

VALERIA CARNEIRO LAGES RESURREIÇÃO

**ESTADO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA
PELO ADMINISTRADOR DESTINATÁRIO**

MESTRADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
RECIFE - 2002

VALERIA CARNEIRO LAGES RESURREIÇÃO

**ESTADO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DE PODERES E
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA
PELO ADMINISTRADOR DESTINATÁRIO**

Dissertação apresentada para a Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Dr. Andreas Joachim Krell.

**RECIFE
2002**

BANCA EXAMINADORA

Ao Dr. Andreas Joachim Krell, pela segura orientação e estímulo, introduzindo-me no fértil campo da pesquisa científica; ao Dr. Paulo Roberto de Oliveira Lima, por dar-me entusiasmo pelo tema durante acessíveis discussões jurídicas com seus estagiários.

A Fernando, e a meus filhos, Gabriela e Fernandinho, com amor. A meus avós Francisco e Afrânio, com saudades.

RESUMO

A Constituição é a fonte de harmonia do sistema jurídico. Uma de suas principais garantias é o controle de constitucionalidade das normas. O Judiciário exerce papel fundamental nesse controle.

A separação de poderes, abraçada e difundida desde o movimento liberal, não pode ser mais vista como um princípio rígido. Ao contrário, para que possa surtir seus efeitos de modo a realizar os objetivos para o qual foi criado, esse princípio há de deixar de ser encarado como dogma da ciência para que, revisto, possa comportar abrandamentos e aceitar as interferências recíprocas entre os poderes. Somente dentro dos limites constitucionais, o poder pode encontrar seus limites.

O princípio da legalidade, um dos pilares do Estado de Direito, é mais que o simples respeito às leis: é especialmente o respeito à Constituição. Adstrito à legalidade, ao administrador público também está reservada a apreciação de constitucionalidade das normas que lhe são destinadas, especialmente quando a Constituição assumiu o modelo do Estado Democrático de Direito. Essa apreciação não é definitiva. O Judiciário detém a competência constitucional de verificar a legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, cabendo-lhe verificar até mesmo os aspectos vinculados do ato discricionário.

ABSTRACT

Harmony within the legal system stems from the Constitution. One of its main guarantees is control over the constitutionality of the norms. The Judiciary plays a fundamental role in such restraint.

Having been embraced and widely disseminated since the time of the liberal movement, the separation of powers can no longer be seen as a rigid principle. On the contrary, it must cease being looked upon as a scientific dogma if it is to be effective and to attain the goals for which it was created. The revision of such a principle will allow for appeasement and the acceptance of reciprocal interference amongst the branches of government. Power can only be restrained by and within constitutional limitations.

The principle of legality, one of the pillars of the Rule of Law, is more than just abiding by the laws. It is foremost the obedience to the Constitution. Bounded by legality, the public administrator must judge the constitutionality of the norms pertaining to his or her conduct, especially since the Constitution is modeled after the Democratic Rule of Law. Such appraisal is by no means final. The Judiciary is invested with the constitutional power to interpret the legality and constitutionality of administrative acts and to verify even the related aspects of the discretionary act.

SUMÁRIO

Introdução: Inconstitucionalidade: o dilema do administrador destinatário da norma	IX
--	----

Título I CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Capítulo I

A CONSTITUIÇÃO	1
I.1 - A Constituição — antecedentes históricos	1
I.2 - A regulação jurídica e o surgimento do Positivismo	3
I.3 - O Constitucionalismo	6
I.4 - A Constituição no século XX	8
I.5 - O conceito de Constituição	9
I.5.1 - O conceito sociológico de Ferdinand Lassalle	10
I.5.2 - A concepção política de Carl Schmitt	12
I.5.3 - O conceito jurídico de Hans Kelsen	13
I.5.4 - A posição de Jorge Miranda	14
I.5.5 - O conceito de Canotilho	15
I.6 – Supremacia constitucional	16
I.7 - O futuro da Constituição	19

Capítulo II

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS.....	23
II.1 - O controle de constitucionalidade e a presunção de constitucionalidade das leis	23
II.2 - Os sistemas de controle de constitucionalidade	24
II.3 - O controle de constitucionalidade no Brasil	26
II.3.1 - A Constituição de 1988	27
II.3.2 - Outras formas de controle previstas na CF/88 — o modo preventivo	29
II.3.3 - As inovações trazidas com as Leis 9.868/99 e 9.882/99	30
II.4 - A insuficiência do controle	35

Capítulo III

A INCONSTITUCIONALIDADE: REPENSANDO O CONTROLE (DE CONSTITUCIONALIDADE) DAS NORMAS	37
III.1 - A inconstitucionalidade	37
III.1.1 – Seus efeitos: divergência doutrinária	38
III.1.2 - A nossa posição acerca dos efeitos produzidos pelo ato normativo posteriormente declarado inconstitucional	42
III.2 - Problemas decorrentes da inconstitucionalidade	45

III.2.1 - A irretroatividade e o direito adquirido	46
III.2.2 - Limites ao direito adquirido. Existem direitos adquiridos contra a Constituição?	48
III.2.3 - A exceção à regra geral de nulidade absoluta. A solução extraída do sistema	50
III.3 - Reflexos da inconstitucionalidade	57

Título II

PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Capítulo IV

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	60
IV.1 - Questionamentos	60
IV.2 - O ordenamento jurídico — há um sistema?	61
IV.3 - O Estado de Direito — a limitação do Poder	64
IV.4 - O princípio da legalidade administrativa	65
IV.5 - O Estado de Direito e Social e o desprestígio das leis	70
IV.6 - A Constituição como equilíbrio do sistema	72
IV.7 - A legalidade no Direito Administrativo - qual a relação com a Constituição?.....	76

Capítulo V

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	80
V.1 - A separação de poderes enquanto princípio - antecedentes históricos	80
V.2 – Montesquieu e o <i>Espírito das Leis</i>	82
V.3 - O poder - significado e técnicas de controle	85
V.4 - Os três poderes como órgãos do Estado	89
V.5 - Separação... ou independência e harmonia?	92
V.5.1 - O Executivo e o Legislativo	95
V.5.2 - O Executivo e o Judiciário	98
V.5.3 - O Legislativo e o Judiciário	100
V.6 - O significado dos freios e contrapesos — não há separação, mas divisão	102
V.7 - A CF de 1988 e a atuação do Judiciário Brasileiro	104
V.8 - Repensando o princípio da separação de poderes	105

Capítulo VI

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL — OS LIMITES	110
VI.1 - O controle da Administração Pública	110
VI.1.1 - O controle interno	112
VI.1.2 - O controle externo	114
VI.2 - Meios jurisdicionais de oposição à Administração	117
VI.3 - Limites à intervenção judicial	118
VI.3.1 - Vinculação e discricionariedade, legalidade e mérito	118
VI.3.2 - A discricionariedade e os conceitos indeterminados no Direito brasileiro... ..	120
VI.3.3 - Os limites impostos à revisão do ato administrativo pelo Judiciário	124
VI.4 - O Poder Judiciário na construção do Estado de Direito brasileiro.....	129

Título III
A INCONSTITUCIONALIDADE E O DESTINATÁRIO ORIGINAL DA
NORMA VICIADA

Capítulo VII

REPENSANDO O PAPEL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO..... 133

Capítulo VIII

É POSSÍVEL AO ADMINISTRADOR AFASTAR APLICAÇÃO DA
NORMA INCONSTITUCIONAL? 141

VIII.1 - Argumentos contrários ao juízo de constitucionalidade do administrador público. 141

VIII.2 - Argumentos favoráveis ao juízo de constitucionalidade do administrador público 145

VIII.3 - A posição do STF — análise de jurisprudência 150

VIII.4 – Nossa posição 153

CONCLUSÃO 157

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 163

INTRODUÇÃO

Inconstitucionalidade: o dilema do administrador destinatário da norma

O presente trabalho propõe-se a analisar o problema da inconstitucionalidade das normas e da separação de poderes no sistema jurídico brasileiro, sob a ótica do administrador destinatário, tendo como base os princípios do Estado Democrático de Direito, assim intitulada a República Federativa do Brasil no art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Propõe-se a esclarecer o significado atual do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito; e se é ou não possível que o controle de constitucionalidade das leis seja também realizado pelo administrador público quando da aplicação da norma ao caso concreto, se ele poderá ou não deixar de aplicar uma norma que reconheça inconstitucional, quando ainda não declarada pelo Judiciário. Em caso afirmativo, apontar os limites.

O tema desperta interesse, uma vez que é justamente o administrador destinatário da norma, aquele que, durante a aplicação ao caso concreto, depara-se com o problema, ao verificar a inconstitucionalidade enquanto exerce sua função. Ademais, é realizando a função administrativa que o Estado se expõe às relações com os particulares e é capaz de identificar a nocividade e os reflexos diretos do uso da norma viciada tanto para o Estado como para a vida dos administrados.

Certamente, ao se defrontar com a norma que reconheça inconstitucional, o Administrador se coloca em posição (des)confortável tendo de aplicá-la obrigatoriamente, e de modo absoluto. Sua atitude há de ser questionada, uma vez que poderá gerar danos aos particulares ou ao próprio Estado.

É sabido que, em nosso sistema jurídico, o controle de constitucionalidade das normas é amplo. Inicia-se através das Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo; passa pela sanção ou veto da lei pelo chefe do Poder Executivo; e pelo

controle de constitucionalidade definitivo através do Poder Judiciário, seja pelo controle difuso ou concentrado.

Mas o controle prévio não é infalível, nem o Judiciário aprecia as questões de inconstitucionalidade sem que haja provocação. Assim, na prática, o Administrador poderá se deparar (e efetivamente depara-se) com uma norma reconhecendo-a inconstitucional. Surgem, então, diversas indagações: qual deverá ser a sua atitude: aplicar a norma viciada ou afastar sua aplicação, posto que eivada de vício que lhe retira a validade? O administrador público certamente está adstrito ao princípio da legalidade, mas deverá este ser entendido em sua acepção mais estrita? Para o Administrador, é mais importante a lei ou a Constituição? E qual é, nesse contexto, o papel do princípio da divisão de poderes.

A idéia da divisão de poderes defendida por Montesquieu e plenamente absorvida desde o início do *constitucionalismo* é, ainda hoje, uma das marcas e limites ao poder do Estado. Suas funções ficam distribuídas em três diferentes órgãos, cabendo-lhes criar as normas jurídicas, executá-las e resolver os conflitos sociais.

O tema gera muita controvérsia e apesar de extremamente importante para a vida prática é, atualmente, pouco estudado entre os especialistas, no que diz respeito à atitude esperada pelo Administrador Público, ou seja, sob essa óptica.

Para o deslinde da questão, posta como desafio*, será necessário responder a cinco indagações: (1º) que importância a Constituição tem nesse contexto; (2º) o princípio da legalidade é óbice ao juízo de constitucionalidade do administrador; (3º) a divisão de poderes impede a análise de constitucionalidade dos administradores; (4º) a quem compete a guarda da Constituição; e (5º) para que o administrador encontre limites, a que tipo de controle a Administração está sujeita?

O trabalho apresenta-se dividido em três títulos que compendiam idéias relativas ao mesmo tópico. O primeiro corresponde ao estudo da Constituição e do controle de constitucionalidade; o segundo trata dos princípios fundadores do Estado de Direito; o terceiro, enquanto aplica as conclusões e conceitos anteriores, verifica as repercussões das duas hipóteses possíveis — positiva ou negativa — acerca do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo administrador público no sistema brasileiro. Por fim são apresentadas as conclusões.

* Nosso trabalho segue, essencialmente, as orientações metodológicas de Umberto Eco, *Como se faz uma tese*, trad. Gilson César Cardoso de Souza, 16ª ed, São Paulo: Perspectiva, 2001.

Para conduzir o trabalho, no início da primeira parte (Título I), fez-se necessário, por primeiro, conhecer as circunstâncias que trouxeram o nascimento das Constituições, e estudar o significado a elas dado, desde a sua origem até os dias atuais. Em seguida, no segundo capítulo, são estudados os tipos e os meios processuais possíveis para efetuar o controle de constitucionalidade das normas no sistema da Constituição brasileira, especialmente após a Carta Magna de 1988. No capítulo terceiro são abordados temas como a inconstitucionalidade e seus efeitos, se o ato estatal inconstitucional é nulo, anulável ou ineficaz, e outros problemas ligados à inconstitucionalidade, tais como a irretroatividade e o direito adquirido e seus limites.

Num segundo momento (Título II) o estudo se concentrará nos princípios do Estado de Direito no sistema constitucional brasileiro, iniciando-se o capítulo quarto com o princípio da legalidade em conexão com a hierarquia das normas. O capítulo quinto analisa o princípio da separação dos poderes em seu contexto atual e o papel do Judiciário brasileiro, devidamente adequados às novas exigências sociais e à luz dos princípios constitucionalmente postos.

Adiante, no sexto capítulo, para demonstrar que a Administração Pública pode ser contida e é controlada de diversas maneiras, por si, pelos demais poderes do Estado, ou pelos cidadãos, discute-se o princípio da inafastabilidade do controle judicial, demonstrando os meios disponíveis para esse controle e os limites da discricionariedade e da intervenção judicial.

Num terceiro momento (Título III), no sétimo capítulo, averigua-se a mudança do papel do administrador público, como exigência das transformações ocorridas nos últimos anos. No capítulo seguinte, aplicando os princípios estudados, constata-se se é possível ao administrador público afastar a aplicação da norma reconhecida inconstitucional, avaliando os argumentos da doutrina e a jurisprudência do STF sobre a matéria, frisando o papel do administrador público e do juiz diante das conquistas trazidas na Constituição Federal de 1988, sempre considerando que o Brasil “constituiu-se em Estado Democrático de Direito”. Serão avaliados, ainda, as implicações e reflexos das duas posições, a favor e contra o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo administrador destinatário, em relação ao princípio da separação de poderes, à ordem pública e à organização e hierarquia administrativas. É o momento de checar se há autorização no sistema jurídico nacional, para, afinal, concluir se é possível, ou não, ao administrador público afastar a aplicação à norma considerada inconstitucional, antes mesmo de passar pelo crivo do Judiciário.

A pesquisa tem o ordenamento jurídico brasileiro como limite territorial. As incursões pelas legislações estrangeiras poderão se dar quando forem importantes para enriquecer o trabalho, especialmente através de elementos de Direito Comparado em temas relevantes como o controle de constitucionalidade das normas, de controle da Administração Pública e do Princípio da Separação de Poderes.

A limitação temporal fica marcada pelo sistema jurídico brasileiro inaugurado com a Constituição de 1988, evidenciando considerações sobre o novo sistema de controle de constitucionalidade das leis, sem descartar sua evolução no Direito Brasileiro e a adoção da adjetivação *Democrático* ao Estado de Direito, conforme determina o art. 1º da Constituição Federal de 1988 — a Constituição Cidadã.

Título I

A CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO I

A CONSTITUIÇÃO

Sumário: I.1- A Constituição — antecedentes históricos I.2 - A regulação jurídica e o surgimento do Positivismo I.3 - O Constitucionalismo I.4 - A Constituição no século XX I.5 - O conceito de Constituição I.5.1 - O conceito sociológico de Ferdinand Lassalle I.5.2 - A concepção política de Carl Schmitt I.5.3 - O conceito jurídico de Hans Kelsen I.5.4 - A posição de Jorge Miranda I.5.5 - O conceito de Canotilho I.6 – Supremacia constitucional I.7 - O futuro da Constituição

I.1. A Constituição — antecedentes históricos

Não se pode falar em Constituição sem que se pressuponha a existência do Estado. Este nasce em virtude da crescente diversidade e complexidade das relações sociais, cuja heterogeneidade faz exigir uma organização das estruturas política, social e econômica. Fruto, então, da necessidade, junto com o absolutismo e o fortalecimento dos exércitos reais, ressurge uma nova forma de organizar politicamente a sociedade, delimitar espaços, proteger e preservar os reinos das ameaças estrangeiras, traduzindo-se no âmbito das idéias do Direito e da criação de normas jurídicas no processo de formação do Estado em concreto.

Jorge Miranda¹ aponta como características gerais do Estado: a *complexidade da organização*, consistente na centralização do poder e diferenciação em órgãos e funções; a *institucionalização do poder*, significando que a legitimidade do poder não estaria mais nas qualidades pessoais da pessoa, mas na forma (Direito) que a investe como tal; a *coercibilidade* como característica da organização política estatal, em que o

¹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 4. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 47-8.

Estado assume o monopólio da força física; a *autonomização* do poder político que se burocratiza e dá autonomia às suas instituições para atingir seus fins; e a *sedentariiedade* que se traduz na necessidade de permanência do Estado no tempo e no espaço. Para Jorge Miranda “o Estado é resultante da existência de uma sociedade complexa e, por sua vez, um dos factores de criação de uma sociedade cada vez mais complexa”².

Durante o Estado Estamental, na Idade Média, as concepções cristãs e germânicas imperaram, apagando as noções jurídico-políticas romanas, dissolvendo a idéia de Estado. Foi uma época que se caracterizou pela passagem da insegurança geral à proteção localizada em feudos, na qual o poder privatizou-se, o conceito de *dominium* substituiu o de *imperium*, vigendo um ordenamento jurídico de cunho patrimonial. Ali surgiram as corporações, as universidades, as comunas, cada qual com sua função. E porque não havia uma ligação direta entre o Rei e os súditos, as pessoas eram vistas como membros de grupos, o que facilitava a estratificação da sociedade e os privilégios de classe. Nessa época a Igreja tem um papel de destaque. Não havia ainda um ambiente propício para o desenvolvimento da noção de Constituição, pois o Estado estava débil e comprimido pelo poder da Igreja. Mas não se pode dizer que nesse período o pensamento ficou de todo confinado e perdido. Destaca-se a filosofia de São Tomás de Aquino. Aliás, a filosofia cristã da época, reconhecendo no homem a dignidade do ser depositário de direitos naturais e intangíveis ao poder temporal, foi a base filosófica para que, mais adiante, o liberalismo se instalasse forte, a impor a nova estrutura estatal no continente europeu, estrutura essa que formaria o Estado Moderno. Por outro lado, já na Inglaterra de 1215, há marcos importantíssimos para a história do Direito Constitucional.

No decurso do século XIII surge a crise do sistema medieval, seja esta reflexo das cruzadas, do rompimento das barreiras do Mediterrâneo, ou das novas idéias artísticas, literárias e principalmente econômicas advindas com o mercantilismo, que, afinal, fortaleceria as monarquias nacionais que depois levariam o absolutismo ao exagero. A transição dos sistemas marca-se especialmente por dois fatos: primeiro, pelo ressurgimento do Direito romano; segundo, pelo nascimento dos Estados territoriais europeus. Estes deixaram unicamente de se identificar com os territórios e passaram a receber denominações que revelavam a unidade de seus respectivos povos, sua língua, sua origem, sua religião, seu sentimento comum, enfim a sua nação como identidade sócio-política. Nesse momento tornou-se importante a noção de soberania.

Com a teoria do mercantilismo surgiu o Estado Moderno, como uma nova forma de organização estatal, para cuja reestruturação tiveram papel importante o rompimento das barreiras medievais e as idéias Renascentistas, firmando-se entre outros pontos

² *Idem*, p. 48.

principais os seguintes: soberania do Estado, centralização do poder e sua autolimitação mediante fixação de normas fundamentais, esta última mais característica da segunda fase do absolutismo (Estado de polícia ou despotismo esclarecido).

Mas, em decorrência desse regime, surgem distorções que marcaram profundamente a história. E assim favoreceu-se o governo ditatorial de Cromwell na Inglaterra, e o exagerado absolutismo de Luís XIV em França. No Estado Absolutista a vontade do rei é lei e as regras jurídicas definidoras do poder quase inexistem. A grande importância histórica do Estado Absoluto consistiu justamente em realizar a unidade do Estado e da sociedade.

Aos poucos o capitalismo se difunde e os burgueses aumentam seu poderio econômico, contudo, o descompasso causado pela ausência de poder político favorece a Revolução. Com as idéias de Locke, Voltaire, Rousseau e Sieyès, que se contrapõem à teoria do mercantilismo e divulgam as idéias iluministas-liberais, surge um outro norte que vem a delinear todo o movimento do constitucionalismo clássico.

I.2 - A regulação jurídica e o surgimento do Positivismo

Entende-se por regulação o processo formal em que se tenta manter um sistema complexo coeso e organizado por meio de normas ou regras. Para Geraldo Tadeu Monteiro, por exemplo, “o conceito de regulação tenta apreender a contradição formal suscitada pelo duplo movimento que conhecem os sistemas complexos, a saber, a mudança, a transformação irreversível do envelhecimento acoplada à estabilidade, à regularidade e à continuidade”³. Caracterizar-se-ia então, como sistema complexo, por ter regularidade no funcionamento, retroalimentar-se adequando as ações reais às ações esperadas e ser incompleto. A incompletude diz respeito à necessidade que os sistemas têm de se manterem e de se reproduzirem, buscando o equilíbrio no seu meio ambiente.

A partir do final⁴ do Século XIX, o Direito passa a ser visto como a principal forma de controle social⁵, isso porque os sistemas sociais passam a ser entendidos como conjunto de valores e normas influenciadores do comportamento individual.

³ Geraldo Tadeu Moreira Monteiro, “A crise da regulação jurídica e de seu paradigma nas sociedades contemporâneas”, *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Nova Série, ano I, vol. 1, nº 1, 1996, 51-68, p 52.

⁴ Miguel Reale ressalta, porém, que foram os juristas romanos os primeiros a se conscientizarem da existência de condutas sociais reiteradas e, como tais, passíveis de serem objeto de algum tipo de

A intervenção do Direito faz-se nas relações humanas para determinar-lhes o “como agir”, através da produção de normas legais que espelham uma decisão de poder cujos valores privilegiam comportamentos determinados ou reagem à prática social que lhe é desobediente. É a regulamentação jurídica, portanto, o meio mais eficaz de incitamento e limitação das condutas sociais, ao qual o Estado atribui um status de obrigatoriedade, amparando-o com seu aparelho repressivo.

Miguel Reale entende que o valor atua como mediador entre fato e norma. Daí porque as valorações incidem continuamente sobre os fatos alterando o sentido das estruturas normativas, numa lógica dialética (norma influencia fato, fato influencia norma). A vida dos modelos jurídicos estaria entre preservação ou substituição, o que asseguraria uma “auto-correção, num processo marcado de *feed-back*”⁶. Autocorrige-se enquanto for possível ajustar os modelos à realidade sem quebra dos valores lógicos-formais. Somente quando o ajuste hermenêutico interviesse fora de limites razoáveis, fazendo uso de artifícios, propugna o autor, seria melhor decretar a sua morte, pondo outros em seu lugar.

A regulamentação jurídica, como forma de controle social que é, tanto pode ser entendida no sentido de representar um consenso em relação às normas sociais como pode referir-se à inferência política. Nesta acepção ela se tornaria intimamente ligada às técnicas de governo, sujeita ao manuseio da autoridade e do poder. Tal concepção jurídico-política de regulamentação de cima para baixo se transformou no meio preferido de regulamentação após a implantação dos Estados-Nações modernos⁷, especialmente a partir dos movimentos de codificação e constitucionalização que surgiram no Século XIX.

A regulação da vida privada é contemporânea à época do Estado de Direito. Até então, os legisladores não interferiam na vida privada. Cabia à família e à Igreja a função de corrigir condutas ou modificá-la. O comércio era regido por costumes mercantis. Com o Código de Napoleão (1804) surge no Ocidente um novo tipo de dominação que se funda no desígnio universal da racionalização da vida social. Esse novo processo traz uma forte identificação entre o legal-racional e o Estado-burocracia.

regulamentação do tipo jurídico. (“Vida e Morte dos Modelos Jurídicos”, *Direito*, nº 2, São Paulo, Max Limonad, 1995, 251-7, p. 252).

⁵ Cf. Geraldo Tadeu Moreira Monteiro, *op. cit.*, p. 53.

⁶ Miguel Reale, *op. cit.*, p. 253.

⁷ Cf. Geraldo Tadeu Monteiro, *op. cit.*, p. 54.

Nasce, assim, uma nova forma de dominação⁸, amparada pelo Direito e marcada por um crescente processo de regulamentação, tendo como condutor um Estado burocrático e centralizador.

