterior). Aún en las situaciones en que la analogía se haga evidente, habría un largo periodo de no definición sobre la certidumbre del derecho hasta que sobreviniese la consolidación jurisprudencial. En otras palabras, los precedentes judiciales no tienen la aptitud para suplantar la función de la ley.

En cualquier circunstancia —el administrador público que opta por una u otra forma, o no eligiendo a ninguna— se observa que la actividad administrativa pierde una calidad de gran importancia frente al activismo judicial: la previsibilidad. Ni el Administrador tiene la certidumbre de decidir ni tampoco el administrado reconoce como revestido de autoridad a los pronunciamientos administrativos.

El derecho pierde su capacidad de ordenamiento cuando se atrofian el Legislativo y la Administración Pública.

⁷ Sistema público de salud creado en 1988 por la Constitución Federal para atender a todos los ciudadanos brasileiros.

Finalmente podemos decir que ese modo de lidiar/actuar con el Derecho —centrado en la actuación del Judiciario en desprestigio a la fuerza de ley y a las competencias administrativas— hará (si es que ya no lo ha hecho todavía) con que el Juez se vuelva la gran agencia administrativa del Brasil, la última instancia administrativa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. «Desvio de Poder», en *Revista de Direito Público*, n. 89, ano 22, pp. 24-36, jan./mar. 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. «O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário», en *O processo – Estudos e Pareceres*. 2ª ed. São Paulo: Editora DPJ, 2009. pp. 36-57.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. «Judiciário, democracia e políticas públicas», en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 122, mai/jul 1994.
- MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. Oxford University Press, 2009.
- MACCORMICK, Neil. «Law as institutional fact», en *An Institutional theory of law*. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1992.
- MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon. *Speech acts, legal institutions, and real laws*. 1986.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho. Vol. I*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
- ZANETI JR., Hermes. «A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional», en *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte: Forum, v. 18, n. 70, p. 49-81, abr./jun. 2010.