Ao tempo em que o Direito vai servindo a essa burocracia, por outro lado os juristas cuidam de fortalecer a crença na validade dos princípios do Direito, proliferando as faculdades de Direito, buscando aumentar a dignidade da profissão. A ciência jurídica consolida-se científica e desvinculada da moral e da metafísica. O Positivismo não significava, para o pensamento jurídico, apenas o repúdio dos jusnaturalismos teológico e racionalista, envolvia ainda um agnosticismo axiológico, uma consciente recusa da intenção axiológica, e assim, uma completa incompreensão dos fundamentos e da validade da juridicidade enquanto tal. O sistema jurídico se diz racional, puro, universal, eficaz. Mas, na verdade, o Positivismo destruiu a razão pensada em termos kantianos como “faculdade de idéias”, convertendo-a em intelecto técnico e instrumental. O Direito separa-se dos valores éticos-comunitários do homem⁹. Tudo, desse modo, contribuiu para a legitimação de um modo de regulamentação que se impõe de cima para baixo.

É esse modelo de Estado e de Direito que alcançou o apogeu nesse século, que hoje passa por uma forte crise, num processo que tende a desintegrá-lo, pelo menos no sentido de que não permaneça como está, pois já não atende às necessidades sociais atuais.

I.3 - O Constitucionalismo

Data da Antigüidade o sentir que, dentre todas as leis, há algumas que se destinam a organizar o próprio poder e, portanto, definem a sua constituição. Estas definiriam as funções do Estado, quais os órgãos governantes e qual o fim de cada

⁸ Cf. Geraldo Tadeu Monteiro, *op. cit.*, p. 54.

⁹ A. Castanheira Neves afirma que “o Direito, expressão ético-comunitária do homem, alienou-se dele, e abriu uma fractura no seio daquela mesma humana autonomia moral que havia de manifestar”. (“O Papel do Jurista no Nosso Tempo”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. XLIV, 1968, 83-142, p. 113).

comunidade. Aristóteles, em sua obra *A Política*¹⁰, já fazia transparecer a distinção entre as leis constitucionais e as demais, ordinárias ou comuns.

Esta importante distinção, porém, só ganhou relevo na segunda metade do século XVIII com o constitucionalismo norte-americano, cuja idéia, sem dúvida, exerceu forte influência na Europa Ocidental da época¹¹. A idéia de uma Constituição surgiu com o fito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores.

Neste sentido, um importante fato ocorreu na Inglaterra em 1215, quando o Rei João Sem Terra, pressionado pelos delegados da aristocracia rural, promulgou a célebre Magna Carta, que limitava os poderes reais, confirmava a liberdade individual e a inviolabilidade da propriedade privada. Apesar dessa Carta ser uma imposição obtida por um grupo dominante descontente, e que não abria mão de seus privilégios, a importância dela está na razão de haver deixado implícito que ali está uma lei que fica acima do rei e nem mesmo ele pode violar.

Na Inglaterra¹², a Magna Carta de 1215, junto com o *Bill of Rights* de 1688 (que restringia ainda mais os poderes do rei, em matérias como a execução e suspensão das leis, cobrança de impostos e manutenção do exército sem autorização do Parlamento) e o *Act of Establishment* de 1701, formam o substrato básico¹³ da constituição costumeira daquele país. Em 1653 editou-se o *Instrument of Government*¹⁴, que formulou pioneiramente, na fase moderna, o princípio da divisão dos poderes, posteriormente retomado e aperfeiçoado por Montesquieu.

¹⁰ Nesta obra Aristóteles mostra que há algumas leis que são “mais” que outras, como nesta passagem: “Alguns simplesmente fizeram leis, mas outros, como Licurgo e Sólon, elaboraram constituições, estabelecendo as leis da estrutura social”. (*A Política*, “Coleção Os Pensadores”, Ed. Nova Cultural, 1999, p. 206).

¹¹ Alguns autores, como Walter Vieira do Nascimento, afirmam que é na América onde se há de buscar a origem de nossas atuais Constituições escritas. As contribuições são, portanto, distintas: da América saiu a idéia de Constituição, a qual a Revolução Francesa teria recebido muito bem, mas foi da França que a Constituição se espalhou por toda a Europa. (Cf. *Lições de História do Direito*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 140).

¹² A Inglaterra até hoje não possui uma Constituição formal. Conta esses documentos citados, que são suas leis fundamentais. Com origem no Direito Consuetudinário, dispõe de uma forte e arraigada tradição para preservação e respeito dos direitos de seu povo. Pode-se dizer que não possui uma Constituição rígida em sentido técnico-formal, mas sua rigidez provém da dificuldade de modificação daqueles costumes. Essa força social, em regra, os demais povos não detêm, o que justificou o surgimento e grande aceitação das Constituições escritas.

¹³ Cf. A. Machado Paupério, *Teoria Geral do Estado*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 219.

¹⁴ Carl Schmitt (*Teoría de la Constitución*, 2. ed., trad. Francisco Ayala, Madri, Alianza Editorial, 1992, p. 61) destaca que foi o *Instrument of Government*, de 1653, um exemplo de moderna Constituição escrita, pois neste havia o sentido de uma “decisão política total”.

Mas, apesar do embrião constitucional inglês, foi mesmo a Constituição dos Estados Unidos e, sobretudo, o *Bill of Rights* do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que abriram caminho para a célebre Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da França (1789), esta última perfeito paradigma para as constituições posteriores. Aliás, são célebres as palavras contidas na declaração¹⁵ unânime dos Treze Estados Unidos da América do Norte na reunião do Congresso de 4 de Julho de 1776, que superava as dificuldades regionais para garantia da lei central uniforme dos direitos fundamentais do indivíduo.

A Revolução Francesa, movimento de forte carga popular e idealista, foi o ponto culminante na condução ao Estado Constitucional, acabando por inserir para sempre os ideais de liberdade e os princípios do governo da maioria, extirpando de vez os privilégios de classe, prescrevendo a igualdade de todos perante a lei e instaurando a Assembléia dos representantes do povo como o órgão máximo de onde dimanam as leis. Somente seria proibido o que a lei proibia. Todo o resto era permitido. Apesar de seus excessos, o liberalismo deixou sua parcela de contribuição para a defesa e guarda dos direitos individuais dos povos civilizados.

A partir da Constituição Francesa¹⁶ de 1814, os Direitos do Homem passaram a ser minuciosamente detalhados. Este diploma serviu de modelo para muitas Constituições que vieram a partir de então, fossem elas francesas ou estrangeiras, tais como, dentre outras, a de Weimar de 1919. Não se pode deixar de mencionar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como importante fonte inspiradora do ciclo constitucional e que hoje faz parte do patrimônio da humanidade.

Várias foram as contribuições e influências no âmbito constitucional. Jorge Miranda¹⁷ destaca, por exemplo, que a expressão “Estado Constitucional” teria origem

¹⁵ “Cremos axiomáticas as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais; que lhes conferiu o Criador certos direitos inalienáveis, entre os quais o de vida, de liberdade e o de procurarem a própria felicidade; que para assegurar esse direito se constituíram entre os homens, governos cujos poderes emanam do consentimento dos governados; que sempre que qualquer forma de governo tenda a destruir esses fins, assiste ao povo o direito de mudá-la ou aboli-la, instituindo um novo governo cujos princípios básicos e organização de poderes obedeçam às normas que lhe pareçam mais próprias a promover a segurança e a felicidade gerais. A prudência aconselha que governos, de longa data estabelecidos, não deverão ser mudados em razão de causas fúteis ou transitórias, e toda a experiência do passado demonstra que a humanidade está mais disposta a sofrer males, enquanto se possa suportar, que a corrigi-los com o abolir das formas a que se havia acostumado. Todavia, quando uma longa série de abusos e usurpações, todos invariavelmente dirigidos para o mesmo fim, estão a apontar o desígnio de submeter um povo a despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever pôr termo a tal governo, e prover novos guardiães (sic) da segurança futura.” (extraído de: Artur Machado Paupério, *op. cit.*, p. 101-2).

¹⁶ *Idem*, p. 102.

¹⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, ..., p. 82.

francesa, enquanto “Estado de Direito” vem do alemão e “governo representativo” é contribuição anglo-saxã.

De qualquer modo, a necessidade de criar uma declaração, uma verdadeira constituição do Estado, quase imutável, que absorvesse as normas essenciais de sua organização, as formas de poder e seu exercício, as limitações desse poder e que garantisse as liberdades individuais, é que fizeram surgir a idéia de Constituição. Ela nasce com o fito de reprimir o poder absoluto, extirpar as desigualdades jurídicas e dar garantias aos direitos individuais. Esse o contexto de seu nascimento, essa a razão de ser de sua existência.

I.4 - A Constituição no século XX

No Estado Constitucional ou de Direito, há mudança de concepção: em vez do exercício do poder resumir-se a um ou alguns, o exercício por muitos, através dos representantes eleitos pela coletividade; em vez de súditos, cidadãos; a lei passa a ser expressão da vontade geral e o Estado passa a se submeter às leis e a ser o executor delas. A Constituição, juntamente com o princípio da legalidade, as declarações de direitos e o princípio da separação de poderes, transforma-se na técnica aceita para delimitar o poder.

Mas o Estado Constitucional, nascido burguês, sofre tremendas críticas, especialmente porque a igualdade formal advinda do ideal liberal não garantia nem realizava a justiça, ao contrário, agravava ainda mais as distorções sociais, aumentava a avareza e propiciava a disseminação de um capitalismo selvagem que na realidade ignorava, ou pior, massacrava o trabalhador. Daí as críticas oriundas da Igreja Católica e do pensamento socialista. Por isso, à fase liberal do Estado Constitucional vai seguir-se uma fase social, predominante no século XX, a exigir um intervencionismo maior do Estado para regular as relações trabalhistas, econômicas, impondo limites ao poder econômico para garantir o bem estar social.

É importante mencionar, do ciclo constitucional germânico, a Constituição de Weimar de 1919, como significativo marco para a afirmação de novos direitos sociais e econômicos. Antes dela, porém, há de ser citada a Constituição do México de 1917.

A Revolução Russa de 1917 estabeleceu o socialismo proletário e a planificação estatal e, apesar de não se amoldar à ideologia da democracia ocidental, não descartou a

necessidade de dar-se uma Constituição, ainda que isso significasse uma fase transitória, após a qual o Estado e a Constituição se tornariam desnecessários.

A transformação do Estado que deixava para trás o *laissez faire* e passaria a adotar uma posição intervencionista e social, o surgimento de regimes totalitários, a organização da comunidade internacional (ONU, OEA, entre outras) e a conseqüente proteção internacional dos Direitos do Homem (convenções e tratados são criados para dar efetividade aos direitos do homem) são fatos que vieram a influir e caracterizar o século.

É de se constatar que, na atualidade, a despeito dos diversos sistemas constitucionais, todos os Estados se esforçam em dar-se constituições, avultando o aspecto formal em detrimento do material. Inconteste também o fato de que as constituições atuais têm sofrido inúmeras modificações, podendo-se contar, talvez a dedo, aquelas que permanecem em vigor há mais de um século. Estes fatos, somados à descrença no individualismo liberal que se revela na origem da ‘fórmula’ constitucional, contribuem de certa forma para justificar o inadmissível desrespeito à Constituição, até mesmo pelo cidadão a quem ela deve proteger.

I.5 - O conceito de Constituição

A palavra *Constituição* é empregada de diversas formas. Em sentido geral, constituição é a organização de alguma coisa e nestes termos não pertence apenas ao Direito Público. Nesse sentido, nunca houve Estado sem Constituição.

Essa mesma acepção geral pode ser utilizada para designar a própria organização fundamental total do Estado, abrangendo as instituições políticas e jurídicas que o formam e lhe caracteriza a estrutura. No mais das vezes, o termo *constituição total* é mesmo empregado para designar a integração dos aspectos social, político, jurídico e econômico. Todos esses aspectos estariam reunidos na idéia de constituição total.¹⁸

No Direito Constitucional, o termo *Constituição* é tradicionalmente aceito como representativo da Lei Fundamental do Estado, ou seja, a lei que funda um dado

¹⁸ Nesse sentido ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 21. ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 10.

ordenamento jurídico, estabelece e delimita poderes, rege a vida dos cidadãos e, por isso, é a lei mais importante.

Para alguns autores, a norma jurídica nada mais é que a regulamentação legal dos valores consagrados pela sociedade, daí o caráter ideológico¹⁹ do ordenamento jurídico. A Constituição, que é norma, segue a mesma regra. A fonte da Constituição é o “fato social da necessidade”²⁰.

Os autores, ao conceituá-la, enfatizaram aspectos que enxergam como mais importantes: ideológico, axiológico, sociológico, político, processo público, entre outros. Sem contestar a justeza das diversas conceituações, convém selecionar para limitar. Escolhemos, portanto, alguns clássicos da matéria, tais como Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen, que lhes deram uma versão sociológica, política e jurídica, respectivamente. Adicionamos ainda as versões de outros já consagrados constitucionalistas portugueses do nosso tempo, como Jorge Miranda e Canotilho, seja pelo forte grau de influência no que imprimem no Direito Constitucional brasileiro, seja por trazerem mais contribuições estrangeiras à matéria.

1.5.1 - O conceito sociológico de Ferdinand Lassalle

Ferdinand Lassalle, contemporâneo de Karl Marx, em célebre conferência em Berlim (1863), que serviu de base para a publicação em sua obra intitulada “*Über die Verfassung*”²¹, argüia acerca da diferença existente entre a Constituição, lei fundamental, e as demais leis. Respondendo a sua indagação, enumerava o que entendia exigir a diferenciação²²:

1º - que a lei fundamental seja uma lei básica (= fundamental);

2º - que constitua o verdadeiro fundamento das outras leis;

¹⁹ Esta a posição do prof. Ivo Dantas, em sua obra *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro* (Curitiba, Juruá, 1999, v. 1), que emprega o termo no sentido de conjunto de idéias. Em sentido oposto, por exemplo, José Wilson Ferreira Sobrinho (“O Conceito Ideológico de Constituição”, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 12, v. 52, maio/1988, p. 27-44), para quem o Direito é uma forma de legitimação do poder e da ideologia do poder dominante. A Constituição tem, assim, um sentido ideológico, posto que carrega a ideologia das classes dominantes.

²⁰ Ivo Dantas, *op. cit.*, p. 84.

²¹ A obra de Ferdinand Lassalle foi traduzida para o Brasil com o título: *A Essência da Constituição* (4. ed., trad. Walter Stöner, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998).

²² *Idem*, p. 25.

3º - que ela exista porque *necessariamente* deva existir, ou seja, ela exista não por um capricho, mas porque se rege pela necessidade, por uma força ativa que a faz ser assim e não de outro modo.

Lassalle conceitua a Constituição como “uma *força ativa* que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”²³. Indaga se existe uma força ativa capaz de influir nas leis de um país de forma a obrigar a ser o que são e não de outra maneira. Seguindo, enumera as forças ativas que crê, na realidade, influírem na formação das leis: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. Todos são partes integrantes da Constituição. Sentencia que “esta é, em síntese, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”²⁴. Afirma ainda que, juntando esses fatores reais de poder e os escrevendo em uma folha de papel, eles adquirem juridicidade, passam a ter força e, como “verdadeiro” Direito, quem o desrespeitar será punido.

E pergunta por que a Constituição se impõe a todos, mesmo havendo uma notável desproporção entre ricos e pobres. Se há muito mais pobres do que ricos, questiona-se, por que há muito maior influência dos ricos nas leis do país? Simplesmente, responde, porque o instrumento do poder político do rei (exército) está organizado e pode reunir-se a qualquer hora que dele necessitar, enquanto o poder em que se apóia a nação não estaria organizado.

A Constituição, para Lassalle, então, não passaria de uma “folha de papel” na qual os fatores reais de poder exercem uma quase absoluta influência a determinar o que e como se regerá aquela sociedade.

I.5.2. A concepção política de Carl Schmitt

²³ *Ibidem*, p. 25 (grifos no original).

²⁴ *Ibidem*, p. 32 (grifos no original).

Carl Schmitt²⁵, fazendo absoluta questão de distinguir entre Constituição e lei constitucional, aponta três conceitos de Constituição: absoluto, relativo e positivo.

No conceito absoluto vislumbra a Constituição como unidade política, ou seja, a Constituição como um todo unitário, como regulação legal fundamental, é dizer, um sistema de normas supremas e últimas, na qual se fundamentam todas as demais normas do sistema, dando-lhe unidade. Afirma que uma constituição é válida quando emana de um poder constituinte e se estabelece por sua vontade. Para o autor, esse sentido absoluto teve o seu momento histórico (liberalismo), mas este conceito tem se relativizado até converter-se no conceito de lei constitucional em concreto. Tal relativização ocorreria com a produção desordenada de emendas constitucionais, por exemplo, que retirariam a unidade do conjunto.

A Constituição em sentido relativo é a lei constitucional, ou melhor, a dispersão em leis constitucionais que não guardam em si uma unidade constitucional, mas caracterizam-se pelo aspecto formal. As leis constitucionais são formalmente iguais, tornando indistinto tudo que está na Constituição. Todo o conteúdo é, portanto, igualmente relativo. Afirma, contudo, que não é porque algumas prescrições estão num papel escrito que elas devem ser consideradas uma Constituição formal. Não. Para adquirir o caráter formal é necessário que se justifiquem certas propriedades, seja da pessoa ou do órgão que emite o documento, seja do conteúdo documentado.

A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia e decide a unidade política. No fundo de toda normatização haveria uma decisão política do poder constituinte: a Constituição em sentido positivo surge mediante um ato do poder constituinte. Esse sentido compreende a Constituição como decisão de conjunto sobre o modo e a forma de unidade política.

O conceito de Constituição ideal²⁶, para o autor em estudo, é o do Estado Burguês de Direito, aquele que possui um sistema de garantias de liberdade, a divisão de poderes e um documento escrito determinando a forma de governo.

Enxerga a Constituição como pacto político no sentido de “*status* político”, ou seja, a Constituição funda uma relação permanente de vida que abarca a pessoa em sua existência e introduz uma ordenação de conjunto. A legitimidade democrática de uma

²⁵ Cf. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 29 e ss.

²⁶ *Idem*, p. 62.

Constituição está ligada à supremacia popular, e neste caso a validade da mesma descansará na vontade do povo.

I.5.3. O conceito jurídico de Hans Kelsen

Kelsen faz diferença entre Constituição material e Constituição formal. O primeiro sentido consiste nas regras que regulam a criação de normas jurídicas gerais, a criação de estatutos. A Constituição material determina não apenas os órgãos e o processo de legislação, mas também e em certo grau, o conteúdo de leis futuras. A Constituição em sentido formal só é possível se houver um documento escrito, se esta tiver o caráter de Direito estatutário. Nesse último caso a modificação da Constituição se torna mais específica e difícil do que as leis ordinárias, pois assume uma forma constitucional que tem por finalidade dar-se um caráter mais estável que às demais leis. A Constituição em sentido formal significa um procedimento específico de legislação, uma determinada forma jurídica que pode ser preenchida com qualquer conteúdo jurídico²⁷.

O autor compreende o ordenamento jurídico como uma pirâmide. A Constituição é a norma superior, está no topo do ordenamento jurídico, e a norma que é criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica cuja personificação é o Estado é uma ordem jurídica escalonada, uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade do sistema está em que “a criação de uma norma — a inferior — é determinada por outra — a superior — cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade”²⁸.

²⁷ Conferir em: Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3. ed., trad. Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 371-2. Diz ainda Kelsen em outra passagem da mesma obra (p. 183): “Contudo, se existe uma forma específica para a lei constitucional, qualquer conteúdo que seja pode surgir sob essa forma”.

²⁸ *Idem*, p. 181 (grifo do autor).

I.5.4 - A posição de Jorge Miranda

Jorge Miranda, em seu *Manual de Direito Constitucional*²⁹, divide a Constituição sob duas perspectivas: material e formal. A primeira diz respeito ao seu conteúdo, função ou objeto; a segunda refere-se à posição das normas constitucionais frente às demais normas.

Seguindo a primeira perspectiva, como função de estatuto jurídico do poder político, assume um sentido institucional ou material. A Constituição pode ter, então, um sentido amplo, um restrito e um médio. No sentido amplo, todo Estado tem uma Constituição; o segundo, que é restrito, liga-se à Constituição concebida em termos *liberais*; o terceiro representa a separação, ocorrida no século XX, da idéia liberal pré-sugerida, ou seja, o conceito universaliza-se, perde a referência necessária de conteúdo liberal, nele passam a caber quaisquer conteúdos. Ainda nesta perspectiva, Jorge Miranda enxerga um conceito genético de Constituição. Neste último sentido quer significar um conjunto de normas que dão fundamento de validade às demais normas do ordenamento jurídico do Estado, um conjunto de normas que não se funda em nenhuma outra e que, portanto, é a gênese de todo o ordenamento jurídico daquele Estado.

Sob a perspectiva formal, entende-a como conjunto de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior a de quaisquer outras normas. Aponta ainda um outro sentido, o de Constituição instrumental, ou seja, documento onde se inserem as normas fundamentais.

O autor vislumbra a Constituição como garantia, “mais ainda, de uma direção de garantia”³⁰. A Constituição é, então, a auto-regulamentação de um povo. Afirma que é por meio de uma Constituição que se constrói, aprova e cria toda a ordem jurídica que nela se assenta, por ela o povo se obriga e obriga aos seus representantes livremente eleitos.

Sem ignorar o fato de que existem Constituições que são instrumento do poder, Jorge Miranda afirma que somente diante de uma Constituição que seja fundamento do poder — ou seja, limite e legitimidade do poder — é que se estará diante do Estado de Direito.

Adotando os conceitos de Constituição em sentido material, formal e instrumental, crê que “a Constituição formal é desde logo Constituição material —

²⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Ed., 1988, p. 7 e ss.

³⁰ *Idem*, p. 18.

porque, insista-se, ela serve (lógica e historicamente) de manifestação da Constituição material que, em concreto, lhe subjaz; porque a forma não pode valer por si, vale enquanto se reporta a certa substância”³¹. A Constituição formal possui, portanto, um caráter material. Mas a Constituição material não se esgota na Constituição formal ou instrumental. Ele justifica isso afirmando que não há, nunca houve, nem haverá uma completa codificação constitucional.

1.5.5 - O conceito de Canotilho

José Joaquim Gomes Canotilho³² aponta vários sentidos para o termo *Constituição*. A plurisignificatividade deste conceito é esclarecida e especificada ao apontar o conceito histórico-universal de Constituição (todo Estado possui e possui uma constituição real e efetiva), ao traduzi-la como fonte de Direito, como modo de ser da comunidade, como fonte jurídica do povo, como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, ou ainda ao dar o conceito ideal de Constituição e Estado constitucional. Dá-lhe, também, outros sentidos, como o instrumental, formal, material e normativo.

Ele revela os pontos fundamentais da discussão acerca da estrutura e função da Constituição: o ser a lei fundamental um instrumento formal e processual de garantia e o fato destas serem programas ou linhas de direção para o futuro. Aponta como funções da Constituição: constituir normativamente a organização estatal; racionalizar e limitar os poderes públicos; fundamentar a ordem jurídica da comunidade e ser programa de ação estatal. Afirma que, mais do que buscar um conceito justo de Constituição, deve-se focar o problema através da ótica moderna da legitimidade e eficácia normativa de uma Constituição. Entende que as soluções passam por três aspectos fundamentais: “(a) subsistência da compreensão liberal, formal e positivista de constituição; (b) continuação das perspectivas sociológicas, orientadas para uma compreensão materialista do texto constitucional; (c) renovação da compreensão material de constituição sob o ponto de vista do Estado de Direito democrático”³³.

Segundo o autor, a compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido se se refere a uma situação constitucional concreta. Ele contesta a alegação de que a Lei

³¹ Ibidem, p. 41.

³² Canotilho, *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1995.

³³ *Idem*, p. 75.

Fundamental é hoje um instrumento pervertido, obsoleto e inútil, afirmando — sem esquecer que há e sempre haverá uma tensão constante entre a norma constitucional e a realidade social — que esta guarda ainda hoje uma função estabilizante e integradora do ordenamento jurídico. A idéia de compromisso e tensão seria inerente à Lei Fundamental, daí por que esta tem de aceitar as contradições dessa mesma realidade. Isso não exclui a “intenção de justiça e verdade na proposta normativo-constitucional”³⁴, ao contrário, a sua estrutura dinâmica aponta para a necessidade de aberturas para atualizações, a fim de evitar o distanciamento entre normas e realidade social.

I.6 – Supremacia constitucional

Convém esclarecer que a doutrina costuma classificar as Constituições segundo diversos critérios. Quanto à forma e quanto à estabilidade, as Constituições podem ser costumeiras (não-escritas) ou escritas, e rígidas ou flexíveis, respectivamente.

Costumeiras são as Constituições que se formam de costumes, tradições e um ou outro documento escrito. Os preceitos jurídicos não se encontram reunidos em uma codificação, por isso eram pouco conhecidos fora do meio jurídico. Apesar de serem mais comuns até o século XVIII, ainda subsistem, como dito anteriormente³⁵, na avançada Inglaterra de hoje.

O Constitucionalismo, porém, difundiu a idéia da necessidade de elaborar em um único documento as regras fundamentais do Estado. Daí surgiram, como técnica para resguardar direitos dos cidadãos, as Constituições escritas. Com elas se permite diferenciar claramente as regras constitucionais das demais regras ordinárias. Trazem consigo também uma certa dificuldade em receber alterações.

Darcy Azambuja, escorado nos ensinamentos de Queirós Lima, evidencia que um dos princípios da organização do estado do século XVIII era a exigência de Constituição escrita, e nomeia os motivos para tanto³⁶:

³⁴ Ibidem, p. 79.

³⁵ Vide item I.3, nota 12.

³⁶ Darcy Azambuja, *Teoria Geral do Estado*, 30. ed., São Paulo, Globo, 1993, p. 170.

- a) Tendo o Estado, por origem um *contrato*, a Constituição seria a renovação deste pacto primitivo;
- b) a clareza, a firmeza da lei escrita sobre a lei costumeira, que é sujeita a deformações;
- c) a Constituição escrita é mais solene, tem mais garantias, não pode ser alterada e é muito mais fácil de ser conhecida por todos;
- d) é um meio de educação política para o povo, que pela sua leitura adquire consciência mais nítida de seus deveres e direitos.

A constituição rígida se fundamenta na distinção entre *poder constituinte* e *poderes constituídos*. Enquanto a lei constitucional é obra do poder constituinte, a lei ordinária é fruto dos poderes constituídos e tem seus limites definidos na própria Constituição. Nas Constituições rígidas³⁷, portanto, existe um procedimento especial, solene, mais exigente que aquele a que se submetem as leis ordinárias e complementares. A contrário senso, as Constituições são flexíveis quando podem ser livremente modificadas pelo legislador, segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias.

A importância dessa técnica está justamente no que ela implica, ou seja, numa garantia de que a Lei Maior que a todos submete não será modificada ao sabor e ao arbítrio dos governantes.

Desse modo, a existência de Constituição escrita tem sido apontada como uma das conquistas dos povos civilizados. Mas não se pode dizer que haja, necessariamente, tipos definidos de Constituição escrita e costumeira. A Inglaterra, berço dos direitos individuais e liberdades públicas, apesar de não ter uma Constituição escrita, possui normas escritas de natureza constitucional, como o são a Magna Carta, o *Bill of Rights* e a *Petition of Rights*³⁸. Tais diplomas, porém, encontram-se formalmente no mesmo patamar das leis ordinárias, sendo idêntica a forma de alteração a que estariam submetidos. Porém, no Estado Inglês, qualquer modificação nesses diplomas encontra fortíssima resistência por conta de outro elemento: o fator sócio-cultural³⁹. É este elemento que lhe dá estabilidade.

Mas esse elemento nem sempre existe nos demais Estados civilizados, daí porque o Direito criou um artifício, acrescentou um *plus* às Constituições, aquilo que

³⁷ “Fique entendido que a rigidez não significa imutabilidade, mas indica simplesmente que as mudanças devem suceder-se com um processo *sui-generis*, que assegure maior ponderação.” (Del Vecchio, *Teoria do Estado*, trad. Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo, Saraiva, 1957, p. 61).

³⁸ Ronaldo Poletti, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 7.

³⁹ Pontes de Miranda, “Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições”, *RDA - Seleção Histórica*, 1991, p. 63-89.

Pontes de Miranda⁴⁰ chamou de “técnica da rigidez constitucional” e que faz parte da técnica da defesa da Constituição, porque aquela não exaure esta.⁴¹

Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia constitucional. Isso significa, no dizer de José Afonso da Silva que “a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.⁴²

A Constituição não é apenas mais uma norma posta no ordenamento jurídico para definir os direitos. Ela é a norma de todas as normas, “é, assim, dotada de superlegalidade formal e material, por causa de seu caráter fundacional do Estado e do Direito que o estrutura e que nela se contém.”⁴³

Na verdade, a supremacia da Constituição decorre de sua origem. Tendo como fonte um poder inicial, incondicionado, autônomo, e que institui os demais poderes e não é instituído por nenhum outro, por isso denominado *poder constituinte*, é inegável que a Constituição está acima das normas elaboradas pelos órgãos por ela constituídos.

A doutrina distingue a supremacia material da supremacia formal. A primeira é reconhecida até nas constituições costumeiras e flexíveis. Isto do ponto de vista sociológico, pois do ponto de vista jurídico só é concebível a supremacia formal, que se apóia na técnica da rigidez constitucional.

A Constituição brasileira é rígida, conseqüentemente, ela é considerada a lei suprema e fundamental do Estado. Toda autoridade dela dimana e só ela confere poderes e competências governamentais. É a Constituição Federal que limita, expressa ou implicitamente, os poderes estatais, dando garantias aos cidadãos.

Seguindo os ensinamentos de Kelsen, a Constituição encontra-se situada no ápice das normas jurídicas e é ela a norma fundamental do

⁴⁰ *Idem*, p. 63 e ss.

⁴¹ Para Pontes de Miranda, a defesa é conceito mais largo do que o de guarda e o de rigidez. Abrange-os. É esta técnica de rigidez da Constituição (defesa “própria”) que lhe dá valor extrínseco acima das outras leis. A defesa “alheia” se exerce através da guarda da constituição e esta consiste em saber *quem e como* se realizará essa guarda. (Ibidem, p. 63 e ss.).

⁴² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 47.

⁴³ Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Constituição e Constitucionalidade*, Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991, p.51.

Estado que integra todo o sistema jurídico. Todas as demais normas só serão válidas se com ela se conformarem. É a Constituição a norma jurídica mais importante de todo o sistema, a fonte onde as demais devem buscar fundamento.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a Constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor”.⁴⁴

É o documento mais importante do Estado, porque representa as conquistas na limitação do poder estatal, e condensa as lutas do homem em busca de liberdade, de igualdade e de justiça social. É a garantia formal e material do cidadão e significa uma verdadeira conquista humana na evolução social, fonte de equilíbrio do ordenamento jurídico e das forças ativas da sociedade, tradutora da forma de ser de uma comunidade, fonte e base do sistema lógico-jurídico.

Por todo o acima exposto, não se pode negar a supremacia e importância da Constituição. As técnicas para sua defesa estão postas no sistema e se traduzem especialmente no controle de constitucionalidade das normas. A constituição é uma conquista inegável e sua democrática efetividade depende de toda a sociedade.

I. 7 - O futuro da Constituição

Canotilho, com razão, fala de uma juridicização crescente do mundo, determinada pelo impulso iluminista-racionalista que, na tentativa de regular todas as situações sociais, cria um *desvalor* normativo da lei. Afirma ainda que o Estado perdeu o “centro”, ou seja: há inúmeros outros subsistemas auto-organizados e reciprocamente interferentes que, efetivamente, regulam determinadas relações sociais, deslocando o centro legiferante e, conseqüentemente, ocasionando perda de poder estatal. Situando a Constituição na fase pós-moderna, conclui que há um “refluxo jurídico” e um “refluxo político” que, pela informalidade, caracterizam um novo paradigma: o paradigma do “Estado Constitucional informal”⁴⁵, que se caracteriza pela des-legalização, des-codificação, des-oficialização.

⁴⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, ... p. 18.

⁴⁵ Canotilho, *Direito Constitucional*, ... p. 20.

Corolário do que afirma, o autor defende a transparência nesse tipo de Estado, tendo por base a idéia de que a regulamentação jurídica deve ser substituída por outros mecanismos informais⁴⁶. Isso representa a saída do centro para a periferia, do Estado para a sociedade.

Ao que parece, portanto, o autor propugna por disseminar um sistema que se baseia na responsabilidade social e que abarca textos fora da Constituição formal.

Parece razoável crer que o Estado não acompanha a evolução com a mesma rapidez que os fatos ocorrem, que àquelas instituições informais caibam as regulamentações do que lhes afetem sem, porém, interferir em direitos considerados fundamentais. Parece razoável, ainda, crer e afirmar que, de qualquer forma, a Constituição deve traçar os limites admissíveis, sem deixar de regular a organização política, as competências dos órgãos, os limites e os deveres do Estado, sem descuidar dos direitos de seus cidadãos.

Sem embargo, não se defende um direito constitucionalmente limitado e restrito exclusivamente ao que dispõe o texto constitucional. Ao contrário, entende-se estar superada a distinção entre Constituição material e Constituição formal e, desse modo, *tudo que consta no texto constitucional é Constituição. Mas há direitos fundamentais que não estão expressos na Constituição escrita.*

O que se nota é que o mundo *globalizado* caminha muito mais para uma vida em *blocos*. Ou seja, os Estados, ainda que possuam interesses divergentes, unem-se em grupos para que possam sobreviver e competir economicamente. Desta forma a Europa, hoje, já se encontra integrada como Comunidade Européia; na América do Sul há o Mercosul, que apesar de todas as dificuldades a enfrentar não há como negar sua importância para os países dele integrantes; sem falar da ALCA, e outros organismos de integração entre Estados. Ainda que capitalismo e sobrevivência sejam os motores de todas as uniões, inegavelmente há também um *solidarismo* que os acompanham. É essa solidariedade⁴⁷ que enxergamos como sendo o ponto de apoio do Direito deste novo século que se inicia.

⁴⁶ Canotilho afirma que “o direito constitucional formal se deve retirar da vida e da política para, num dinâmico processo público aberto, incorporar, preferencialmente, regras não cristalizadas na constituição escrita ou em quaisquer outros textos jurídicos” (*idem*, p. 21).

⁴⁷ Paulo Bonavides, por exemplo, ressalta que, em matéria de Direitos Fundamentais, os direitos de terceira geração (tais como o direito ao meio-ambiente, à paz, ao desenvolvimento, entre outros) têm por destinatário o gênero humano como valor supremo, por isso estão dotados de um altíssimo teor de humanismo e universalidade. Chama-os (com base nos ensinamentos de Karel Vasak) de direitos de fraternidade, ou (na concepção de E. Mbaya) de solidariedade. O direito ao desenvolvimento foi reconhecido em 1980 pela Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas. Ressalta o

Um dos principais pontos que contribui para a aproximação dos povos é a busca incansável do homem pela universalização e eficácia dos Direitos Fundamentais⁴⁸.

A aproximação universal tem se intensificado tanto que a olhos vistos é percebida. Se ontem não era possível punir chefes de Estado por crimes contra a humanidade⁴⁹ cometidos dentro de um território soberano, hoje presenciamos não apenas o uso de sanções econômicas e políticas, mas o julgamento de ex-chefe de Estado⁵⁰ perante órgão internacional.

Todo esse movimento econômico e político decerto alterará as regras internas dos Estados, aproximando paulatinamente os povos, apesar de toda a diversidade cultural e religiosa.

Tamanho movimento aproximativo já traz conseqüências para dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais. Demonstram essa forte influência o surgimento do terceiro setor no Brasil, a forte tendência do Estado em privatizar empresas públicas, os princípios socializantes inseridos na Constituição de 1988, o fato de nossa Constituição já prever a aceitação de outros direitos e garantias previstos em tratados internacionais⁵¹. Ademais, a própria doutrina⁵² demonstra rever certas posições antes tomadas para aceitar abrandamentos à rigidez das normas constitucionais.

constitucionalista que há ainda os direitos de quarta geração (direito à democracia, pluralismo político e à informação) que consignam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos, e que somente eles tornarão possíveis a globalização política. (Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., 2. tiragem, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 522-6).

⁴⁸ Já foi comentado, no item I.3 deste trabalho, que a luta pela positivação desses direitos encontrou guarida no Constitucionalismo, passando a Constituição a ser a *técnica* ideal para defesa desses direitos dentro da jurisdição de um Estado.

⁴⁹ Bobbio afirma que “[...] é provável que a luta pela afirmação dos direitos do homem também contra o Estado pressuponha uma mudança que, de fato, já está em andamento, ainda que lento, sobre a concepção do poder externo do Estado em relação aos outros Estados, bem como um aumento do caráter representativo dos organismos internacionais.” (*A Era dos Direitos*, 9. ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 41).

⁵⁰ São comuns na imprensa as notícias de que a Corte Internacional de Justiça de Haia julga os crimes cometidos pelo ex-ditador da Iugoslávia Slobodan Milosevic, a ponto da promotora suíça Carla Del Ponte afirmar que “o julgamento é a mais poderosa demonstração de que ninguém está acima da lei” (Portal, *Revista Época*, Ed. Globo, ano IV, nº 196, 18 de fevereiro de 2002, p.10).

⁵¹ Conforme dispõe o texto do art. 5º, § 2º da CF/88.

⁵² Andreas Krell (Cf. “Realização dos Direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos”, *Revista Direitos e Deveres*, n.º 5, jul.-dez./1999, 133-171, p. 152-155) comenta a mudança de posição de Canotilho, que teria abandonado a defesa da Constituição dirigente para aderir a um “constitucionalismo moralmente reflexivo”. O modelo de Constituição dirigente restaria imprestável diante das transformações das ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, onde as Constituições nacionais são deixadas num plano mais modesto de leis fundamentais regionais. Respeitada a posição do autor, é preciso entender as dificuldades por que passou Portugal para integrar-se à União Européia. Vale ainda ressaltar que a “Constituição dirigente” influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro, especialmente o nascido com a última Carta Política, e que essa nova posição do autor não pode ser transposta acriticamente para o Brasil, pois a situação deste é diferente daquele.

O correto, pensamos, não é *subverter* uma ordem constitucional vigente e legítima. Os conceitos estrangeiros devem repassar para o campo nacional fazendo as necessárias adequações, e então, naquilo que for incompatível, deve-se reformar a Constituição, para que as decisões de grupo e de nações sejam incorporadas de forma a não violar a Carta Magna do Estado.

É preciso garantir a legitimidade alcançada pela soberania popular. É preciso evoluir. Mas é necessário que essas evoluções se dêem sem inconstitucionalidades. Não cremos ser possível aceitar abrandamentos à rigidez das normas constitucionais, mas entendemos que é completamente viável emendar a Constituição para que os novos valores sejam recepcionados.

Atualmente, a Constituição de um Estado é a norma mais importante de um sistema jurídico, sem que se aceitem interferências externas. No futuro, contudo, a Carta Magna do Estado, por opção de cooperação e acordo entre diversos Estados, certamente deverá respeito às normas estipuladas pelo grupo internacional a que ele pertença (ou quiçá por todas as nações do mundo), adequando-se espontaneamente a elas. Para isto será necessário o respeito às diferenças entre os povos, pois sem isso não haverá consenso. Portanto, pensamos que haverá uma norma fundamental, fora das Constituições dos Estados, criada não apenas por cidadãos de uma determinada sociedade, mas por cidadãos de diversos Estados soberanos⁵³. Esta norma maior poderá passar a ser o fundamento e a fonte de validade de todo o sistema jurídico nacional.

Defendemos, contudo, que a Constituição continuará a ser determinante para o equilíbrio do sistema jurídico interno. Ela poderá repetir as normas internacionais, adequar-se aos novos princípios, mas conterà normas específicas que continuarão a reger as ações dos cidadãos, organizará a estrutura interna, dirá as competências e limites aos poderes dos governantes, declarará direitos e suas restrições, trazendo normas e princípios essenciais à unidade ao sistema jurídico nacional.

⁵³ Com isso queremos dizer que as Constituições representam o pacto de uma sociedade que aceita limitações em sua liberdade, em prol de todos os seus membros, e que elas continuarão a existir, só que respeitando normas fundamentais que seriam criadas para regular e vincular diversos Estados. A autorização dos cidadãos seria agregada uma vontade de unir os Estados para a consecução de um objetivo comum. Decorreriam, então, da vontade deliberada de nações independentes imporem-se limites, para que todas possam proporcionar a seus cidadãos melhores condições de vida e maior efetividade dos direitos fundamentais, globalizando não apenas o aspecto econômico, mas também o social e o político. A Comunidade Européia parece ser um prenúncio dessas uniões.

CAPÍTULO II

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

Sumário: II.1 - O controle de constitucionalidade e a presunção de constitucionalidade das leis II.2 - Os sistemas de controle de constitucionalidade II.3 - O controle de constitucionalidade no Brasil II.3.1 - A Constituição de 1988 II.3.2 - Outras formas de controle previstas na CF/88 — o modo preventivo II.3.3 - As inovações trazidas com as Leis 9.868/99 e 9.882/9 II.4 - A insuficiência do controle

II.1 - O controle de constitucionalidade e a presunção de constitucionalidade das leis

O Brasil adotou o sistema judicial⁵⁴ de controle de constitucionalidade, instituído pela Constituição de 1891 e que perdura até a Constituição vigente.

No Brasil, há tanto o controle preventivo como o repressivo. Pode-se até mesmo dizer que o controle de constitucionalidade das leis no Direito brasileiro é realizado não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelo Poderes Executivo e Legislativo que exercem um controle político, preventivo. Estes dois últimos poderes participam aprioristicamente do controle, ou seja, o Legislativo o exerce por meio das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional, examinando profundamente (ou pelo menos deveriam) a constitucionalidade de projetos de lei a ele submetidos, antes mesmo de a matéria ser apresentada à votação em Plenário. Do mesmo modo, o Executivo participa do processo legislativo, seja com a apresentação de propostas de lei de sua iniciativa (o que não deixa de ser uma forma de direcionar a formação da lei e, conseqüentemente, a sua constitucionalidade) ou, especialmente, através do veto. O

⁵⁴ Quanto à natureza do órgão chamado a conhecer das questões de constitucionalidade, há três sistemas de controle: o político (realizado por órgãos de natureza política, tais como o próprio Poder Legislativo ou outro órgão especial); o jurisdicional (outorgam ao Poder Judiciário a competência de declarar inconstitucional a lei ou atos do poder público incompatíveis com a Constituição); e o misto (onde existem certas categorias de leis que ficam submetidas ao controle político e outras que se submetem ao controle jurisdicional). Dentre eles o Brasil escolheu o jurisdicional.

Presidente da República⁵⁵ poderá vetar projetos de lei que lhe pareçam inconstitucionais, com base no §1º do art. 66 da CF/88, impedindo a inserção deste na ordem jurídica do país.

A lei, por si só já goza de presunção de constitucionalidade, uma vez que foi criada pelo Poder competente e eleito para tal fim; porque é editada segundo o processo legislativo; e por passar pelo controle preventivo de constitucionalidade acima descrito. Seja porque se submetem a esse controle prévio; seja porque as leis são editadas pelas Câmaras Legislativas — que são formadas pelos representantes do povo, eleitos com o fim de criar as leis a que todos se submeterão (inclusive o próprio Estado) —, é que as leis gozam da presunção de constitucionalidade.

O problema está quando foi falho esse sistema de defesa preventivo. Neste caso, para ser extirpada a norma inconstitucional, é necessário que passe por um processo especial que a retire do ordenamento jurídico, diferentemente daquele ordinário a que se submetem todas as normas vigentes (lei posterior revoga a anterior). Esse processo especial é o controle de constitucionalidade das leis, que, no caso do Brasil, é confiado ao Judiciário.

Quanto aos métodos⁵⁶ de controle jurisdicional de constitucionalidade, observa-se que o Brasil adotou um sistema misto, onde subsistem atualmente tanto os controles difusos como o concentrado, podendo dar-se de modo incidental ou direto, respectivamente.

II.2 - Os sistemas de controle de constitucionalidade

A Constituição é tão importante para o equilíbrio jurídico-político de um Estado que deve ser vista como a mais valiosa fonte de validade e fundamento do sistema. Nela todas as demais normas devem buscar seu fundamento de validade, devendo ser sempre com ela compatível. Para que seja mantido o respeito e a continuidade da Constituição, existem técnicas que lhe dão garantias. São essas técnicas que passamos a discutir.

⁵⁵ Em nível estadual, as leis estão submetidas a idêntico procedimento (formação, iniciativa, verificação prévia de constitucionalidade pelas Comissões de Constituição e Justiça). O veto ou sanção caberá aos Governadores de Estado, chefes que são do executivo estadual.

⁵⁶ O sistema jurisdicional brasileiro é misto, subsistindo tanto o controle difuso quanto o concentrado. Cf. José Afonso da Silva (*op.cit.*, p. 50-51); Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional ...*, p. 293 e ss.) e Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, 20. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 407 e ss.) preferem chamar de “via de ação” o método concentrado e “via de exceção ou defesa” o método difuso.

A distinção entre Constituição rígida e flexível e entre poder constituinte originário e derivado está relacionada com a idéia de controle de constitucionalidade. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não existe realmente rigidez constitucional e, conseqüentemente, diferença entre o poder constituinte originário e o derivado. É aquele controle a defesa e garantia de estabilidade da Constituição.

Realmente, o que garante e torna eficaz o princípio da supremacia constitucional é o controle de constitucionalidade. Isto não quer dizer que só é rígida a Constituição que o preveja expressamente, bastando que isso deflua de seu sistema.

O controle de constitucionalidade torna possível a verificação da adequação de um ato jurídico em relação à Constituição e, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, envolve requisitos formais subjetivos (órgão competente) e objetivos (forma, prazo e rito) e requisitos substanciais (especialmente quanto ao respeito aos direitos e garantias consagrados na Constituição).⁵⁷

Sem aprofundar demais, cabe aqui menção ao sistema de controle de constitucionalidade americano, porque dele os constituintes brasileiros retiraram o modelo, “transplantando-o para o Brasil”.⁵⁸

Sabe-se que a criação americana foi fruto de construção jurisprudencial. A solução não existia naquela Constituição, mas estava latente até aflorar com a célebre decisão do juiz Marshall no caso *Marbury versus Madison*. Na famosa decisão, Marshall deduziu que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou ainda que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, competente seria também para indagar da constitucionalidade de uma lei. Esse sistema permite que qualquer juiz aprecie a alegação de inconstitucionalidade no caso concreto, daí porque recebeu a denominação de controle difuso. Quanto aos efeitos, a regra é a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, fulminando o ato inconstitucional *ab initio*.

No sistema concentrado, só é deferida ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário a análise da inconstitucionalidade da lei em tese. Este tipo de controle nasceu de inovação da Constituição austríaca, e teve em Kelsen seu principal mentor. Traz em sua essência a idéia de que as leis inconstitucionais permanecem no sistema jurídico até que

⁵⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, ... p. 30.

⁵⁸ Ronaldo Poletti, *op. cit.*, 1998, p. 23.

sejam anuladas. Nesse caso elas produzem todos os efeitos jurídicos até serem desconstituídas. A regra desse sistema é a anulabilidade com efeitos *ex nunc*.

II.3 – O controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição brasileira de 1824 não reconheceu ao Judiciário o poder de recusar aplicação aos atos do parlamento; consagrava, pois, o controle político. Isto porque essa Constituição mirava-se no espelho francês, o qual, fruto da Revolução, não poderia permitir que um dos poderes interferisse sobre o outro. Ela atribuía ao Legislativo a função de fazer a guarda da Constituição.

Proclamada a República, inaugura-se uma nova concepção, sob a influência do regime norte-americano. A partir da Constituição Provisória e especialmente na Constituição de 1891, consolida-se o sistema jurisdicional de controle difuso, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade.

A Constituição de 1934, mantendo a regra do controle difuso, introduziu inovadoras e significativas mudanças no Direito Constitucional brasileiro⁵⁹. A primeira delas é a regra de que só por maioria absoluta do voto de seus membros os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, a fim de evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações do entendimento nos tribunais. A segunda em atribuir ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva. A última delas, e talvez a mais inovadora, introduziu naquele texto constitucional a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

A Carta de 1937 trouxe um retrocesso, pois, apesar de manter praticamente intacto todo o sistema de constitucionalidade, permitia que, ao ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o Presidente da República, a seu juízo, novamente a submetesse ao Parlamento, que a confirmaria, ou não, tornando insubsistente a decisão do Tribunal.

⁵⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e do controle de constitucionalidade da lei”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 32, nº 126, abr.-jun./ 1995, p. 87-102.

A Constituição de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito Brasileiro e introduz por meio da EC nº 16, de 6.12.65, uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico e que atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, apresentada pelo Procurador-Geral da República; e estatuiu que a lei poderia estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a Constituição Estadual.

O controle de constitucionalidade no Texto Constitucional de 1967/1969 não recebeu grandes inovações. A representação para fins de intervenção de competência do Procurador-Geral da República foi ampliada com o objetivo de assegurar não somente a observância dos princípios constitucionais sensíveis, mas também, prover a execução de lei federal. Apesar de não incorporar a disposição da EC nº 16/65, quanto à criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados que confrontassem lei ou ato dos municípios com a Constituição dos Estados, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no município.

II.3.1 - A Constituição de 1988

A Constituição de 1988, nascida sob o signo da contraditoriedade em relação ao regime precedente, revela a virtude “de buscar uma legitimidade na formação de um Estado de Direito democrático — mas indica preconceito, nem sempre guia correto para as formalizações legais, sobretudo as constitucionais.”⁶⁰

A atual Constituição introduziu no tema mais duas novidades: previu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e ampliou a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103, incisos de I a IX). Assim, hoje, além do Procurador-Geral da República, dispõem de legitimidade ativa para estas ações de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Não avançaram, contudo, a ponto de

⁶⁰ Ronaldo Poletti, *op. cit.*, p. 89.

permitir a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade⁶¹, talvez por medo de sobrecarregar, demasiada e inutilmente (?), a Corte Constitucional.

A Carta de 1988 permitiu certa pulverização dos titulares da ação direta de inconstitucionalidade das leis e, ao lado dos instrumentos específicos de caráter político democrático (tais como: representação, referendo, plebiscito, iniciativa popular no processo legislativo), trouxe também novas criações, como o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, o alargamento do espectro da ação popular, a inconstitucionalidade por omissão. Com exceção do *habeas data* e, talvez, da ação civil pública, todos os instrumentos acima referidos importam repercussão no mecanismo do controle de constitucionalidade.⁶²

Não deixa de ser aspecto relevante a tendência instrumentalizadora da atual Constituição, cuja realização veio atender aos clamores antigos de que não adianta ter os direitos e a proclamação solene se não há os meios para realizá-los.

A larga legitimação permitida para o controle abstrato das normas trouxe conseqüências que afetaram substancialmente o modelo de controle constitucional até então vigente no país. Por certo, a CF/88 reduziu significativamente o controle de constitucionalidade incidente, ao ampliar o número de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF/88), permitindo que praticamente todas as controvérsias sejam submetidas, via controle abstrato de normas, ao Supremo Tribunal Federal. Antes de 1988, o controle concentrado “seria algo acidental e episódico dentro do sistema difuso”.⁶³ Essa nova conformação do controle abstrato lhe confere ainda um outro significado — o de instrumento federativo —, posto que permite a aferição de constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

Ao lado deste controle abstrato, cuidou o constituinte de instituir um mecanismo que representasse garantia aos direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão legislativa (art. 5º, LXXI). Ao mesmo tempo, instituiu o processo de controle abstrato

⁶¹ Gilmar Ferreira Mendes em seu artigo “Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro”, propaga que “é de Kelsen a afirmação de que a garantia mais efetiva e radical para o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*” (*Revista de Informação Legislativa*, ano 21, nº 121, jan.-mar./1994, 185-188, p. 188).

⁶² Ronaldo Poletti (*op. cit.*, p. 91) entende um pouco diferente: seriam o *habeas data* e a ação popular os instrumentos processuais que se pode excluir daqueles mencionados.

⁶³ Gilmar Ferreira Mendes, “Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei”..., p. 98.

da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2º), ambos institutos ainda carentes de conformação definitiva.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, trouxe dois novos institutos: a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de preceito fundamental. A argüição de preceito fundamental⁶⁴ está inserida no § 1º do art. 102, enquanto a declaratória de constitucionalidade está no § 4º do art. 103 da Carta Política de 1988. Esta última tem como legitimados ativos o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Sua decisão tem eficácia *erga omnes* e possui efeito vinculante em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 102, § 2º).

O dispositivo não inovou por completo. O sistema anterior já a admitia, facultando que o Procurador-Geral propusesse ação direta de inconstitucionalidade, bastando que existisse controvérsia constitucional. Portanto, a “indireta” declaração de constitucionalidade viria naturalmente com o fim do processo, se não fosse procedente a declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, a contrário senso, o que não é inconstitucional é constitucional. A diferença estava no efeito da declaração de inconstitucionalidade, que não vinculava os Poderes Judiciário e Executivo. Essa diferença nos efeitos sumiu com a edição da Lei nº 9.868 de 1999, que determina no parágrafo único do art. 28 que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

II.3.2. Outras formas de controle previstas na CF/88 — o modo preventivo

É importante ressaltar que não há apenas uma, mas várias formas de controle de constitucionalidade, a depender do enfoque que se dê a esse controle.

Sob o ponto de vista do momento da intervenção⁶⁵, pode o ato sofrer um controle preventivo (*a priori*) ou repressivo (*a posteriori*). Aquele ocorre antes da formação do ato, mais especificamente, antes que a lei se aperfeiçoe. Este ocorre depois

⁶⁴ A disciplina da matéria está em lei infraconstitucional, na Lei 9.882/99, razão pela qual deixamos para comentá-la mais adiante, no item II.3.3.

⁶⁵ Cf. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional* ..., p. 31.

de acabado o ato, após a promulgação da lei. Quanto à natureza do órgão controlador, o controle pode ser *judiciário* ou *político*.

Sem dúvida, o ideal seria que fosse possível impedir a entrada em vigor do ato inconstitucional. Mas, segundo o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isto é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem a dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis”.⁶⁶

Entre outras, a experiência francesa revelou ser decepcionante o controle preventivo por um órgão político. Para comprovar, basta verificar que, em França, durante a Constituição de 1799, o controle preventivo cabia ao Senado, e este aprovou as alterações constitucionais solicitadas por Napoleão.

É interessante chamar atenção que, ainda hoje, em homenagem ao princípio da separação dos poderes e a fim de privilegiar o princípio da soberania popular, a Constituição francesa de 1958, em seus artigos 56 a 63, disciplina acerca do Conselho Constitucional⁶⁷. Nela, as leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes de começarem a ser aplicados, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional a fim deste se pronunciar sobre a sua conformidade com a Constituição. O Conselho é composto por nove membros, designados pelos presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Senado, para um período de nove anos. Os ex-presidentes da República fazem parte do Conselho a título vitalício.

II.3.3 - As inovações trazidas com as Leis 9.868/99 e 9.882/99

Para pacificar as enormes discussões e definir o que fica efetivamente permitido no sistema jurídico brasileiro, o legislador editou, recentemente, a Lei nº 9.868 (de 10 de novembro de 1999), que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da

⁶⁶ *Idem*, p. 31.

⁶⁷ A Constituição francesa, em seu inteiro teor, pode ser conferida em: Jorge Miranda, *Constituições políticas de diversos países*, 2. ed., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1975, p.51-78.

ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A mencionada lei dispõe em seu art. 27⁶⁸:

Art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Determina ainda que tanto a declaração de constitucionalidade como a de inconstitucionalidade, bem assim a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública nas três esferas de governo. Até então havia apenas determinação de efeito vinculante para as decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade, segundo o § 2º do art. 102 da Carta Política de 1988.

Ivo Dantas chama a atenção de que há um pressuposto para a admissibilidade⁶⁹ da ação declaratória de constitucionalidade, este é a *demonstração da controvérsia*. Mas não é aceitável a controvérsia doutrinária; é preciso que haja controvérsia jurisprudencial, ora decidindo pela constitucionalidade da norma, ora pela inconstitucionalidade, demonstrando-se a aplicação divergente da matéria em exame.

Das decisões nesses tipos de ações não cabe qualquer recurso, exceto os embargos declaratórios; nem é possível atacá-las por meio de ação rescisória. Proposta a ação declaratória de constitucionalidade ou a direta de inconstitucionalidade, não se admite desistência.

Interessante e inovador é o que está no § 2º do art. 7º, e nos parágrafos dos arts. 9º e 20º. O primeiro deles permite a manifestação, por escrito, de outros titulares do direito de propositura destas ações, no prazo das informações. Os dois últimos artigos autorizam o relator a requisitar informações adicionais, designar peritos, ouvir depoimentos, para esclarecimento da matéria ou circunstância de fato, ou por notória insuficiência das informações existentes nos autos. Isto, segundo Gilmar Ferreira

⁶⁸ Fonte: [Internet] www.senado.gov.br.

⁶⁹ Cf. Ivo Dantas, *O valor da Constituição*, 2. ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 237.

Mendes, “propicia uma comunicação entre norma e fato (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.”⁷⁰

Expressamente vem permitir essa Lei que haja interposição de ação cautelar⁷¹ tanto na ação direta de inconstitucionalidade quanto na declaratória de constitucionalidade. Só que, no primeiro caso permite que seja dotada de eficácia contra todos, com efeito *ex nunc*, mas o Tribunal poderá dar eficácia retroativa à medida cautelar, se entender necessária; enquanto que, na declaratória de constitucionalidade, que exige a existência de controvérsia judicial relevante, a concessão liminar poderá consistir na determinação de que os juízes e Tribunais suspendam os processos que versem sobre a norma questionada até seu julgamento definitivo.

Portanto, com a vigência da Lei nº 9.868/99, fica o STF autorizado a determinar os efeitos daquela decisão, se devem retroagir *ab initio*, se somente serão válidos a partir do trânsito em julgado da decisão ou qual o momento em que a norma viciada perderá seus efeitos completamente, sempre tendo em vista razões de excepcional interesse social ou de segurança jurídica.

Entretanto, a própria lei menciona, no citado art. 27, “poderá” o STF “restringir os efeitos daquela declaração”. Como as normas não contêm palavras inúteis, deve-se entender que esta faculdade do STF está restrita às situações de “excepcional” interesse social ou segurança jurídica. Portanto, a regra continua sendo a nulidade da lei ou ato normativo *ex tunc*.

A Lei nº 9.868/99 dispõe ainda, em seu art. 26, que a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória. Tal disposição privilegia a segurança jurídica e a economia processual, evitando a interposição de recursos, no dizer de Gilmar Ferreira Mendes, meramente protelatórios⁷².

⁷⁰ Gilmar Mendes, “Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, *Jus Navegandi*, n. 41. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130> [Capturado em 14.03.2002].

⁷¹ Ivo Dantas alerta para o erro técnico em que incorreu a Lei 9.868/99, quando chamou de medida cautelar o que deveria ter chamado de medida liminar. Trata-se, na realidade, de medida requerida no bojo da ação direta de inconstitucionalidade, que tem como finalidade suspender a aplicação da lei enquanto se julga a sua constitucionalidade. (Cf. *O valor da Constituição ...*, p. 223 e ss.).

⁷² Cf. Gilmar Mendes, “Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”... [não paginado].

Lembremos ainda que a multicitada Lei consagra, no art 28 — quanto à declaração do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, inclusive na interpretação conforme a Constituição e na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto —, eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Público em suas três esferas.

Cabe ainda, por tratar-se de discussão acerca do controle de constitucionalidade das leis, dar notícia da inovação trazida pela Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Esta Lei, editada para dar cumprimento ao que determina o §1º do art. 102, dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, podendo argüi-la os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Mais uma vez, a lei permitiu que houvesse deferimento de medida liminar determinando que os juízes e tribunais suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, desde que não protegidas pela coisa julgada. Também neste caso, a decisão definitiva será irrecorrível e terá efeito vinculante e eficácia contra todos.

Celso Ribeiro Bastos⁷³ e Aléxis Vargas alertam que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não serve para argüir qualquer matéria inserida na Constituição Federal. Esta nova hipótese somente acoberta preceitos fundamentais, ou seja, só é cabível se houver desrespeito a preceito fundamental.

Sobre o âmbito do que seriam esses preceitos fundamentais, Carlos Mário Velloso⁷⁴ afirma que ainda não há uma decisão do STF⁷⁵ que lhe tenha definido o conteúdo, mas afirma peremptoriamente que estes não se limitam apenas aos princípios fundamentais inscritos nos arts. 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988. Se a esses não

⁷³ Cf. Celso Bastos (artigo escrito em colaboração com Alexis Galiás de Souza Vargas), “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a Avocatória”, *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, jan/2000, www.planalto.gov.br.

⁷⁴ Afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal que “preceito fundamental é expressão que abrange mais do que princípios fundamentais” (cf. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista do Procurador Federal-ANPAF*, nov./2001, p. 59).

⁷⁵ O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso informa que o voto do Min. Néri da Silveira na ADPF 01 foi no sentido de que cabe ao STF, por ser o único e soberano intérprete da Constituição, fixar quais são os preceitos fundamentais. Estaria na “discrição” do STF indicá-los. (*Idem*, p. 59).

se limita, o mais razoável é que a eles se somem, pelo menos, aqueles bens jurídicos protegidos pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF/88)⁷⁶.

Sobre os pressupostos da ação de argüição de preceito fundamental, Ivo Dantas enumera dois: para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público; e desde que não exista outro meio eficaz de sanar a lesividade.⁷⁷ Este último pressuposto enseja controvérsia doutrinária⁷⁸, onde uns autores entendem que “outro meio eficaz” significa qualquer outro recurso processual, evidenciando o caráter de subsidiariedade da ação, enquanto outros o entendem de uma forma mais restritiva, limitando-se apenas a outras ações que objetivem o controle de constitucionalidade (tais como a declaratória de constitucionalidade ou a direta de inconstitucionalidade ou a direta por omissão), sob pena de se tornar inócua.

Concordamos com Juliano Taveira Bernardes⁷⁹, para quem o veto ao inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/99, que permitia o ajuizamento da argüição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, não impede que o cidadão exerça o seu direito de petição — que é garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, facultada também no § 1º do art. 2º da Lei 9.882/99 —, por meio de representação ao Procurador-Geral da República, que examinará os fundamentos jurídicos do pedido e decidirá, então, se caberá o seu ingresso em juízo. A argüição, neste caso, se fará por meio de interposta pessoa, impedindo que o cidadão a exerça diretamente. Acreditamos que o Direito teria evoluído se permitisse a participação direta, ampliando mais a atuação do cidadão na vida política e jurídica que lhe é afeta.

Esta última lei cria dois tipos de argüição: uma autônoma, por meio da qual pode ser impugnado ato do Poder Público, a fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental; e outra incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante. Permite uma importante inovação no que diz respeito à argüição incidental de inconstitucionalidade, possibilitando haver uma completa cisão

⁷⁶ Em posição idêntica, Ivo Dantas, *O valor da Constituição*, ..., p. 263.

⁷⁷ *Idem*, p. 264.

⁷⁸ Aceitando o caráter de subsidiariedade da ação está Ivo Dantas (*ibidem*, p. 265), em sentido oposto Gilmar Ferreira Mendes (“Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz”, *Revista Jurídica Virtual*, nº 13, publicada na Internet, www.planalto.gov.br) e Celso Ribeiro Bastos (“Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação reguladora”, *in*: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (org.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, 77-84, p. 80).

⁷⁹ Cf. Juliano Taveira Bernardes, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, jan/2000, www.planalto.gov.br. Com a mesma opinião, Carlos Mário da Silva Velloso, *op. cit.* p. 59.

entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes⁸⁰. Deste modo, haveria um trânsito do controle difuso para o concentrado. Com isto será possível agilizar as decisões de natureza constitucional sem que seja preciso esperar longos anos até que o processo seja enviado para o STF para discuti-las. Tende-se à uniformização dos julgados e, conseqüentemente, à realização da justiça, uma vez que essas decisões são vinculativas além de produzirem efeitos *erga omnes*.

Importa ressaltar que este tipo de controle incidental inova também ao permitir ao STF a análise da constitucionalidade de norma municipal, bem como qualquer lei ou ato normativo de qualquer dos três níveis, ainda que anteriores à Constituição, o que alarga as possibilidades de atuação do STF.

As inovações trazidas para o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro pelas duas leis acima comentadas não modificam o nosso entendimento acerca do plano jurídico atingido pela decisão de inconstitucionalidade, ao contrário, conforme demonstraremos no capítulo III, ratificam-no.

II.4 - A insuficiência do controle

Foi visto que o controle de constitucionalidade das leis no Direito Brasileiro é exercido tanto de modo preventivo como repressivo, e que este controle, depois que as leis são produzidas, cabe ao Poder Judiciário.

O controle preventivo, porém, por si só não é suficiente para evitar que sejam criadas leis inconstitucionais. Inseridas no ordenamento jurídico, as normas inconstitucionais encerram em si uma contradição lógica, uma vez que duas normas vigentes e contrárias não podem incidir sobre o mesmo fato.

Se a contradição existe entre a Constituição, norma fundamental, e qualquer outra norma infraconstitucional, em teoria, resolve-se o problema pelo princípio da hierarquia das leis, afastando aplicação à norma inferior e garantindo a eficácia da norma constitucional.

Mas, para a lei manchada com o vício da inconstitucionalidade ser retirada do ordenamento jurídico, é necessário que esta se submeta a um processo especial, que é

⁸⁰ Esta é a tese defendida por Arnaldo Wald no artigo “O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente” divulgado pela Internet através da *Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto*, n.º 7, dez/99, www.planalto.gov.br. Têm a mesma opinião, Daniel Sarmento, “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, in: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (org.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, 85-108, p. 87; e Juliano Taveira Bernardes (*op. cit.*).

aquele exercido pelo Poder Judiciário nas ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, ou ainda por meio de incidentes de inconstitucionalidade (arguição de descumprimento de preceito fundamental).

É conveniente frisar que as Leis n^os 9.882 e 9.868, ambas editadas no final de 1999, admitem a medida cautelar em ações de controle de (in)constitucionalidade, sejam elas na declaratória de constitucionalidade ou na direta de inconstitucionalidade, demonstrando o seu caráter ambivalente, bem assim a medida liminar nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Admitiu ainda, expressamente, que o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, caso a caso, decida sobre o efeito que terá a decisão: se retroagirá ou não e a partir de quando.

Mas, apesar de todo o aparato jurídico racional, vê-se que o sistema de controle de constitucionalidade não é perfeito. A inconstitucionalidade pode ser sanada antes da publicação da lei ou depois da norma estar inserida ao corpo de normas do ordenamento. O problema está justamente neste intervalo, quando o Administrador público depara-se com a aplicação da norma que reconhece inconstitucional.

Importante ainda dizer que, falho o controle preventivo, as pessoas que agiram conforme a norma posteriormente julgada inconstitucional, se de boa-fé, podem ter adquirido direitos. Aliás, este é outro problema, que desenvolveremos no capítulo adiante, e que certamente deve ser outro forte ponto de reflexão para a decisão do administrador destinatário da norma.

CAPÍTULO III

**A INCONSTITUCIONALIDADE: REPENSANDO O CONTROLE
(DE CONSTITUCIONALIDADE) DAS NORMAS**

Sumário: III.1 - A inconstitucionalidade III.1.1 – Seus efeitos: divergência doutrinária III.1.2 - A nossa posição acerca dos efeitos produzidos pelo ato normativo posteriormente declarado inconstitucional III.2 - Problemas decorrentes da inconstitucionalidade III.2.1 - A irretroatividade e o direito adquirido III. 2.2 - Limites ao direito adquirido. Existem direitos adquiridos contra a Constituição? III.2.3 - A exceção à regra geral de nulidade absoluta. A solução extraída do sistema III. 3 - Reflexos da inconstitucionalidade

III.1 - A inconstitucionalidade

A norma inconstitucional, seja ela ato administrativo ou legislativo, é aquela que contraria normas ou princípios da Constituição. O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas estejam conformes os ditames e princípios constitucionais.

Essa conformação hoje, não se satisfaz apenas com a atuação positiva atingindo também a omissão do legislador ou administrador.

Questão importante é lembrar que milita presunção de validade constitucional em favor das leis e atos normativos emanados pelo Poder Público, que na prática, se viciado, só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional determinado na Constituição Federal. Essa presunção decorre do processo legislativo de onde emanou, mas nem sempre se confirma na prática, pois algumas normas são editadas e passam a ter aplicabilidade mesmo sofrendo do grave vício de serem inconstitucionais. Isto ocorre porque o controle de constitucionalidade não é perfeito. As normas inconstitucionais permanecem no ordenamento jurídico sem, contudo, integrar o sistema jurídico. Entende-se por sistema jurídico o corpo de normas ou regras, entrelaçadas numa concatenação lógica, formando um todo harmônico. Em desarmonia com o

sistema, as normas inconstitucionais pertencem ao ordenamento⁸¹, mas não integram o sistema jurídico.

São inconstitucionais todas as normas que tenham sido editadas em desconformidade com as determinações constitucionais, sejam elas relativas à forma de sua criação — portanto, ao processo legislativo (quorum, iniciativa) —, ou ao seu conteúdo (incompatibilidade material). Logo, a inconstitucionalidade de lei ou ato pode decorrer de uma infração à regra que regula o processo legislativo, portanto de uma falha no processo de sua formação, ou porque o conteúdo da lei ou ato esteja materialmente em desacordo com a Constituição. É a natureza do vício que determina ser a inconstitucionalidade formal ou extrínseca, e/ou material ou intrínseca.

Para que uma norma tenha validade no sistema jurídico é preciso que ela respeite as disposições constitucionais daquele sistema, já que a Constituição é o elo, o fundamento e a base de validade de todo ele. Nesse sistema existe uma hierarquia entre as normas: as inferiores devem estar adequadas às superiores, pois destas últimas retiram seu fundamento de validade.

III.1.1 – Seus efeitos: a divergência doutrinária

Muito se discutiu, no final do século passado e neste século, se a lei inconstitucional é nula ou não.

Para a doutrina americana há uma contradição ao se falar em “lei inconstitucional”⁸². Ou ela é lei, portanto, está de acordo com as normas e princípios constitucionais ou ela é inconstitucional e, neste caso, não é lei.

⁸¹ A lição de Norberto Bobbio é a seguinte “[...] não é exato falar, como se faz freqüentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples. Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por conseqüência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas. [...] Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras.” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10. ed., Brasília, UNB, 1997, p. 80-1).

⁸² Com a mesma opinião, Pontes de Miranda, quando se refere aos sistemas jurídicos nos quais não se declara a inexistência, nem se decreta a nulidade da lei, ou seja, naqueles que apenas estatuem que não se aplique a lei inconstitucional. Vejamos: “Os sistemas jurídicos que estamos a criticar reputam-no lei ‘inconstitucional’ quando, em boa lógica, a ‘lei inconstitucional’ não seria lei. Ora, ou a) a lei inconstitucional não incidiu, porque incidira a Constituição, ou b) se deu a revogação da Constituição pela lei, o que é absurdo, ou c) houve duas incidências de leis contrárias, e caímos na mais grave das contradições *in adiecto*”. (“Defesa, guarda e rigidez das Constituições” ..., p. 84). Convém ressaltar, porém, que, apesar de conter essa “contradição” que expressa uma inexatidão técnica, o termo aqui é por

Pontes de Miranda afirma que, tecnicamente, a inconstitucionalidade importa inexistência, invalidade, ou ineficácia; a depender do tratamento que lhe dê o direito positivo. Uma vez escolhido o conceito, têm-se as conseqüências.

Realmente, se o próprio sistema define a imperfeição da norma utilizando-se de uma das soluções acima, não há o que se questionar. Doutrinariamente, contudo, reflete e conclui o referido jurista no sentido de ser a melhor solução aquela que considera a norma inconstitucional nula e a decisão que a reconhece com efeitos *ex tunc*, perdendo a lei eficácia pela resolução jurídica constitutiva negativa (efeito *inter partes*) ou deixando a lei de ser ato estatal pela resolução jurídica constitutiva negativa com eficácia *erga omnes*. É bastante convincente ao alegar que a melhor solução técnica não é a inexistência, posto que implicaria superposição de poderes.⁸³

Ao considerar a norma inconstitucional nula, Pontes não está sozinho. Com ele concordam Buzaid, Ruy Barbosa, entre outros. Hoje, boa parte da doutrina entende que a norma inconstitucional é nula. Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que para a doutrina tradicional o “ato inconstitucional é nulo e írrito.”⁸⁴

Em outro sentido, Celso Ribeiro Bastos se alinha entre os que entendem ser inexistente a lei inconstitucional. Para esse constitucionalista, de acordo com a técnica “ou a lei é constitucional para que possa existir, ou, em caso contrário, não se reveste nem mesmo da condição de lei, sendo despidendo o afirmar-se se é constitucional ou não.”⁸⁵

Já Kelsen, cuja posição atrai outros juristas brasileiros, entende que uma norma no sistema jurídico não pode ser nula. Então as normas inconstitucionais seriam anuláveis com efeito retroativo ou não, a depender do juízo de equidade, caso a caso. Kelsen⁸⁶ advogava que o que se chama de nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade, e que se restringissem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista, sobretudo, razões de segurança jurídica.

vezes utilizado para destacar que se trata de ato normativo estatal criado pelo poder competente – o Legislativo – para dar ênfase à distinção de poderes.

⁸³ Cf. Pontes de Miranda, “Defesa, guarda e rigidez das Constituições”..., p. 77. *In litteris*: “A ação declarativa da inexistência da lei exige: que haja poder acima do Poder Legislativo, que lhe aprecie os atos como inexistentes, o que é mais do que os apreciar como eivados de nulidade (existem, porém são nulos), que nunca se dê a incidência do texto inconstitucional, de modo que as próprias sentenças que os aplicarem fiquem na mesma condição que o texto inconstitucional, feito por um dos poderes (o poder Judiciário estaria no mesmo plano); [...]”

⁸⁴ Manoel G. Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional* ..., p. 30-1.

⁸⁵ Celso Bastos, *Curso de Direito Constitucional* ..., p. 389.

⁸⁶ Cf. Kelsen, *op.cit.*, p. 230 e ss.

Para José Afonso da Silva⁸⁷, a teoria privatística da invalidade não pode ser transportada sem retoques para o campo da inconstitucionalidade no direito brasileiro, posto que esta tem efeitos muito radicais.

Outros afirmam que a aplicação inflexível da ineficácia *ab initio* é lesiva à equidade. Nesse sentido, Paulo Luiz Neto Lôbo⁸⁸ — que segue na esteira de Kelsen, acreditando ser anulável a lei inconstitucional —, para quem a existência de boa-fé aliada ao fato da ausência de prejuízos causados a terceiros ou à ordem pública pelos direitos adquiridos em decorrência da lei inconstitucional devem ser critério suficiente para preservar os efeitos jurídicos decorrentes da incidência da norma posteriormente declarada inconstitucional.

Para Marcos Bernardes de Mello, o ato jurídico nulo produz efeitos jurídicos mínimos. A atribuição de eficácia, contudo, é “exceção à regra geral da ineficácia, que se justifica porque visa a atender situações que envolvem interesses de proteção da família, da ordem pública e da boa-fé”.⁸⁹ Admite, contudo, apenas os efeitos nos estritos limites definidos em lei.

Gilmar Ferreira Mendes⁹⁰ afirma que, para o STF, a lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso iure et ex tunc*. Também informa que houve tentativa do Min. Leitão de Abreu no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da teoria da anulabilidade.

Paulo Bonavides⁹¹ traz notícias de uma nova tendência das Cortes Constitucionais da Europa, particularmente dos tribunais alemães, de não decretar a nulidade da norma inconstitucional. Os tribunais constitucionais alemães, em algumas hipóteses, expedem um “apelo” ao legislador para que modifique a lei no sentido de torná-la compatível com a Constituição. Nesse sentido, envia “diretrizes” que o

⁸⁷ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁸ Defende Paulo Lôbo (“O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido”, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 27, n° 106, abr.-jun./1990, 37-54, p. 42-3) que a lei inconstitucional é anulável e a sentença que a declara não a retira do ordenamento, apenas lhe retira a eficácia. Pedimos vênua para discordar: acreditamos que a lei inconstitucional, por ser nula, nunca incidu. Os “efeitos” da suposta incidência, contudo, devem ser, em alguns casos, preservados, mas a razão é diversa daquela, como adiante demonstraremos.

⁸⁹ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 182-184.

⁹⁰ Gilmar Mendes, “Inconstitucionalidade”, *Teia Jurídica*. [Internet]: www.teiajuridica.com/incefeit.htm, nov./98.

⁹¹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional ...*, p. 301 e ss. Afirma ainda o autor que é cada vez mais freqüente a decisão sobre a lei “somente incompatível” e não “nula”, a ponto de, nas estatísticas, se equilibrarem as declaratórias de nulidade com as declaratórias de incompatibilidade.

vinculam e orientam em como fazer para tornar a regra inconstitucional compatível com a Constituição. Essa variante para amenizar a inflexibilidade da declaração de nulidade *ab initio* é denominada de declaratória de incompatibilidade⁹² da lei com a Constituição. Nela não há a declaração de nulidade. É utilizada para suspender a decisão nos casos singulares, até que o legislador decida a forma de remover a inconstitucionalidade. Essa forma de controle não conseguiu eliminar de todo a declaração de inconstitucionalidade, e ainda contribuiu para que se instale um quadro de insegurança e controvérsia, razão pela qual o Tribunal Constitucional Federal Alemão a vem abandonando⁹³.

Entre nós, o STF, mesmo antes da edição da Lei 9868/99, já admitia e concedia liminares em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que, conforme o caso, já poderiam sustar os efeitos daquela lei apontada inconstitucional.

Para aumentar ainda mais a “babel” jurídica, as alterações introduzidas pelos artigos 11 da Lei nº 9.882/99 e 27 da Lei 9.868/99 vieram permitir que o STF se pronunciasse, caso a caso, restringindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tanto no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental como na declaratória de constitucionalidade e na direta de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, sempre com quorum qualificado (por maioria de dois terços de seus membros).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹⁴, por exemplo, analisando o art. 27 da Lei 9.868/99, destaca alguns pontos que considera cruciais. O primeiro deles, pelo ponto de vista do autor, é que “o ato inconstitucional não é

⁹² Gilmar Ferreira Mendes admite que há, neste caso, retroatividade da lei reformulada, pois a decisão do Tribunal suspende o julgamento final do processo até que o vício seja sanado pelo Legislativo. Enquanto suspenso o processo, este não faz coisa julgada. A lei, depois de reformada e compatível com a Constituição, será aplicável aos casos pendentes, inclusive àqueles processos suspensos. Os limites da retroatividade seriam dados pelo legislador, que deve respeitar o que determina o § 79, (2), da Lei Orgânica sobre o Tribunal Constitucional Federal, ou, em outras palavras, somente os atos passados do Estado não mais impugnáveis e que foram realizados com base na lei inconstitucional não seriam revistos, mas perderiam eficácia em relação ao futuro, não podendo mais ser repetidos. (“A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei - "Unvereinbarkeitserklärung" - na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã”, *Revista de Informação Legislativa*, ano .30, nº. 118, abr.-jun./1993, p. 61-84).

⁹³ Gilmar Ferreira Mendes informa que, a partir de 1969, a Corte Constitucional da Alemanha passou a abster-se de declarar a nulidade da lei com bastante frequência, porém, a partir de 1983, “é crescente a tendência do Tribunal em declarar a nulidade da lei.” Cf. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 211.

⁹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações do controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de dezembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999)”, *RDA*, nº 220, 1-17, p.11.

mais, como ensinavam a doutrina e a jurisprudência, nulo e írrito.” Afirma que é “contra a índole do direito” admitir que o STF possa definir a partir de quando a declaração de inconstitucionalidade passa a produzir efeitos. Conclui, então, que desse modo a inconstitucionalidade passa a ser Direito positivo, mesmo depois de reconhecida pelo Judiciário. O segundo ponto que evidencia é que “não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato — estar a lei viciada de inconstitucionalidade — mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos.”⁹⁵

Em semelhante posição, Ivo Dantas argumenta que admitir a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade é o mesmo que “afirmar que estamos diante do *Fim da Supralegalidade* Constitucional, princípio que sempre caracterizou as Constituições Escritas, ao lado do Princípio da Imutabilidade Relativa.”⁹⁶

III.1.2 - A nossa posição acerca dos efeitos produzidos pelo ato normativo posteriormente declarado inconstitucional

Como se pode ver, a doutrina não é pacífica acerca do tema: a lei viciada pela inconstitucionalidade é inexistente, nula ou anulável, ou ineficaz? Em que plano jurídico elas seriam barradas: o da existência, o da validade ou o da eficácia?

Apesar de entender que o Direito privado vem se publicizando e que o público também tem se aproximado do plano privado⁹⁷; uma coisa é certa: não se pode transpor a teoria privatista das invalidades sem retoques para o campo do Direito Público. Ela deverá sofrer modificações para se adequar a um ramo que possui peculiaridades que lhe são próprias.

Desta feita, pela teoria tradicional, privatista, o nulo se distingue do anulável porque o primeiro pode ser declarado pelo juiz *ex officio* ou mediante provocação por

⁹⁵ *Idem*, p. 11.

⁹⁶ Ivo Dantas, *O valor da Constituição ...*, p. 244.

⁹⁷ Tamanha aproximação vem ocorrendo, por exemplo, por causa da crescente coletivização de interesses; bem assim por ruir a idéia do Estado como única fonte capaz de tudo fazer, tudo providenciar, tudo legislar. Esta última situação faz despontar uma tendência de deslocamento normativo do centro para a periferia, deixando transparecer a crescente participação da sociedade nas decisões do Estado.

qualquer interessado, não prescreve (em geral), é ineficaz (em geral), é insanável e nunca se convalida. Diferentemente, o ato anulável só pode ser declarado como tal mediante provocação pelo interessado direto, prescreve nos prazos legais de acordo com a natureza do ato, produz todos os efeitos até a sua desconstituição, é sanável pela confirmação e convalida-se pela prescrição.

No Direito Público isso há de ser diferente, posto que o que se protege não é o interesse individual, mas o *interesse público*, o bem geral⁹⁸. O Estado legisla, submete a todos e também a ele próprio às leis que edita. Este é o verdadeiro Estado de Direito. Os limites e competências estão impostos na Constituição. A questão está em identificar como se dariam esses efeitos na área do controle de constitucionalidade das normas.

Entendemos, como Pontes de Miranda, que a norma inconstitucional produzida pelo Poder Legislativo não pode ser declarada inexistente sob pena de mácula ao princípio da divisão de poderes, princípio este que, ainda que possa apresentar imperfeições, é o melhor que dispomos. Se a declaração fosse tomada nesses termos, ou seja, se fosse barrada no plano da existência, implicaria a superposição de um poder sobre o outro — do Poder Judiciário sobre o Legislativo — porque se o Poder Legislativo edita uma norma e o Poder Judiciário diz que ela não existe, nem nunca existiu, é porque o Legislativo se subordinaria ao Judiciário. Mas a nossa Constituição afirma que os poderes são independentes e harmônicos entre si. E, convenhamos, dizer que uma norma não é válida é menos do que dizer que ela jamais existiu. Acrescente-se ainda que, se a norma inconstitucional é inexistente, todo e qualquer ato, inclusive aqueles efetivados por meio de sentença judicial, estariam no mesmo nível, no mesmo plano jurídico: o da inexistência. Portanto, esta não é a solução do nosso sistema.

Defendemos que o ato normativo inconstitucional é nulo. É nulo e não anulável por uma questão de lógica jurídica, posto que ou incidiu a lei viciada, ou incidiu a Constituição. E, entre a Constituição e outra qualquer norma não temos embaraço ao afirmar que é a Constituição que deverá prevalecer, uma vez que o princípio da supremacia constitucional é princípio ínsito de qualquer sistema que aceita a existência da rigidez constitucional.

⁹⁸ Em similar sentido, Maria Regina Macedo Nery Ferrari (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 4. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 109 e ss.). A autora afirma que a teoria das nulidades tem no Direito Privado finalidade distinta do Direito Público: o primeiro busca restaurar o equilíbrio individual, o segundo tem por finalidade a proteção do interesse público.

É inegável o fato de que o ato legislativo inconstitucional existe enquanto *ato estatal*. Após a publicação, está no mundo real; e, se no mundo jurídico não é eficaz, na realidade cotidiana está vigente e, por força da presunção de constitucionalidade das leis, pode vir a ser aplicado, como em regra acontece. Negar esse fato é fechar os olhos à realidade circundante. No entanto, ele padece de um vício muito grave que é o fato de estar em desconformidade com a Constituição. Por essa razão, entendemos que o ato legislativo inconstitucional produz efeitos, mas não todos e os normais efeitos para o qual foi criado. Dele emanará uma eficácia mínima, em virtude de ser ato estatal legislativo. Essa eficácia é justificável em virtude das falhas do sistema. Chamamos de *falha* porque, conforme dito no item II.4, o controle de constitucionalidade prévio, apesar de cercar-se de todos os cuidados, não é infalível.

Desta feita, se há falhas no sistema, aquelas pessoas que agiram conforme as determinações supostamente constitucionais, mas efetiva e só posteriormente declaradas inconstitucionais, não podem ficar desprotegidas. Se assim fosse, instalar-se-ia uma insegurança geral. A confiança no Direito — que tem como fim a justiça, a segurança e a harmonia social — ficaria abalada, se o Estado impõe as regras e depois as retira sem qualquer conseqüência. Se o Direito é o meio idôneo de manter a paz social, capaz de preservar a *fides* nas relações humanas, não pode permitir que a segurança jurídica seja afetada. Essa a nossa preocupação.

Reafirmamos que a questão da inconstitucionalidade está situada no plano da validade. A norma inconstitucional é nula, e nula desde o início. Com isto estamos a defender que o ato legislativo inconstitucional existe enquanto ato estatal, e por isso deve ser desconstituído pela via própria, ou seja, por meio da competente ação, submetendo-se ao controle do sistema. Por ser ato estatal, a sentença judicial é constitutiva-negativa. Até então poderá vir a produzir efeitos, que poderão vir a ser mantidos, mas a regra há de ser a nulidade *ab initio*, pois, ou incidiu a Constituição ou incidiu a “lei” inconstitucional, sob pena de incoerência. Ora, por lógico, duas leis antagônicas não poderiam incidir ao mesmo tempo, nem uma lei inferior poderia ser aplicada em detrimento daquela que lhe é hierarquicamente superior. O respeito a alguns efeitos existe, mas *não* como decorrência da sua possível anulabilidade do ato estatal inconstitucional, e *sim* por conta de uma responsabilidade advinda da função legislativa e das falhas do sistema.

Por essa razão, cremos que fez bem o legislador ao inovar a ordem jurídica com a possibilidade do STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁹⁹, autorizada nos termos dos arts. 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/92.

Agora, caso a caso, o nosso Supremo Tribunal avaliará, por meio de maioria qualificada, se, na realidade, há excepcional interesse social a preservar, ou ainda, se há razão para temer que a declaração da nulidade *ab initio* trará maiores prejuízos à ordem e à segurança jurídica que a preservação dos efeitos durante um certo lapso de tempo. Preservam-se alguns efeitos com base não na crença de que o ato inconstitucional é válido, mas sim na idéia da responsabilidade do Estado pelos seus atos. Deve-se notar que esta possibilidade de manter alguns efeitos do ato estatal inconstitucional foi considerada pelo legislador como exceção, e é tão dissonante com o princípio da supremacia constitucional, tão grave e tão extrema, que o quorum exigido para sua proclamação (dois terços) é mais que o exigido para a declaração de inconstitucionalidade (maioria absoluta). Essa exigência especial só reforça a idéia de que a regra geral é a nulidade, com seus efeitos *ex tunc*, e que esta regra foi preservada no sistema.

III.2 - Problemas decorrentes da inconstitucionalidade

O Direito está em constante mutação porque reflete as modificações sofridas pela sociedade que rege. O suceder de normas que revogam ou modificam outras normas geraria uma série de conflitos — pois encontra relações constituídas durante a vigência de lei antiga — se não se pudesse resolver o problema através de algumas soluções¹⁰⁰ que o sistema encontrou para manter a coerência lógica, tais como o

⁹⁹ Mauro Cappelletti (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, 2. ed., reimpressão, trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 122) afirma que “De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade.”

¹⁰⁰ São, em regra, três os critérios para solução de antinomias: o cronológico (lei posterior revoga a anterior), o hierárquico (prevalece a lei de maior hierarquia), e o da especialidade (prevalece a lei especial sobre a geral). Conferir em Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico...*, p. 91 e ss.

princípio geral de que a lei posterior revoga a anterior. É ponto pacífico que lei mais nova que trate a mesma matéria em sentido contrário revoga a antiga.

O problema é que a inconstitucionalidade não se encaixa facilmente nas regras gerais de solução de antinomias. Os critérios de solução de antinomias pressupõem a validade das normas, enquanto a inconstitucionalidade é justamente um problema que se aloja no plano da validade, como será visto adiante.

III.2.1. A irretroatividade e o direito adquirido

Durante a vigência de uma norma, fatos e situações são constituídos, mas é possível que nem todos os efeitos da norma ocorram durante o seu período de vigência. Pode ser que alguns desses efeitos se protraiam no tempo¹⁰¹, persistindo sob a vigência da lei revogadora. A medida dos efeitos da lei antiga e da lei nova é confrontada por meio do princípio da irretroatividade das leis.

O princípio da irretroatividade visa à estabilidade do Direito e à segurança das relações jurídicas, o passado pode gerar desprazeres, mas é preciso que as incertezas tenham um termo final. Este princípio é importante, pois admitir que uma lei nova possa reger tanto os fatos futuros quanto os passados geraria uma insegurança do próprio Direito. E isso seria prejudicial, já que ninguém se sentiria seguro se estivesse à mercê de uma modificação na legislação que invalidasse, alterasse ou retirasse o seu direito.

Limongi França¹⁰² afirma que o princípio da irretroatividade das leis e o respeito ao direito adquirido estão consignados na Lei Fundamental, mas seu conteúdo, tradicionalmente, é definido pela lei ordinária e tem ficado a cargo de civilistas. Esse autor ensina que um dos grandes equívocos em matéria de princípio da irretroatividade e direito adquirido, quando agasalhados pela Constituição, estaria em crer que apresente caráter absoluto.

Diz nossa Constituição de 1988 em seu art. 5º, XXXVI:

¹⁰¹ Por exemplo: se um crime é cometido durante a vigência de uma lei que lhe comina pena de cinco anos de prisão, e posteriormente há modificação da lei para cominar ao mesmo crime uma pena de sete anos; o juiz, ao julgar o caso, ainda que vigente naquele momento a lei mais severa, terá de aplicar a lei mais branda, e já revogada.

¹⁰² Limongi França, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 187.

Art. 5º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nosso Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) determina, em sua Lei de Introdução, o seguinte:

Art. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

As leis não têm, em geral, efeito retroativo, podendo tê-los se assim dispuserem desde que respeitem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ainda que alguns autores entendam em sentido contrário¹⁰³, a regra do Direito Brasileiro é a *irretroatividade das leis*. Argumentos a favor de tal assertiva são postos pela doutrina, tais como: não se pode conceber que o legislador só não seja negligente quando faz lei nova; o fato de poder estar sujeito à lei futura gera instabilidade jurídica e deixa instalar o absurdo jurídico de ser algo legal ou ilegal sob condição. Além do mais, tal princípio resguarda as pessoas contra ilegalidades e abuso de poder¹⁰⁴.

O fundamento jurídico para a irretroatividade das leis está na *fides*, ou seja, na confiança no ordenamento jurídico em vigor e na impossibilidade de serem aplicadas leis que ainda não existiam no momento da concretização do fato. “Modernamente, a justificativa retira fundamento na filosofia social: a irretroatividade é salvaguarda dos direitos individuais, diante da potestade estatal.”¹⁰⁵

É importante fazer a diferença entre efeito imediato e efeito retroativo. O efeito imediato que a lei menciona é aquele que diz respeito a fatos futuros, constituídos após a sua vigência, mas que chega também a atingir e regular as partes posteriores dos fatos pendentes. A lei nova, em princípio, atinge as partes posteriores dos fatos pendentes,

¹⁰³ Há quem entenda que a regra no Brasil é a da retroatividade da lei, atendidas as exceções indicadas na lei (a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido). Com essa opinião: Mário Moacyr Porto, “O princípio da não retroatividade da lei”, *Revista do Curso de Direito da UFRN*, v. 2, nº 2, jan.-jun./1997, p. 131/137.

¹⁰⁴ A irretroatividade das leis é um dos Direitos Fundamentais do homem, considerada assim desde o movimento liberal ocorrido no século XVIII.

¹⁰⁵ Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, *op. cit.*, p. 47.

desde que não venha a ferir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. O limite para o efeito imediato da lei é justamente o direito adquirido.

Para esclarecer, é importante citar o conceito de direito adquirido¹⁰⁶ segundo os ensinamentos de Limongi França: “É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto.”¹⁰⁷ Basta, portanto, que as condições para o exercício do direito tenham se completado durante a vigência da lei que o determinava, para que passe a integrar o patrimônio do sujeito. O não-exercício daquele direito pode não ter acontecido por qualquer razão, desde que não tenha sido por um obstáculo jurídico.

As soluções para as acomodações entre a lei antiga e a nova foram sendo resolvidas por civilistas, impondo separações entre “direitos adquiridos e simples expectativas de direito, a retroatividade das leis interpretativas, das leis de ordem pública, das leis de competência e de processo, reduzindo a incidência do princípio da irretroatividade e, conseqüentemente, do direito adquirido”¹⁰⁸.

As normas de Direito Público retroagirão, em princípio, não devendo fazê-lo se, ao desconhecer o direito adquirido, vier a provocar o desequilíbrio social e jurídico. A simples expectativa, ou esperança, não gera direitos se, enquanto vigente a norma, não se compôs o seu suporte fático.

São limites à retroatividade, portanto, além dos fatos consumados, os direitos adquiridos¹⁰⁹.

III.2.2 - Limites ao direito adquirido. Existem direitos adquiridos contra a Constituição?

A inserção dos direitos adquiridos em nível constitucional implica não apenas o seu respeito pelo Poder Judiciário, mas também vincula a atividade do legislador ordinário.

¹⁰⁶ Para Marcus Vinicius Martins Antunes, “os chamados direitos adquiridos são em geral considerados como parte dos direitos públicos fundamentais, especialmente do direito à segurança nas relações jurídicas e sociais, que cada um e todos têm, contra a lei nova lesiva.” (“Mudança constitucional, Direitos Fundamentais e Direitos adquiridos”, in: Ingo Wolfgang Sarlet, *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 219-227).

¹⁰⁷ Limongi França, *A irretroatividade das leis*, ..., p. 216.

¹⁰⁸ Raul Machado Horta, “Constituição e Direito Adquirido”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, nº 112, out.-dez./1991, 69-86, p. 77.

¹⁰⁹ Ensina Limongi França (*A irretroatividade das leis*, ..., p. 194) que o conceito de direito adquirido (sentido lato) engloba o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A questão de serem sempre retroativas as leis que tutelem os fundamentais interesses do Estado tem de ser vista com cautela, pois, no fundo, todas as leis têm por fim a realização da harmonia social e a defesa de interesses gerais. Desse modo, todas poderiam, a princípio, retroagir. O fundamento para desconhecer o direito adquirido não pode ir a ponto de atingir os casos em que esse desconhecimento geraria o desequilíbrio social e jurídico. Este há de ser o limite para a retroatividade nas questões de ordem pública.

Cumprе observar que a afirmativa de que não há direito adquirido frente à lei de ordem pública ou de Direito Público não pode ser tida de modo absoluto. O que se pode dizer com boa razão e tomando as cautelas necessárias, é que não ocorre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral.

Não se desconhece a possibilidade da própria Constituição afastar a possibilidade de exercício dos direitos adquiridos sob a luz de normas até então vigentes. Ela certamente poderá fazê-lo, porque a restrição imposta no art. 5º, XXXVI dirige-se apenas¹¹⁰ ao legislador ordinário e não tem caráter absoluto. Ou seja, os direitos adquiridos não podem ser preservados em qualquer circunstância sem que haja qualquer limite. Aliás, há decisões do STF, até mesmo anteriores à Constituição atual, acatando a posição de que não há direito adquirido frente à Constituição, como, as que citamos abaixo:

[...] Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. (RE 94414/SP, Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 13/02/1985 - Tribunal Pleno. Publicação: DJ. Data-19-04-85, pp-05456. EMENT. Vol-01374-02 pp-00217. RTJ Vol-00114-01 pp-00237)

[...] A supremacia jurídica das normas constitucionais inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. (ADI-248/ RJ, Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/11/1993 - Tribunal Pleno. Publicação: DJ. Data-08-04-94 pp-07222. EMENT. Vol-01739-01 pp-00008)

EMENTA: Agravo regimental.

¹¹⁰ Diz-se “apenas ao legislador ordinário” não no sentido de excluir os agentes dos Poderes Judiciário e Executivo, mas para demonstrar que aquele direito pode ser restringido pelo poder constituinte.

Não tem razão a agravante. Com efeito, como salientado no despacho agravado, tendo sido reconhecida a relação de emprego como existente antes do advento da Constituição de 1988, quando a Carta Magna anterior não exigia concurso público para o ingresso em emprego público, como ocorre no caso, inexistente ofensa ao artigo 37, II, da atual Constituição, porquanto a *aplicação imediata do texto constitucional só tem força retroativa mínima, não alcançando, para desconstituí-los, fatos constituídos no passado ainda que reconhecidos no presente (retroatividade máxima), salvo se a Carta Magna expressamente o declare*, o que, na espécie, não ocorre, pois mesmo o artigo 19 do ADCT não se refere aos empregos nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas. [grifamos]. (AGRAG-248696/PR, Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 16/11/1999 - Primeira Turma. Publicação: DJ. Data-17-12-99 pp-00016. EMENT. Vol-01976-10 pp-01985).

Assim, se a nova ordem constitucional repele aqueles direitos considerados adquiridos, pode afastá-los, como de regra o faz em períodos de revolução. Se a norma constitucional, expressamente, não prevê desfazimentos, não expõe essa vontade de desconstituir fatos e situações que se constituíram sob o império da norma revogada¹¹¹, os direitos adquiridos dela decorrentes têm de ser respeitados, com base no art. 5º, XXXVI da própria Constituição (1988), sob pena de se permitir ilegalidades e abusos de poder.

A segurança jurídica é outro princípio a ser invocado e significa que não se ponha em dúvida a existência do direito, porque uma certa estabilidade é necessária. É preciso que as pessoas possam confiar que, agindo conforme determina a norma vigente, os seus direitos serão preservados.

Postos esses limites ao direito adquirido, passa a ser relevante verificar se há fundamento que justifique a preservação dos “direitos adquiridos” em contraposição a uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

III.2.3 - A exceção à regra geral de nulidade absoluta. A solução extraída do sistema

¹¹¹ A Emenda Constitucional nº 20/98, por exemplo, modificou as regras relativas à previdência. Para trazer um exemplo mais concreto: além de substituir o termo “tempo de serviço” por “tempo de contribuição”, retirou o benefício concedido aos professores universitários de se aposentarem cinco anos mais cedo (art. 40, III, b da CF/88) do que reza a atual norma constitucional (art. 40, § 5º). Porém, preservou o direito daqueles que haviam cumprido, até a data de publicação daquela Emenda, todos os requisitos exigidos na norma revogada. Esse benefício foi explícito. Para os que já houvessem ingressado no sistema de previdência, trouxe regras de transição. Poderia não ter resguardado qualquer direito, poderia ter declinado em sentido contrário, e neste caso não haveria direito adquirido contra a Constituição.

Se é certo que todas as normas devem ser compatíveis com a Constituição para que atendam à hierarquia lógica do sistema, é também certo que a norma eivada de vício de inconstitucionalidade é nula, mas ainda assim produz um mínimo de efeitos jurídicos.

A despeito de ser nula enquanto lei, por ser ato estatal, a norma inconstitucional deve ser desfeita, por isso a sentença que a declara inconstitucional é constitutiva negativa, porque desconstitui um ato estatal. Também é certo que essa sentença, como ensina Pontes de Miranda, possui uma carga de eficácia declaratória, porque declara o Direito, dando-lhe certeza. É desse modo que dissipa as dúvidas preservando a unidade do sistema.

Já dissemos anteriormente que a lei declarada inconstitucional pode ter os seus efeitos restritos em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conforme determina a Lei nº 9.868/99, e que essas são as exceções legais à regra de nulidade absoluta. Mas também defendemos que o respeito a alguns efeitos existe, não como decorrência da sua possível anulabilidade, mas como decorrência de uma responsabilidade advinda da função legislativa e das falhas do sistema de constitucionalidade das leis: a norma nula jamais incidiu, mas em razão da segurança jurídica, do interesse social e em respeito à boa-fé, a suposta incidência da norma há de ser preservada, pois o Estado tem de ser chamado a assumir as responsabilidades da ação legislativa, garantindo a situação fática constituída.

Como já demonstrado à sociedade, o sistema de controle prévio de constitucionalidade das leis não é perfeito, de modo que podem restar publicadas e estar “vigentes” leis que contenham o grave vício de não serem compatíveis com a Constituição.

A consequência do princípio da hierarquia entre as normas e da rigidez constitucional é a supremacia da Constituição. Ela é a lei maior do sistema, a fonte de validade de todas as demais normas. Por isso, sempre que não for possível compatibilizar a lei com a Constituição, deve-se preservar a Constituição e destruir a norma inconstitucional.

E se a lei que nasce se contrapõe à ordem constitucional por estar manchada pelo vício da inconstitucionalidade? Qual a solução possível a se buscar no sistema?

Sabe-se que as leis gozam de presunção de constitucionalidade, que as pessoas estão obrigadas ao cumprimento da lei, e que nem sempre é possível ao cidadão leigo identificar o vício da inconstitucionalidade. Portanto, qualquer pessoa poderá agir em

confiança e respeito a uma lei que posteriormente será declarada inconstitucional. Como, então, manter a confiança e segurança das pessoas no sistema que identifica a inconstitucionalidade e declara nula a norma que o próprio sistema presumia constitucional? Como compatibilizá-lo com as questões de ordem pública?

Essas questões somente poderão ser resolvidas em se encontrando exceção à regra geral da nulidade.

Paulo Lôbo, por exemplo, traz sua contribuição doutrinária para o tema dos direitos adquiridos. Os limites que impõe para que sejam preservados os direitos adquiridos sob a égide de lei inconstitucional são: a boa-fé, a ausência de prejuízos equitativos a terceiros e à ordem pública. *In litteris*, reproduzimos suas idéias:

A boa-fé é um dos princípios fundamentais do nosso sistema jurídico. Para que os efeitos jurídicos, decorrentes da incidência da norma posteriormente declarada inconstitucional, prevaleçam será necessário que os sujeitos e titulares de direito estejam juridicamente em boa-fé. E, mais, que tais direitos não acarretem prejuízos a terceiros ou à ordem pública, em virtude de que o princípio da boa-fé correlaciona-se com o princípio da equidade e com a *fides* nas relações inter-humanas.¹¹²

A boa-fé, partindo da certeza do direito, visa à reprodução do sistema e impõe atuações. A ordem pública visa à preservação do sistema, proibindo, apenas. O conteúdo heterogêneo da ordem pública possibilita abarcar regras de boa-fé. Isto ocorrerá quando estas assumam uma tal relevância que imponha sua inderrogabilidade¹¹³, que é o que ocorre e vem justificar a posição aqui defendida.

Concordamos com Paulo Lôbo quando afirma:

Não se pode exigir dos indivíduos, destinatários dos direitos, juízos de constitucionalidade das normas que são postas, toda vez que delas receberem a incidência sobre os fatos previstos, antecipando o julgamento dos tribunais.

O inverso é que se pode esperar: a presunção de constitucionalidade. Este é o sentido da *fides* romana (confiança que os indivíduos devem ter na eficácia do sistema). Não é legítimo que os sujeitos de direito, que não editaram ou aplicaram as normas, sejam punidos com o desfazimento de relações jurídicas pré-constituídas, com a extinção dos direitos consumados ou adquiridos.¹¹⁴

¹¹² Paulo Luiz Netto Lôbo, *op. cit.*, p. 48.

¹¹³ Sobre o assunto ver Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1984, p.1223 e ss.

¹¹⁴ Paulo Lôbo, *op. cit.*, p. 49.

Contudo, discordamos de sua posição quanto à anulabilidade das normas inconstitucionais e justificamos:

Já citamos alhures que o sistema prévio de controle de constitucionalidade das normas, apesar de engenhoso, por vezes deixa escapar normas editadas com vício que a inquinam de inconstitucionais. Existindo falhas, os direitos, ou melhor, as situações jurídicas constituídas sob a influência da norma julgada inconstitucional, que delas advieram, têm de ser preservadas, não porque os atos normativos inconstitucionais sejam anuláveis e não nulos — como defende o civilista alagoano e os demais que se juntam a Kelsen —, mas porque as pessoas comuns, individualmente, não podem suportar os erros do sistema. O fundamento é outro e encontra solução na regra da responsabilidade civil, que, em sua fórmula geral, estava inserida no Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), em seu art. 159, abaixo reproduzido:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Agora, com as mudanças¹¹⁵ introduzidas com o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), com vigência marcada a partir de 11 de janeiro de 2003, encontra-se assim disciplinada:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em matéria específica que trata da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, as determinações contidas no Código Civil de 1916 e no de 2002 são, respectivamente, as seguintes:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por ato de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.¹¹⁶

¹¹⁵ A regra geral teve a sua redação modificada, mas não traz significativas alterações para esse estudo.

¹¹⁶ Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Fonte: www.senado.gov.br.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.¹¹⁷

Antes de qualquer comentário legal, é preciso que seja recordado que a Teoria da Responsabilidade há tempos mudou. Se essa concepção na Antigüidade estava ligada à idéia de pena, hoje se liga à de compensação e reparação.

A culpa, embora freqüente em muitos casos, não é um elemento nuclear da responsabilidade, nem o era na Antigüidade. Surge no Direito Francês, especialmente a partir do Código de Napoleão, como “falta”. Esta incluía a culpa: a culpa era a falta de diligência.

No Direito Brasileiro a distinção entre culpa leve, grave, gravíssima se dissolveu. Só existe um tipo de culpa. Todavia, o conceito de *responsabilidade* evoluiu e não mais está atrelado à culpa.

Sob lente mais moderna, Ricardo Lorenzetti¹¹⁸, ponderando que há uma interação entre economia, responsabilidade e proteção da parte débil, afirma que a responsabilidade civil tem evoluído para deixar de ser vista como “dívida” e passar a figurar como “crédito”, passando da ótica do devedor para o credor, da antijuridicidade e culpabilidade à reparabilidade. O dano seria, agora, o centro gravitacional da responsabilidade. A antijuridicidade teria se desprendido da tipicidade, deixando de ser formal e subjetiva. Passaria a ser material (ofensa ao ordenamento em seu conjunto) e objetiva (alheia a considerações subjetivas do agente, nasce da observação do fato). Desta feita, surgiriam os ilícitos atípicos e as hipóteses de responsabilidade por atividades lícitas. A responsabilidade ligada à culpa restaria superada porque haveria novos critérios objetivos de retribuição: risco, garantia, abuso de direito, equidade, culpa objetiva.

Pontes de Miranda¹¹⁹, ensinando que o Direito não é conteúdo de regras, mas “vida”, dá os fundamentos da responsabilidade civil: primeiro, o princípio da equivalência (= equilíbrio); segundo, a proibição de ofender (*neminem laedere*). Afirma ainda que há evolução intrínseca no Direito: algo que hoje reputamos bom e estável, pode ser que mais adiante consideremos regras injustas.

¹¹⁷ Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Fonte: www.senado.gov.br.

¹¹⁸ Ricardo Lorenzetti, “Las Nuevas Fronteras de la Responsabilidad Civil: Analisis Economico — Responsabilidad Civil — Protección de la parte débil”. In: VVAA, *Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*, v. 2, Blumenau, out./1995, p 161-168.

¹¹⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo LIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 3 e ss.

Deve-se ainda considerar que o Direito Brasileiro admite a responsabilidade por atos lícitos, por exemplo, aquela decorrente do exercício de certos direitos configurados no caso de legítima defesa, estado de necessidade, ou atos praticados para o regular exercício de um direito. Nesses casos, os atos são lícitos, mas com fundamento na equidade, impõe-se ao agente a obrigação de indenizar os danos causados¹²⁰. Assim fica obrigado a reparar atos lícitos aquele que praticou e causou danos a terceiros, mesmo sem culpa.

A partir desta constatação, pode-se deduzir ser cabível o que defendemos, ou seja: é possível resguardar situações jurídicas constituídas sob o manto de uma lei posteriormente declarada inconstitucional, desde que o sujeito tenha “adquirido”¹²¹ o direito em boa-fé, e não haja graves prejuízos à ordem pública. Ora, se a pessoa age de boa-fé, se o processo de criação das leis é um processo lícito, se a lei goza da presunção de constitucionalidade, se não se pode exigir juízo de constitucionalidade das pessoas comuns, se estas agem conforme o seu direito na lei determinado, não há razão para que sejam penalizadas, arcando individualmente com um risco e uma responsabilidade que é de toda a sociedade.

A responsabilidade, como se viu, não se restringe aos casos de danos por atos ilícitos. O sistema evoluiu, e em nossos dias já é cabível a responsabilidade, reafirma-se, nos casos de danos por atos lícitos. A teoria do risco integral, aplicada no Direito Ambiental¹²² é o mais claro exemplo do que afirmamos.

Com o Estado, não pode ser diferente. A criação de uma lei é um ato lícito que, em virtude de imperfeições não sanadas pelo sistema podem gerar danos. Fato é que há normas inconstitucionais corriqueiramente sendo aplicadas. O sistema não pode punir aqueles que, de boa-fé, agiram conforme a determinação legal.

A solução para o problema em estudo está em retirar o peso do prejuízo de uns (os que agiram conforme a lei posteriormente declarada inconstitucional) e repassá-lo para todos, para o Estado, que responderá por seus atos. Todos devem arcar com as

¹²⁰ Este é o pacífico entendimento da doutrina, como se pode ver em Orlando Gomes, *Obrigações*, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 308.

¹²¹ Foi dito “adquirido” porque, sendo nula, a norma *abstratamente* não incidiu, mas o direito à situação fática seria preservado em nome da segurança jurídica, tendo como fundamento a responsabilidade do Estado-Legislator.

¹²² No âmbito do Direito Ambiental prevalece a teoria do risco integral. Nesse caso, mesmo as empresas que obtiveram autorização legal, regularmente concedida pelo Poder Público, e que estejam funcionando dentro dos limites exigidos pela Administração, portanto, atuando dentro de padrões considerados lícitos, essas empresas (poluidoras) são responsabilizadas por danos que causarem ao meio ambiente, mesmo quando essa poluição é decorrente de sua normal atividade.

conseqüências oriundas de danos causados a terceiros. Se cada um é responsável pelos danos que seus atos causarem a terceiros, mesmo sem culpa, também o Estado-Legislator deve ser responsabilizado pelos danos que causar aos particulares, ainda que tenha agido em prol do bem comum, ainda que não tenha tido intenção de produzir norma inconstitucional. Cabe ao Estado a responsabilidade pelas falhas no sistema de controle de constitucionalidade das normas.

Aqueles que agiram em boa-fé, desde que a situação fática constituída não cause graves prejuízos à ordem pública, têm direito à manutenção do que lhe amparava a lei inquinada de vício, cabendo a reconstituição ao *status quo ante*, ou seja, garantindo-lhe a manutenção de uma situação fática, transformando-a em jurídica. E se esta situação causar prejuízos a terceiros, também será responsabilidade a ser cobrada do Estado, porque decorre do mesmo ato.

Não se pode dizer que haja propriamente um “direito adquirido”, já que o termo *direito adquirido*, como visto no item III.2.1, no conceito (em sentido estrito) de Limongi França, representa a conseqüência de uma lei ou fato idôneo, passando a integrar o patrimônio moral ou material do sujeito, que “*não se faz valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto*”. Logo, o direito adquirido é “direito” que não foi exercido. Conseqüência lógica: não houve situação fática constituída. Sem a realização no mundo dos fatos, nada há para ser preservado, não se adequando à exceção.

O fundamento normativo que garante a transformação do *fático* em *jurídico* está essencialmente no art. 37, § 6º da CF/88, que abaixo reproduzimos:

Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O disposto no Código Civil, nos artigos que transcrevemos no início deste item não contraria, e nem poderia contrariar, o contido no § 6º do art. 37 da Magna Carta.

Afirmamos que a preservação deste direito somente não prevalece se a Constituição expressamente determinar o contrário. Desta feita, na seara

de controle de constitucionalidade, em caso de ato estatal inconstitucional, demonstrado que ocorreram aquelas três condições para preservação da situação fática constituída, cabível a manutenção dos efeitos da norma nula, porque esta é a única forma de reparar o dano sofrido com a retirada da norma do ordenamento jurídico.

O art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, no entanto, é a regra que melhor se aplica ao que aqui é defendido, uma vez que esse artigo, que trata da responsabilidade objetiva do Estado, não é restritivo. Portanto, poderá abranger além dos atos realizados pelo Estado-Administração aqueles realizados pelo Estado-Juiz ou pelo Estado-Legislator.

Quanto ao defender a responsabilidade por fato da função legislativa, não estamos sós. Admite Canotilho que algumas leis declaradas ou julgadas inconstitucionais podem ter ocasionado violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para o cidadão. Defende a responsabilização do Estado-Legislator e do Estado-Juiz por atos lícitos. Argumenta que “a responsabilidade por facto das leis não é um *luxo*, mas uma exigência do Estado constitucional democrático.”¹²³

III.3 - Reflexos da inconstitucionalidade

Do que foi discutido, dois pontos valem ser ressaltados. O primeiro deles é que a norma inconstitucional, enquanto ato estatal, deve ser desconstituído, por isso, a sentença que declara a inconstitucionalidade da norma é constitutiva negativa (porque desconstitui um ato estatal emanado pelo poder legislativo). Isto, decerto, contribui para a clareza e coesão do ordenamento jurídico.

O segundo ponto é que as normas inconstitucionais são existentes, mas são inválidas: são nulas. A regra é a nulidade *ab initio*. Sendo assim, a norma inconstitucional, porque é nula, não obriga a sua observância.

¹²³ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, em *Direito Constitucional...*, p. 661.

Mas mesmo as normas nulas produzem efeitos mínimos, porque são atos estatais e dispõem da presunção de constitucionalidade. Por isso, não se pode exigir que as pessoas comuns formulem juízos de constitucionalidade, somente exigível do Poder Judiciário.

Prosseguindo um pouco mais nas divagações acerca do problema, conclui-se ainda que a norma inconstitucional aplicada ao caso concreto transforma-se em ato da Administração (inconstitucional). Se é assim, mais grave ainda é aceitação e aplicação da norma inconstitucional. O único modo de não criar direito algum seria deixar de aplicar a norma inconstitucional. Mas em realizando-a, gera efeitos, no mínimo, aos particulares.

Durante a vigência de uma determinada Constituição, por exemplo, uma norma viciada pode vir a ser aplicada por dez anos, e somente após todo esse longo lapso temporal, vir a ser declarada inconstitucional. Ou, suponhamos, por puro exercício de abstração, que artigos da lei de licitação sejam julgados inconstitucionais, e com base neles inúmeras licitações foram decididas, e os objetos adquiridos e consumidos antes da declaração de inconstitucionalidade. Seria um caos simplesmente apagar a norma sem visualizar os reflexos deste ato na vida das pessoas. Desse modo, o mais correto será eleger certas condições, essenciais para a preservação da *fides* e da segurança jurídica, para que as situações fáticas constituídas¹²⁴ não desapareçam deixando em seu lugar a incerteza e o sabor da injustiça.

Por isso é que se colocou como critério a questão da aferição da boa-fé e da situação pretendida não ofender gravemente à ordem pública. Se esses pré-requisitos foram obedecidos, a situação consumada deve ser preservada. Isto nada mais é que aqueles mesmos valores eleitos pelo legislador quando da publicação das Leis nº 9.868/99 (art. 27) e nº 9.882/99 (art. 11). O legislador fala em restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. A boa-fé e a preservação da ordem pública são valores que

¹²⁴ É de Mauro Cappelletti (*O Controle Judicial de Constitucionalidade ...*, p. 124) a afirmação: “Basta dizer aqui, particularmente, que, em matéria penal, as Cortes americanas tem sempre considerado — e agora a lei alemã a italiana expressamente dispõem — que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém deve ser obrigado a cumprir uma pena que tenha sido imposta com fundamento em uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, ao invés, e às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos ‘efeitos consolidados’ (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas.”

devem ser pesados (pelo juiz) para se aferir a existência de excepcional interesse social. A segurança jurídica representa a certeza do direito e a confiança de que as situações constituídas ganham estabilidade e permanência ao longo do tempo; é a certeza de que as relações dela derivadas são boas e serão preservadas, sob pena do império da desconfiança e da insegurança, que não são os bens que o Direito se propõe a proteger.

Falho o controle preventivo, as pessoas que agiram conforme a norma posteriormente julgada inconstitucional não devem ser prejudicadas em seus supostos “direitos”, desde que atendam aqueles três pré-requisitos enumerados. O fundamento para esta afirmação não está no fato de serem as leis anuláveis e sim no fato de que o ato legislativo, apesar de lícito, gera responsabilidade do Estado-Legislator. Especificamente pode-se defender a responsabilização do Estado-Legislator em decorrência do art. 37, § 6º da CF/88. Esta a fundamentação jurídica maior.

Mas, para tanto, é necessário que as pessoas que forem prejudicadas ingressem em juízo para que tenham sua situação preservada, para que não se desconstituam as situações que lhe são favoráveis. São situações que, por uma questão de lógica, sempre foram inconstitucionais, mas aos olhos do interessado “pareciam” legais e se “tornaram” inconstitucionais com a declaração pelo Poder Judiciário. No nosso sentir, nesses casos deve o Judiciário preservar as situações constituídas amparando-as na responsabilidade do Estado-Legislator, numa responsabilização por ato lícito — e é lícito porque originada da natural competência que detém o legislador de criar as normas — mas que efetivamente produziu dano ao editar norma inconstitucional que não foi detectada pelo sistema.

Para as normas inconstitucionais, portanto, os limites para a prevalência da situação fática constituída sobre a norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário¹²⁵ são: os critérios legais de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Para aferi-los, é necessário que o juiz verifique se o agente está em boa-fé e a ausência de graves prejuízos à ordem pública. Se há ofensa a qualquer desses dois pressupostos, sendo nula a norma viciada, não há efeitos a serem preservados, desaparecendo com a declaração de inconstitucionalidade, os efeitos que se julgavam regulares.

¹²⁵ Se o Poder Judiciário, por meio do STF, não estipular em sentido contrário, quando for avaliar a extensão da declaração da inconstitucionalidade, e neste caso determinar os efeitos a partir de quando serão válidos, restringindo os efeitos da nulidade *ab initio*, nos termos das Leis nºs 9.868/99 e 9.982/99.

Conclui-se, finalmente, que, em caso de declaração de inconstitucionalidade, alguns efeitos poderão ser mantidos. Os direitos à situação fática constituída subsistirão porque o ato de legislar é um *munus* que não pode nem deve ser inconstitucional, cabendo a responsabilização do Estado-Legislator ocasionada pelo insuficiente controle de constitucionalidade das normas. Somente desta maneira será preservado um dos pilares do Direito: a segurança jurídica.

Título II
PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO
NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CAPÍTULO IV
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Sumário: IV.1 – Questionamentos IV.2 - O ordenamento jurídico - há um sistema? IV.3 - O Estado de Direito - A limitação do poder IV.4 - O Princípio da Legalidade administrativa IV.5 - O Estado de Direito e Social e o desprestígio das leis IV.6 - A Constituição como equilíbrio do sistema IV.7 - A legalidade no direito administrativo - qual a relação com a Constituição?

IV.1 - Questionamentos

Preocupa-nos a aplicação do Direito. Primeiro, porque entendemos que aplicar é interpretar; segundo, porque cremos que, ao fazê-lo, é forçoso deixar de lado a comodidade proporcionada pela facilidade de fazer um recorte localizado, aplicando toda e qualquer lei¹²⁶, e passar a observar o contexto normativo total em que ela se encontra, ou seja, acreditamos que é necessário buscar um sentido e uma unidade somente conseguida no sistema jurídico. Por isso nos perguntamos, especificamente, se é possível conceber o Direito Administrativo segregado do ordenamento jurídico; se é possível desconectá-lo da Constituição; e o que é o princípio da legalidade na Administração Pública. Representa este último uma total e completa submissão à lei e demais normas infra-constitucionais? Ou a submissão primeira é à Constituição?

São estes os questionamentos que tentamos refletir e, para colocar cada coisa em seu devido lugar, é importante ter uma visão do ordenamento jurídico, para indagar se

¹²⁶ O termo é usado em sentido lato. Nele se incluem os regulamentos, decretos, portarias, dentre outros atos normativos.

há um sistema jurídico. Se ele existe, qual o papel da Constituição, e qual a influência dela sobre o princípio da legalidade na administração pública?

A relevância do tema marca-se, especialmente, a partir do fato de ser a Administração Pública, segundo a tradicional teoria da separação dos poderes, o braço estatal que foi pensado para dar execução¹²⁷ às leis. Querendo ou não, é especialmente o Poder Executivo, antes de todos, o que primeiro se depara com a lei e seus eventuais vícios. Deve ele aplicar toda e qualquer norma, *sempre*, sem qualquer tipo de questionamento, ou poderá escolher entre a aplicação da norma infra-legal incompatível com a Constituição e esta última? Então, pergunta-se: prevalece o princípio da supremacia da constituição ou o da legalidade pura e simplesmente?

IV.2 - O ordenamento jurídico - há um sistema?

Bobbio¹²⁸ desenvolvendo a problemática do ordenamento jurídico proposta por Hans Kelsen, afirma que as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre num contexto de normas com relações particulares entre si. Assim, a existência de normas jurídicas por si só não criaria um ordenamento jurídico, mas, ao contrário, é a existência de ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos que seria condição para a existência de normas jurídicas. Para o autor, o ordenamento jurídico possui uma unidade, mas isto não significa que ele seja necessariamente coerente. Há unidade no ordenamento jurídico porque há, no ápice do sistema, uma norma única, a Norma Fundamental, da qual todas as outras, direta ou indiretamente derivam¹²⁹. Mas não entende que a compatibilidade seja condição necessária para a validade de uma

¹²⁷ A expressão “execução” está empregada no sentido de: realizar os diversos fins públicos materiais, dentro dos limites legais.

¹²⁸ Cf. Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico...*

¹²⁹ São de Bobbio as afirmações: “Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma jurídica, da qual todas as outras, direta ou indiretamente derivem.” E mais adiante continua: “Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro.” (*Idem*, p. 59).

norma jurídica, pois afirma que “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento.”¹³⁰

Jean Rivero¹³¹, assim como Bobbio, entende que o ponto de partida para alcançar a definição de sistema jurídico é o Direito Positivo de cada país, sendo este o conjunto de regras jurídicas aplicáveis naquele Estado. Defende o autor que há uma unidade no Direito Positivo e que ele não é mera justaposição de normas. Estas estão relacionadas umas com as outras e formam um conjunto organizado, pois se referem a princípios comuns e a noções fundamentais.

Garcia de Enterría e Fernandez também admitem que “o ordenamento jurídico é uma unidade e opera como tal, [...] sem prejuízo de que a sua constituição interna obedeça a um cuidadoso sistema de relações e de limites entre as diversas fontes que o nutrem.”¹³²

Numa concepção mais moderna, seguindo a perspectiva luhmanniana, Marcelo Neves¹³³ entende que a Constituição é também um subsistema do sistema jurídico e que o Direito Constitucional funcionaria como limite sistêmico do Direito Positivo. Enfrenta a questão discutindo o Direito como sistema autopoietico, afirmando que há um fechamento operativo do sistema jurídico baseado na normatividade e uma abertura para o meio-ambiente baseada na cognição. Direito e Política são sistemas autônomos que têm a Constituição como “mecanismo de interpenetração e interdependência entre dois sistemas sociais autopoieticos, possibilitando-lhes, ao mesmo tempo, autonomia recíproca.”¹³⁴ O interessante do autor é visão de circularidade que dá ao sistema constitucional demonstrando, que por meio do processo cognitivo ele se recicla¹³⁵.

Pensamos ser razoável admitir que haja um ordenamento jurídico que abarca todas as normas e um sistema jurídico que expurga daquele primeiro as normas incompatíveis. Ou seja, o ordenamento seria um conjunto maior e também mais

¹³⁰ Ibidem, p.113. Em outra passagem (fl. 91), Bobbio esclarece que: “A antinomia produz *incerteza*, a injustiça produz *desigualdade*, e portanto a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao da igualdade.” (Grifos do autor).

¹³¹ Jean Rivero, *Curso de Direito Administrativo Comparado*, trad. J. Cretella Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

¹³² Enterría e Fernandez, *Curso de Direito Administrativo*, trad. Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 370.

¹³³ Cf. Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994, p. 61 e ss.

¹³⁴ *Idem*, p. 129.

¹³⁵ A reciclagem se dá por meio das reformas constitucionais e também por meio da concretização constitucional. Esta última representa o condicionamento que o Direito Constitucional sofre por meio das decisões judiciais sobre a matéria constitucional, e pelo conteúdo técnico-jurídico que as normas infraconstitucionais dão às normas constitucionais. Afirma Neves, portanto, que não haveria uma hierarquização absoluta, e que a “circularidade é mantida, pelo menos na ‘relação de mistura’ entre criação e aplicação do Direito.” (Ibidem, p. 67-68).

imperfeito que acolhe as normas expedidas que não se compatibilizam com a ordem e os princípios emanados do sistema. Já o sistema possui as características de unidade e completude¹³⁶. A unidade vem da exclusão das contradições e a completude da idéia de bastar-se em si. Mas esse sistema não é nem estático nem imutável, ao contrário, modifica-se para acompanhar os avanços e necessidades sociais, recebendo e aceitando as alterações exigidas.

O sistema consegue a unidade e completude, dentro de um determinado Estado, a partir de sua Magna Carta, de sua Constituição. É ela a fonte de validade, a origem e o fundamento de todo o sistema. A Constituição é, seguindo o exemplo de Kelsen, a norma que está no ápice da pirâmide, a partir da qual se forma toda a teia composta por normas jurídicas em estrutura escalonada, da Constituição à lei e desta até a sentença judicial. Essa hierarquização enfatiza a preponderância da Constituição, mas não implica desconhecer as interferências que o processo cognitivo impinge às normas constitucionais, nem desconhece a relação do sistema jurídico com outros sistemas sociais que, numa sociedade complexa, naturalmente se inter-relacionam.

As Constituições, apesar de expressarem valores oriundos de diferentes posições, ou seja, de abarcar um pluralismo político que a princípio parece inconciliável, deixam demonstrar, através dos princípios que traduzem expressa ou implicitamente, uma unidade, resultado de suas escolhas. Por exemplo, a Constituição de 1988, denominada Constituição cidadã, foi elaborada por constituintes que representavam as mais diversas posições e partidos políticos, do PT à União Democrata Ruralista (UDR). Contudo fez escolhas: denominou-se ser uma República Federativa (arts. 1º, 3º e 4º) e um Estado Democrático de Direito (art. 1º); e ainda Estado Social, uma vez que privilegia no Capítulo II do Título II, os Direitos Sociais. Já daí poderíamos deduzir uma série de princípios. Seriam estes, dentre outros que ela especifica, os princípios maiores que serviriam para nortear as decisões dos juízes e administradores e, ainda, até o próprio legislador.

¹³⁶ Eros Roberto Grau entende que o sistema jurídico é um sistema aberto, no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica. Essa abertura decorreria da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico. (*O Direito posto e o Direito pressuposto*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 19).

IV.3 - O Estado de Direito — a limitação do poder

O fortalecimento do poder do rei, ocorrido principalmente pelo enfraquecimento da Igreja marcada sobretudo pela Reforma, foi decisivo para a passagem do feudalismo ao absolutismo, trazendo a unidade do Estado moderno. Historicamente falando, as monarquias absolutas foram, à época, a única maneira possível de conduzir à unidade do Estado¹³⁷. E, enquanto ruía o feudalismo, as pessoas iam se nivelando em sua capacidade jurídica¹³⁸.

Somente a partir do Renascimento é que surge, com a idéia de separação dos poderes, a efetiva separação entre as funções legislativas, administrativas e judiciárias, e com isso a submissão da administração pública à lei.

Na verdade, a primeira fase do Estado moderno corresponde ao Estado de Polícia, no qual o soberano detinha todo o poder, e, desse modo, a única regra imperante resumia-se a um direito ilimitado para administrar, no qual a vontade do rei era a lei suprema. Mais adiante, especialmente com o movimento liberal cujo grande marco foi a Revolução Francesa, surge o Estado de Direito. Foi esta nova concepção de Estado que trouxe a limitação do poder, que faz nascer o Direito Administrativo propriamente dito como conseqüência da submissão do Estado à lei.

Garcia de Enterría e Fernandez ensinam que “o Direito Administrativo surgiu como uma manifestação das concepções jurídicas da Revolução francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”.¹³⁹ Conforme os autores, o novo regime impõe um dado novo: a fonte de todo Direito está na própria comunidade, na sua vontade geral e não num poder *concedido* por Deus a um soberano; e também que somente a lei geral é a legítima forma para expressar essa vontade. Destacam que o que há de original nesta concepção é justamente a mudança de regime jurídico: a Administração é uma criação do Direito e está submetida à legalidade objetiva. Portanto, também o cidadão poderia invocá-la para garantir a sua liberdade, decompondo-a, então, em verdadeiros direitos subjetivos.

Ainda no século XVIII, o poder passou a ser limitado por um Direito Natural e superior, sobre o qual o Estado não poderia interferir. Na realidade, a limitação do poder

¹³⁷ É de Artur Machado Paupério a afirmação: “A unidade do Estado moderno está tão ligada à idéia de monarquia absoluta que, onde não se evidenciou esta, fenômeno inverso, em geral, se operou, como, por exemplo, na Alemanha e na Polônia, onde o Estado se dividiu”. (*Op. cit.*, p. 94).

¹³⁸ *Idem*, p. 94.

¹³⁹ Enterría e Fernandez, *op. cit.*, p. 367 e ss.

foi um dos grandes legados deixados pelo Liberalismo¹⁴⁰, movimento que enaltecia os direitos naturais do homem e tolerava o Estado como um mal necessário.

Foi o ideal de liberdade e a conseqüente necessidade de impor limites a esse poder arbitrário que propiciou e culminou com a proclamação dos direitos na célebre Declaração de 1789 e esta influenciou a inserção dos direitos fundamentais inscritos nos preâmbulos das constituições de diversos países do mundo. Aliás, o Constitucionalismo é um movimento concomitante e, por isso mesmo, originariamente, a Constituição tem o seu conceito imbricado com o de Liberalismo. Tanto assim que o art. 16 daquela Declaração afirma que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.”¹⁴¹ Então, conclui-se, ao Direito foi atribuído o papel de garantir as liberdades individuais e a Constituição escrita foi a fórmula, ou melhor, a técnica encontrada para garanti-los.

Di Pietro leciona que “a idéia do direito natural, decorrente da natureza do homem e descoberto pela razão, está na base da concepção clássica do Estado de Direito.”¹⁴² A vontade do rei deixou de ser a única fonte do Direito, enquanto a lei passou a significar a representação da vontade geral. E, sintetizando, enumera os pontos fundamentais do Estado de Direito em cinco, quais sejam: liberdade dos cidadãos, legalidade, controle judicial dos atos praticados pelo poder público, igualdade e concepção substancial do Direito, aproximando-o da concepção de justiça.

Daí deduzimos que, no Estado de Direito, a lei, que passa a limitar o poder do soberano e a representar a legítima vontade popular, tinha uma íntima relação com a idéia de justiça.

IV.4- O Princípio da Legalidade administrativa

A Declaração do Homem e do Cidadão determinava em seu art. 5º: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo aquilo que não é proibido pela lei não

¹⁴⁰ Como muito bem ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Este, que exalta a garantia dos direitos do homem como razão de ser do Estado, exigia que o poder público tivesse limites, para que não interferisse no domínio próprio e irredutível da liberdade individual. Dessa insistência resultou que o princípio de limitação do poder fosse visto como o princípio liberal por excelência” (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 239).

¹⁴¹ Jorge Miranda, *Constituições políticas de diversos países*, ..., p. 53.

¹⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 14.

pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene¹⁴³». A Constituição Francesa também seguiu essa mesma linha. Assim nasceu, positivado, o princípio da legalidade.

Mas é interessante anotar que o princípio da legalidade no Estado Liberal tinha uma conotação diferente da que tem hoje, pois tentava conciliar a submissão da Administração Pública à lei, com o poder discricionário. Esta concepção ficou conhecida como da *vinculação negativa da administração*. Isso queria dizer, basicamente, duas coisas: que a Administração poderia fazer tudo o que a lei determinasse e tudo o que ela não proibisse. A consequência natural dessa idéia é que haveria uma larga faixa de atuação desvinculada da lei e de qualquer controle judicial, pois, entendida como discricionariedade, não se submetia à apreciação do Poder Judiciário.

Já em meados do século XIX começaram as reações ao Estado Liberal e também esse princípio começou a sentir uma mudança de concepção.

Insuficientes os postulados de igualdade e liberdade formais para manter o Estado Liberal, que afundava na forte desigualdade social, surge o Estado Social, trazendo uma nova temática: o intervencionismo estatal. O rol de atividades exercidas pelo Estado cresceu espantosamente. Consolidou-se a burocracia. Entre os direitos individuais e as prerrogativas públicas, o peso ficou com esta última. O princípio da legalidade ganhou novos contornos com a influência do positivismo jurídico¹⁴⁴, passando a significar que a Administração só pode fazer o que a lei determina, e a abranger agora toda a atividade administrativa. Concebe-se, desse modo, a teoria da *vinculação positiva da Administração pela legalidade*, princípio, hoje, universalmente aceito¹⁴⁵ e que vem significar a submissão plena da Administração Pública à lei e ao Direito, de modo que se uma ação administrativa não tem por base uma previsão normativa não é válida, ou, em outros termos: a ação administrativa não apenas está limitada pelo Direito, mas sim condicionada à existência de previsão legal para sua atuação, devendo, para ser legítima, a ela se conformar.

¹⁴³ Jorge Miranda, *Constituições políticas de diversos países...*, p. 52.

¹⁴⁴ Segundo García de Enterría e Fernández (*op. cit.*, p. 374), foram o Kelsenismo e, dentro do Direito Administrativo, Merkl, que desencadearam as primeiras reações sistemáticas contra a explicação deficiente da legalidade da Administração, uma vez que a teoria kelseniana não admite nenhum poder jurídico fora da construção normativa escalonada, ou seja, sem que haja uma atribuição normativa precedente.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 374.

Mesmo essa concepção do Estado Social, que tudo abarca, tudo resolve, tudo promove, não conseguiu resolver os problemas sociais, e fez inchar a estrutura estatal. Surge então um novo conceito e uma nova adjetivação, o “democrático”, que vem somar-se para garantir a participação popular nas decisões e controle estatais. Essa denominação de “Estado Democrático de Direito” não o qualifica apenas pela participação popular, busca também resgatar o ideal da justiça material.

De tudo, ficou o princípio da legalidade como legado para a sociedade, e este é tão caro em nosso Direito que Francisco de Assis Munhoz¹⁴⁶, comentando o art. 5º, II da Constituição de 1988, chega a defender que este é o “princípio aglutinador do sistema jurídico”, vez que ele traz a certeza de que a soberania outorgada ao Estado será exercida por este, sempre nos termos da lei, pois também o Estado a ela se submete. Eis o que dispõe o citado artigo da nossa Constituição: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Luís Roberto Barroso expõe que o princípio da legalidade, apesar de pouco explorado pela doutrina nacional, “manifesta-se sob duas formas diversas, que constituem, na verdade, dois princípios autônomos: o da preeminência da lei e da reserva da lei. Embora remontando à mesma raiz, cada um deles traduz idéia substancialmente diversa.”¹⁴⁷ O primeiro deles traduz uma idéia de hierarquia das fontes normativas, de submissão e respeito à lei, e atuação dentro dos limites nela impostos; enquanto o segundo envolve questão de competência, querendo expressar que a regulamentação de certas matérias há de ser feita obrigatoriamente por meio de lei formal.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que “o princípio da legalidade é o específico do Estado de Direito, é justamente aquele que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, [...]”.¹⁴⁸ O autor defende ainda que o princípio da legalidade contrapõe-se a todo e qualquer agir arbitrário e poder autoritário do governo, e tem como origem a idéia de soberania popular, uma vez que as leis são editadas por um corpo de representantes do povo e a

¹⁴⁶ Francisco de Assis Munhoz, “O Princípio da Legalidade no Sistema Constitucional e no Sistema Tributário”, *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 7, nº 26, jan./mar., 1999, p.150.

¹⁴⁷ Luís Roberto Barroso, “O Princípio da Legalidade — delegações legislativas, poder regulamentar — repartição constitucional das competências legislativas”, *BDA*, ano XIII, nº 1, jan./1997, p. 16. Com a mesma defesa, José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 368 e ss.

¹⁴⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 56.

atuação do Executivo nada mais seria senão a concretização desta vontade geral. É da raiz de soberania popular que o autor deságua no viés que exalta a cidadania.

Para Di Pietro, na base de tão importante princípio estão as idéias da separação de poderes e a de que somente a lei representa o poder legítimo, pois traduz a vontade do povo¹⁴⁹. Isso, tomado por uma visão parlamentarista, certamente acarreta a prevalência do Legislativo sobre os demais poderes. Aos Poderes Executivo e Judiciário restaria a aplicação da lei. Retirou-se do Executivo o poder regulamentar inovador. Ao Judiciário caberia o controle dos atos realizados pelo poder público.

E, na mais tradicional das lições, é bastante reproduzir os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa *pode fazer assim*; para o administrador público significa *deve fazer assim*.”¹⁵⁰

Germana de Moraes traz significativa atualização ao princípio da legalidade ao indicar que ele, em sua versão estrita, não se mostrou suficiente para conter os abusos da Administração no Estado Social nem os excessos dos legisladores. O princípio da legalidade passa, então, a partir da constitucionalização de princípios gerais do Direito, a conter um novo sentido: “de *legalidade constitucional*, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e de *juridicidade*, ao ordenar e regular o Poder Executivo [...]”.¹⁵¹ O primeiro conteúdo busca no Legislativo uma superação da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, enquanto o segundo busca a limitação do poder administrativo pela sua adequação ao Direito, decomposto em regras e princípios (princípios constitucionais e princípios gerais do Direito).

Dentre os estrangeiros mais modernos, Enterría e Fernandez¹⁵² entendem que o princípio da legalidade se expressa de uma forma técnica específica, qual seja, atribuindo potestades à Administração. Com isso querem dizer que toda atividade administrativa apresenta-se como exercício de um poder previamente atribuído pela lei, por ela delimitado e construído. Afirmam que a potestade não decorre de nenhuma

¹⁴⁹ Cf. Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* ..., p. 18.

¹⁵⁰ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 82 (grifos do autor).

¹⁵¹ Germana de Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 23 (grifos no original).

¹⁵² Dos autores é ainda a afirmação: “A legalidade define, pois, e atribui, com normalidade, poderes à Administração. A ação administrativa é o exercício de tais poderes, exercício que criará, modificará, extinguirá, protegerá, exercerá relações jurídicas concretas. A dinamicidade inacabável da vida administrativa tem sua causa neste mecanismo técnico.” (Enterría e Fernandez, *op. cit.*, p. 381).

relação jurídica, mas diretamente do ordenamento jurídico, e que a ela não corresponde nenhum dever positivo ou negativo, mas sim simples sujeição (vantajosa ou desvantajosa) de outros sujeitos (todos os cidadãos) a suportar sobre suas esferas os efeitos do exercício da potestade. É justamente por causa da origem legal dessas potestades que os autores a deduzem como inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e inesgotáveis. Consideram-nas como técnica da Teoria Geral do Direito¹⁵³. Ao particularizá-la ao caso da Administração, ela se encontraria especialmente limitada e condicionada pelo princípio da legalidade. E continuam nesse viés até afirmarem que, para que os regulamentos não concluam em abuso, os limites da potestade regulamentária e, em particular, a reserva de matéria à lei, são a única garantia para que essa possibilidade não ocorra.

Já Rafael Entrena Cuesta¹⁵⁴ afirma que há técnica para a realização deste princípio, e as enumera da seguinte forma: 1º) a Administração se submete à lei em sentido estrito, porque há matérias reservadas à competência do Poder Legislativo que vinculam a Administração; 2º) porque se estrutura uma ordem hierárquica das fontes, que tem de ser respeitada quando da produção das normas administrativas; 3º) proíbe-se à Administração alterar, mediante atos singulares, o estabelecido em disposições dadas pela lei; 4º) a Administração tem obrigação de perseguir em todas as suas ações o interesse público; 5º) se a Administração descumprir qualquer dos princípios citados o ato viciado fica sujeito à invalidade; 6º) por fim, se a Administração causar dano ao particular fica sujeito a indenizar, ainda que tenha agido conforme o Direito.

Prosper Weil, analisando o Direito Francês, afirma que toda a atividade dos órgãos administrativos se rege pelo princípio da legalidade, mas este tem duas exceções¹⁵⁵: a teoria dos atos de governo e o poder legislativo do Executivo¹⁵⁶. Os atos de governo representam uma questão de sobrevivência do Estado e não estão submetidos à apreciação do Poder Judiciário. O segundo é mais perigoso que o primeiro, porque “ao passar da concepção política, baseada na hierarquia de órgãos, à

¹⁵³ “A figura da potestade não é exclusiva da Administração” (*Idem*, p. 383).

¹⁵⁴ Cf. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I/1, 12. ed., Editora Tecnos, p. 140-2.

¹⁵⁵ Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1977, p.110-9.

¹⁵⁶ Com o crescimento no Brasil da idéia das agências reguladoras, que deteriam especial conhecimento técnico sobre as matérias correspondentes às áreas de sua atuação, a doutrina tem discutido acerca da possibilidade legal destas editarem normas que disciplinariam a atuação das empresas em diversos setores. Consideramos que o tema merece estudo mais aprofundado que não cabe no âmbito deste trabalho. Remetemos, contudo, o leitor para o item V.5.1, onde há uma rápida análise sobre o tema do poder normativo do Poder Executivo.

concepção técnica da hierarquia das normas, o direito francês abriu uma brecha terrível, se bem que excepcional, na submissão do executivo ao direito.”¹⁵⁷

No Direito Brasileiro, a doutrina não aceita o regulamento autônomo, portanto, todo e qualquer ato normativo do Poder Executivo tem de ser pautado na lei.

IV.5 - O Estado de Direito e Social e o desprestígio das leis

Não sem razão, Silvio de Macedo¹⁵⁸ aponta a burocracia como uma das causas da atual crise do Direito. A burocracia distorceria, criaria obstáculos e retiraria o efeito próprio da lei, deformando-a ou transformando-a em letra morta.

Conseqüência da forte identificação entre poder e Direito, ou seja, porque a ideologia do poder é a ideologia supostamente dominante, porque o sistema jurídico legitima o poder, ou porque, no mais das vezes, a vontade jurídica serviria ao capital em vez de impor o seu domínio¹⁵⁹, muitos acreditam que o Direito é um mero instrumento do poder.

Contribui para o seu desprestígio o fato das leis contemplarem as camadas sociais mais pobres, mas para elas nunca se realizarem. Ficam no papel. Representam uma espécie de “repositório de consolação”.¹⁶⁰

No plano econômico, a força do capital impõe suas exigências, independentemente da vontade jurídica capaz de expressá-las, explicando o fenômeno da desobediência das leis, especialmente quando se trata de grandes empresas de capital transnacionais, anteriormente já referidas, cujo processo é agravado por outro fenômeno que é a globalização.

As leis surgem para suprir as necessidades sociais, mas esbarram no poder. Por isso o desrespeito e o desprestígio das leis, porque nem sempre expressam os anseios sociais, e sim interesses do poder.

Por outro lado, a ciência evoluiu consideravelmente nesse último século, e hoje nos deparamos com situações até bem pouco tempo impensadas, como a clonagem de seres e órgãos vivos, a reprodução assistida, a invasão da comunicação na vida privada,

¹⁵⁷ Prosper Weil, *op. cit.*, p. 110 e ss.

¹⁵⁸ Cf. Silvio de Macedo, “A Crise do Direito”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 2, nº 3, jan.-mar./1978, 211-215, p. 213.

¹⁵⁹ Cf. Eduardo Silva Costa, “O Desprestígio das leis”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, nº 82, abr.-jun./1984, p. 87-92.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 89.

e outros tantos exemplos a citar. Permitir ou proibir? Qual a medida exata? A lei não dá resposta satisfatória às situações-problemas que daí derivam. O positivismo progressista, que aspiraria adiantar o futuro, constata impacientemente que a norma jurídica tem ficado sempre aquém.

Outro aspecto a se considerar está no fato de haver uma descontrolada produção normativa. A lei tenta abarcar todas as matérias, todas as relações sociais, tudo que se passa na vida civil, daí a sua grande proliferação. Esse abuso de proliferação das leis guarda relação com a função do Estado-Providência.

O Estado de Direito, em sua ideação original, previa uma minimização da interferência governamental na vida da sociedade, mas não foi o que ocorreu faticamente nos dois últimos séculos. É essa crise do Estado de Direito que tem colocado também em xeque todas as Constituições modernas¹⁶¹, gerando uma crescente insatisfação com os seus termos, o que provoca uma contínua reforma desses diplomas, cuja vigência cada vez mais se reduz.

O Estado de Direito e o Estado Social são distintos em suas origens. Aquele resultou das lutas da burguesia contra o Estado; este foi fruto das lutas que a sociedade industrial fez desencadear contra o mesmo Estado. O primeiro é essencialmente abstencionista, o segundo, essencialmente intervencionista. No Estado de Direito os valores mais importantes são a vida, liberdade individual e a propriedade. No Estado Social a preocupação está no pleno-emprego e na força de trabalho das camadas socialmente mais frágeis.

Há quem imagine a impossibilidade de convivência harmônica entre esses dois tipos de Estado. E quem a condene. Acreditamos que a melhor solução está em retirar de cada experiência jurídica o que nela há de positivo. Portanto, parece-nos que melhor seria entender como forma atual mais evoluída de Estado um Estado Social de Direito, pois o termo *social* qualifica o Estado, expõe a sua busca por um bem-estar social, o seu entender o sujeito como parte de um grupo maior e coletivo, enquanto que o termo *de Direito* significa a exigência de editar normas por meio de um Poder que representa a soberania popular a que todos devem se submeter, inclusive o próprio Estado.

Mas é o momento de Estado intervencionista que vivemos, que paradoxalmente traz um descontrolado processo de fabricação de leis, capazes de deixar qualquer cidadão confuso e atônito, sem saber, dentre tantas, qual lei aplicar. E, portanto, é o

¹⁶¹ Cf. Cotrim Neto, “A Crise do Estado de Direito e Social e a Constituição Federal”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 113, jan.-mar./1992, 15-24, p. 16.

defrontar com situação de perplexidade que faz os juristas contemporâneos, diante dos problemas oriundos da hipertrofia do Estado, pensar em questões como a crise do Estado de Direito e trazer à evidência o estrangulamento de instituições democráticas tão caras à formação ocidental.

É interessante notar que, aos poucos, o Estado-empresendedor vem sendo substituído pelo Estado-regulador. Esse último tipo supõe o intervencionismo em função de situações complexas, como pressão demográfica, saturação tecnológica, consumo, saúde, educação, entre outras. O Estado passa a dar as regras e controlar a ação de terceiros em atividades nas quais até então atuava direta, e quiçá, exclusivamente.

A crise da legalidade se exprime especialmente no feito de normas fragmentárias¹⁶², de maneira irregular e colidente com outras leis, o que resulta no desajustamento do complexo normativo.

IV.6 - A Constituição como equilíbrio do sistema

Gilmar Ferreira Mendes¹⁶³ fala do desprestígio das leis causado pela ausência de controle e aferição de legitimidade dos atos normativos editados pelo Poder Executivo, que muitas vezes extrapola o poder normativo.

Acreditamos que outros fatores somam-se para contribuir para o desprestígio das leis, como já citado acima, ou seja: a descontrolada produção legislativa, a interferência de poderes extrajurídicos na produção das mesmas, sua produção irregular e fragmentária e sua constante alteração e o desligamento da idéia de justiça.

Caindo a lei no descrédito, qual será o norte?

Sabe-se que o sistema de direito positivo é essencialmente dinâmico, pois contém regras e procedimentos a serem observados tanto para a sua produção quanto para sua modificação. Ele é constituído por normas jurídicas que se inter-relacionam,

¹⁶² Afonso Arinos de Melo Franco defende esse ponto de vista em seu trabalho: “Crise do Direito e Direito da Crise”, *Revista Forense*, v. 142, ano 49, fascículos 589 e 590, jul.-ago./1952, p. 14-19. Sugere como solução o uso do planejamento como forma superior e sistemática de intervencionismo. Quanto à crise do Direito, esse autor entende que esta não se manifesta em sua elaboração, mas em sua aplicação. Partindo desse ponto, considera como pontos principais a crise do individualismo jurídico (individualismo é superado pela prevalência do social) e da legalidade.

¹⁶³ Gilmar Ferreira Mendes “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n° 134, abr.-jun./1997, p. 11-39.

cuja implicação se reflete, nesse mesmo sistema, nas relações de coordenação e subordinação.

Em nosso sentir, como já dito, essa unidade sistêmica é alcançada porque existe uma norma fundamental que lhe serve de base. Assim sendo, a norma fundamental do sistema jurídico de um determinado Estado é aquela que lhe dá identidade, que regula a forma de governo, que distribui as competências, que define os princípios regedores, que, enfim, define-o e o organiza. Essa norma fundamental, dentro do limite territorial de um Estado¹⁶⁴ é a Constituição.

É a Constituição que traz a unidade, de onde as demais normas devem buscar fundamento de validade. A norma hierarquicamente inferior deriva de outra que lhe é superior, e assim sucessivamente, até chegar no ápice da pirâmide onde se encontra a Constituição. Com ela nenhuma norma pode colidir, sob pena de invalidade.

A supremacia da Constituição¹⁶⁵ decorre de sua origem. Traz em si a diferença entre poder constituinte e poderes constituídos. Tendo como fonte um poder inicial, incondicionado, autônomo, e que institui os demais poderes e não é instituído por nenhum outro — por isso mesmo denominado poder constituinte —, é inegável que a Constituição está acima de todas as normas elaboradas pelos órgãos por ela constituídos.

É nesse sentido que se pronuncia o professor Nelson Saldanha¹⁶⁶, para quem a supremacia da Constituição é um ponto de referência dentro do ordenamento. E mais ainda, afirma que a vida desse ordenamento depende da Constituição.

A Constituição, além de ser o vínculo estrutural entre o Direito e a Política, é também o subsistema mais importante do sistema jurídico e, principalmente, o mecanismo através do qual o sistema jurídico reage à própria autonomia, sendo o meio idôneo para substituir fundamentos externos, tais como o Direito Natural¹⁶⁷. Na lição de

¹⁶⁴ Jorge Antonio Ioriatti Chami afirma que: “O Poder do Estado de Direito, assim, não vem a ser uma força arbitrária, mas sim institucionalizada, por um dado sistema jurídico, que tem em seu ápice a constituição (Estado Constitucional). Seria esta uma concepção jurídica desse Poder constituído, exercendo suas atribuições segundo as diretrizes pré-fixadas na norma constitucional, de forma soberana, ou seja, expressando sua supremacia na ordem interna, bem como exercendo a representação do Estado, na ordem externa, perante outros Estados que possuem igual poder (‘status’)”. (“A legalidade no Direito Administrativo”, *in*: Renata Porto de Adri Rosa et al., *Princípios informadores do Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, 1997, p. 93).

¹⁶⁵ Sobre o tema remetemos o leitor para o Capítulo I, item I.6.

¹⁶⁶ Cf. Nelson Saldanha, *Formação da Teoria Constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 146.

¹⁶⁷ Cf. Marcelo Neves, *op. cit.*, p. 66.

Marcelo Neves “[...] a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional.”¹⁶⁸

Concordamos com Clèmerson Clève quando define o significado de “lei” no Estado brasileiro¹⁶⁹ e defende que é necessário haver um controle mais rígido dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário, buscando-se alternativas para realizar os desígnios constitucionalmente determinados. Fala especificamente dos excessos cometidos pelo Poder Executivo por meio dos regulamentos e por causa da omissão legislativa. Afirma que a confiança, a princípio depositada na lei, transferiu-se para a Constituição e também para a jurisdição constitucional, e, afinal, conclama a todos a que busquem realizar a Constituição, dizendo que “uma nova consciência jurídica precisa nascer, especialmente comprometida com a Constituição e com os seus valores”. Diz que o norte é a “defesa intransigente da Lei Fundamental contra a tendência da fraude constitucional e da inércia inconstitucional”.¹⁷⁰

Parece mesmo razoável admitir que aplicar a lei a toda força a fim de preservar o princípio da legalidade pode acarretar uma ofensa maior à Constituição, ou quiçá, se deliberado o propósito, incidir em fraude à Constituição e à sua supremacia — princípio insito do sistema —, sob o pretexto de estar cumprindo a lei. Ora, burla a Constituição aquele que deixa de cumprir suas normas e princípios. O princípio da legalidade não pode ser avaliado através de uma lente míope. Este princípio somente se realiza quando atende, por primeiro, aos desígnios constitucionais.

Nesse contexto, o Direito Administrativo é um subproduto do sistema maior denominado Direito Positivo. E se o Direito Positivo tem os seus princípios informadores expressos (expressa ou implicitamente) na Constituição, o Direito Administrativo, como parte de um todo, com ela também se conforma.

A Constituição Brasileira dispõe sobre matéria administrativa, particularmente no seu Título III, Capítulo VII, nos arts. 37 e seguintes. Essa regulamentação do Direito

¹⁶⁸ *Idem*, p. 67.

¹⁶⁹ São suas palavras: “De qualquer maneira, para o Direito Constitucional brasileiro a lei configura sempre um mecanismo de criação do direito decorrente da atividade do Estado. Não há lei sem atividade do Estado. A lei é, necessariamente, ato que decorre do exercício da função legislativa exercida pelo Poder Legislativo propriamente dito — Congresso Nacional — ou, eventualmente, por outro poder, como é o caso do presidente da República (leis delegadas ou medidas provisórias)”. E mais adiante: “É realmente inusitado constatar que o processo de democratização pelo qual passa o Estado contemporâneo acaba conduzindo os juristas à criação de teorias positivistas do direito, ou seja, cada vez menos a lei está ligada a um determinado pressuposto de ordem material, e cada vez mais seu regime independe de seu conteúdo.” (Clèmerson Merlin Clève, “A Lei no Estado Contemporâneo”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, nº 21, out.-dez./1997, p. 124-138).

¹⁷⁰ *Idem*, p. 138.

Administrativo em nível constitucional espraia seus princípios e obriga a todos que realizam atos administrativos a agir observando o ali disposto. Mas não apenas isto, pois entendemos que os princípios mais gerais e informadores do sistema constitucional também obrigam a Administração. Explico: ao agir, ou ao decidir, o Administrador Público há de buscar os fins expressos ou implícitos na norma, sob pena de incidir em desvio de poder¹⁷¹, suscetível de controle pelo Poder Judiciário. A finalidade a ser alcançada, ou seja, o interesse público, certamente há de ser interpretado buscando seu sentido no tipo de Estado que foi eleito na Constituição que, no caso brasileiro, como já mencionamos antes, inspira-se nos princípios informadores do Estado Social e Democrático de Direito. Assim sendo, as escolhas administrativas não de ser tomadas dentro dos limites legais com o fim de fazer realizar os valores democráticos de participação do cidadão, buscar a eliminação da desigualdade social, proporcionar a realização dos Direitos Fundamentais de seus cidadãos, tornando realizável o direito à saúde, à educação, entre outros.

Se administrar é aplicar a lei, e ao aplicar a lei é necessário interpretá-la, até mesmo para verificar se há alguma discricionariedade ou se há total vinculação do ato à norma, é forçoso afirmar que o Administrador, no seu mister de aplicar a lei de ofício, está obrigado a interpretá-la¹⁷². Ao interpretar a norma deve buscar a unidade e coerência do sistema. Ao decidir e executar o ato está limitado, no mínimo, pelos princípios da legalidade, moralidade, finalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, todos constitucionalmente dispostos. E ainda pelos princípios informadores do sistema jurídico que formam o Direito Positivo Brasileiro, do qual a Constituição é a norma fundamental.

Há inclusive quem, inspirado nos ensinamentos de Peter Häberle, e tendo como pano de fundo a participação popular no Estado democrático, defenda procedimentos para o alargamento da abertura hermenêutica da Constituição, argumentando que “de

¹⁷¹ Sobre desvio de poder, vide, por exemplo: Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo* ..., p 231 e ss.; José Cretella Jr., *Controle jurisdicional do ato administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 44 e ss.; Caio Tácito, “Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 4/1993, p. 31-9.

¹⁷² Limongi França, em sua *Hermenêutica jurídica* (7. ed., Saraiva, 1999, p. 22), afirma que a máxima “*in claris cessat interpretatio*” não é verdadeira. Para afirmar isso, se vale do art. 4º do Código Civil (de 1916) que, admitindo a omissão da lei, permite o uso da analogia, do costume e dos princípios gerais de Direito. Disso deduz que o legislador já consagrou o trabalho interpretativo do Poder Judiciário.

nada adiantaria ostentar esse título de nobreza se lhes fosse vedado o processo de tradução da vontade constitucional”.¹⁷³

É, portanto, forçoso admitir que a Constituição é a norma superior do sistema jurídico brasileiro, e que o Direito Administrativo é um subproduto desse sistema e, como tal, a ela lhe deve total e incondicionado respeito.

IV.7 - A legalidade no Direito Administrativo — qual a relação com a Constituição?

A lei, por si só, já goza de presunção de constitucionalidade uma vez que foi editada pelo poder competente e eleito para tal fim, por ter sido editada segundo o processo legislativo e por passar pelo controle preventivo de constitucionalidade. É porque se submete a esse controle prévio, e também porque as leis são editadas pelas Câmaras Legislativas — as quais são formadas pelos representantes do povo, eleitos com o fim de criar as leis a que todos se submeterão (inclusive o próprio Estado) —, que elas gozam de tal presunção.

Mas, como sabido, se insuficiente o sistema de defesa preventivo, para ser extirpada a norma inconstitucional é necessário que passe por um processo especial que a retire do ordenamento jurídico, diferentemente daquele ordinário a que se submetem todas as normas vigentes (lei posterior revoga a anterior). Esse processo especial é o controle de constitucionalidade das leis, que, no caso brasileiro, é confiado ao Judiciário.

Também os atos administrativos, e dentre eles os atos normativos editados pelo Poder Executivo, gozam de presunção de legitimidade. Sabe-se, porém, que em muitos casos o Poder Executivo extrapola esses limites impostos constitucionalmente (art. 84, III e IV da CF/88) e edita normas que inovam o ordenamento, criando, extinguindo ou modificando direitos. No entanto, é mais que sabido que o sistema brasileiro não admite o regulamento e o decreto autônomos¹⁷⁴.

¹⁷³ Esta a opinião de Inocêncio Mártires Coelho, em seu “As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, nº 137, jan.-mar./1998, p. 157-164.

¹⁷⁴ Vide Luís Roberto Barroso (“O Princípio da Legalidade — delegações legislativas, poder regulamentar — repartição constitucional das competências legislativas”, ..., p. 15-28); Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo* ..., p. 182 e ss.); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 74 e ss.), entre outros.

Aliás, Celso Antônio Bandeira de Mello, tem uma passagem particularmente elucidativa (invocando também os ensinamentos de Pontes de Miranda), no qual defende que o Executivo não pode inovar ao editar regulamentos, uma vez que a Constituição determina que é seu dever editar regulamentos *para o fiel cumprimento da lei*, como abaixo transcrevemos¹⁷⁵:

Por tudo quanto se expôs resulta óbvio que são inconstitucionais as disposições regulamentares produzidas na conformidade de delegações disfarçadas, resultantes de leis que transferem ao Executivo o encargo de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas. Tal perigoso vício é especialmente vitando e contra ele adverte Pontes de Miranda, ao averbar: 'Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada. Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a ela, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais ou escondê-las ou limitá-las... Onde o Executivo poderia conferir ou não direitos, ou só os conferir segundo critério seu ou parcialmente seu, há delegação de poder'.

Ainda outro problema enfrenta o princípio da legalidade diante da denominada Reforma do Estado por que passa o Brasil nos dias atuais, qual seja, a crescente busca da eficiência acima de tudo. Este é o particular alerta de Di Pietro, que analisa a disseminação de privatizações buscadas na Administração Pública brasileira como uma forma de fugir da rígida regra obtida no regime jurídico administrativo. Por isso tantos taxam a Administração Pública de retrógrada, emperrada e ineficiente, mas em vez de serem buscados meios jurídicos de flexibilizá-lo, simplesmente criam formas paralelas à margem desse Direito, como se o Direito Positivo fosse “bom como fachada” e “ruim como direito aplicado”¹⁷⁶. Lembra ainda, a autora, que os governantes atropelam a lei a todo o momento em busca de gestão eficiente, mas que essa “eficiência” inserida como princípio constitucional não destrói os demais, ao contrário, deve ser compatibilizada com os outros princípios que regem a administração pública, tais como a legalidade, a moralidade, impessoalidade, o interesse público. Ou seja, a eficiência não é um princípio absoluto e não se confunde com a eficiência das organizações privadas. O Estado de Direito não subsiste sem o princípio da legalidade. Defende então que sejam

¹⁷⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, “Poder regulamentar ante o princípio da legalidade”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 4/1993, 71-78, p.77.

¹⁷⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro *Parcerias na Administração Pública*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 1999, p. 227.

realizadas as necessárias alterações legais e constitucionais para viabilizar a modernização e a eficiência da administração pública, mas *sempre* dentro da Lei.

Há necessidade, pois, de rever o conteúdo do princípio da legalidade a fim de reformulá-lo para que passe a conter não apenas o respeito às regras jurídicas, mas também e principalmente, a compatibilização destas com os princípios gerais de Direito, princípios esses se apresentam constitucionalizados e que se traduzem em respeito à moralidade, eficiência, publicidade, impessoalidade, proporcionalidade, entre outros.

Pois bem, cabe agora responder às primeiras perguntas desse capítulo sobre o que efetivamente deve ser o princípio da legalidade para a Administração.

Pelo exposto, entendemos que não há legalidade conflitante com a Constituição e que a Constituição é a norma fundamental, portanto o pilar do sistema jurídico brasileiro, a vida mesma dele, onde se deve retirar fundamento para a validade das demais normas e atos administrativos públicos.

E esta obediência do Administrador à Constituição e a seus princípios nada mais é que decorrência do fato de ser o Direito Administrativo uma parte do todo denominado sistema jurídico brasileiro, no qual a Constituição tem a supremacia imposta e garantida pelo sistema, sendo ela a fonte de todas as demais normas. Portanto, impossível conceber o Direito Administrativo segregado do sistema jurídico como um todo, nem é possível separá-lo da Constituição. Aliás, aquele tem uma íntima e forte relação com este, vez que é a própria Constituição que traz suas vigas mestras, impondo a observância de princípios e dispendo sobre a forma de organização do Estado, as competências do presidente da República, a iniciativa de lei, entre outros aspectos e competências deveras relevantes.

O princípio da legalidade é, desde quando no art. 1º da Constituição de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático de Direito*, o princípio basilar, o princípio-chave de todo o sistema jurídico nacional. Ou seja, não pode haver criação, extinção ou modificação de direitos sem que tenha sido previamente determinado por lei, e por lei que se conforme com a Constituição, em outras palavras, que tenha sido editada respeitando-se o processo legislativo, que seja materialmente compatível com as determinações constitucionais. Do mesmo modo, os atos que dêem execução também estão obrigados a serem conformes com a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

O princípio da legalidade não está, pois, somente em dar aplicação à lei, mas sim em respeitar e dar execução às determinações constitucionais, *sempre*, sejam elas regras

ou princípios. A regra há de ser sempre esta: primeiro a obediência à Constituição, depois às normas infraconstitucionais.

CAPÍTULO V

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Sumário: V.1 - A separação de poderes enquanto princípio — antecedentes históricos V.2 - Montesquieu e o Espírito das Leis V.3 - O poder — significado e técnicas de controle V.4 - Os três poderes como órgãos do Estado V.5 - Separação... ou independência e harmonia? V.5.1 - O Executivo e o Legislativo V.5.2 - O Executivo e o Judiciário V.5.3 - O Legislativo e o Judiciário V.6 - O significado dos freios e contrapesos — não há separação, mas divisão V.7 - A CF de 1988 e a atuação do Judiciário Brasileiro V.8 - Repensando o princípio da separação de poderes

V.1 - A separação de poderes enquanto princípio — antecedentes históricos

Somente a partir do Renascimento surge, com a idéia de separação dos poderes, a efetiva separação entre as funções legislativas, administrativas e judiciárias.

Numa retrospectiva histórica até o absolutismo¹⁷⁷, é possível observar que as transformações econômicas que aconteceram no Século XVIII justificaram o anacronismo da teoria da soberania¹⁷⁸, que cederia abrindo passagem para a construção do princípio da separação de poderes.

Não parece ter sido obra abstrata de um autor a criação do princípio da separação de poderes. E não foi Montesquieu¹⁷⁹ o primeiro a falar em divisão de funções. Bem antes, já Aristóteles, em sua obra *A Política*, distinguia três poderes: Deliberante, Executivo e Judiciário. Na Idade Média podemos destacar as figuras de São Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua. Também Locke, em fins do Século XVII,

¹⁷⁷ Cf. Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 145 e ss.

¹⁷⁸ A idéia de soberania está ligada ao fortalecimento do poder do monarca e à independência do Estado moderno.

¹⁷⁹ Isto é o que afirmam Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional ...*, p. 117; Artur Machado Paupério, *Teoria Geral do Estado ...*, p. 241 e ss.; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 16. ed., Malheiros, 2000, p. 119-120; entre outros.

em seu *Segundo Tratado do Governo Civil*, constrói sua idéia-base de distribuição de poderes do Estado.¹⁸⁰

A separação de poderes foi, antes de tudo, fruto da experiência histórica e constitucional da Inglaterra, com a intenção de impor limites ao poder real¹⁸¹. A técnica de limitação do poder pode ser observada ao longo da história Inglesa¹⁸², em 1653, no “*Instrument of Government*” de Cromwell, e ainda no “*Bill of Rights*”, de 1689.

O grande mérito da doutrina de Montesquieu — francês que fez sua obra *O Espírito das Leis*¹⁸³ inspirado no sistema constitucional e de divisão de poderes inglês — não estava no fato de identificar funções especiais, mas sim em demonstrar, de forma clara, que cada um dos poderes deveria exercer funções distintas e, ao mesmo tempo, que sua atividade representasse uma forma de contenção e controle dos demais poderes. É o início do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

A separação de poderes, especialmente sob a influência da obra de Montesquieu, tomou seu espaço nas constituições. Tanto assim que o art. 16 daquela Declaração de 1789 afirma que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a *separação dos poderes* não tem Constituição.”¹⁸⁴

Os Estados Unidos foram os primeiros a adotá-la, na Constituição de Virgínia de 1776, e em sua própria Constituição em 1787. O mais interessante é que este princípio não se encontra proclamado naquela Carta Magna, mas foi adotado de forma plena, pela distribuição de competências, de modo que aquela Constituição não pode ser entendida sem aceitá-lo plenamente. Afirma Bernard Schwartz¹⁸⁵ que a doutrina da separação dos poderes tornou-se a pedra angular da estrutura política criada em 1787.

Foi o temor do povo à subjugação a um poder indiscriminado e arbitrário que fez disseminar o germe de tal princípio em praticamente todas as constituições do Ocidente, e esta é, ainda hoje, a base da organização do governo nas democracias ocidentais. Concomitantemente, a lei passou a significar a representação da vontade geral, propiciando o surgimento do Estado de Direito, que tem como fundamentos a liberdade

¹⁸⁰ Sobre a origem histórica do princípio, vide José Luiz de Anhaia Mello, *Da Separação de Poderes à guarda da Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

¹⁸¹ Não somente os ingleses, mas também outros povos sofreram com o arbítrio real. Temos o exemplo francês: — “*L'État c'est moi*” — é a celebre frase atribuída a Luís XIV, que bem expressa o Absolutismo.

¹⁸² Há outros documentos importantes a serem citados, tais como a *Magna Carta* (1215), *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Act of Settlement* (1707).

¹⁸³ Nesse trabalho utilizamos a obra de Montesquieu traduzida para o português (*O Espírito das Leis*, trad. Pedro Vieira Mota, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1999).

¹⁸⁴ Jorge Miranda, *Constituições Políticas de Diversos Países*, 2. ed., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1975, p.53 (grifo nosso).

¹⁸⁵ Cf. *Direito Constitucional Americano*, trad. Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 19.

dos cidadãos, a legalidade, o controle judicial dos atos praticados pelo poder público, a igualdade e uma concepção material do Direito, tornando-o próximo da concepção de justiça.¹⁸⁶

Dele deduzimos que foi a necessidade de evitar o arbítrio que levou ao Estado de Direito. Nesse princípio, a lei encontra guarida para limitar o poder do soberano e passa a representar a legítima vontade popular, vinculando a Administração e mantendo uma íntima relação com a idéia de justiça.

Nesse contexto, a separação de poderes teve importância fundamental como técnica de impor limites ao poder, pois o poder, ainda que uno enquanto soberania, ao ter sua distribuição fragmentada por meio da atribuição de funções a órgãos diversos, foi capaz de enfraquecer a arbitrariedade, contendo-a especialmente por meio de controles recíprocos.

V.2 – Montesquieu e o *Espírito das Leis*

É interessante para o tema observar as posições tomadas por Montesquieu, em sua clássica obra *O Espírito das Leis*, publicada originalmente em 1748.

Para Montesquieu a lei é uma necessidade da sociedade e da nação, criada para traçar os relacionamentos dos cidadãos entre si, dos governantes e governados, e dos povos entre si. É para equilibrar o estado de “guerra”, que se instaura com a vida em grupo social, que devem existir leis; porque os homens, quando em sociedade, deixam de lado a igualdade que existia entre eles e procuram desviar a seu favor os benefícios de cada sociedade.

Por isso, em seu Livro Décimo Primeiro daquela mesma obra, o autor afirma o seguinte¹⁸⁷:

Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites.

Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita.

¹⁸⁶ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa ...*, p. 14.

¹⁸⁷ Montesquieu, *op. cit.*, p. 165.

A lei deriva da razão humana que seria a lei geral que regeria todos os homens, por isso, as leis civil e política nada mais seriam que a aplicação desta razão a uma nação. Eis o verdadeiro espírito das leis: a lei positivada deveria ser de tal forma adequada ao povo a que serve, ou seja, compatível com os costumes, clima, e a própria vida do povo, que somente ela, nessas condições, seria uma lei verdadeira.

O autor dividiu os poderes do Estado em três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, estabelecendo suas funções: ao primeiro cabe fazer as leis para algum tempo ou para sempre, corrigir ou ab-rojá-las; ao segundo cumpre fazer a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões; e ao último o poder de julgar.

Da passagem destacada acima se pode inferir que: a) um governo somente seria bom e estável se existisse sob o império da lei; b) todo homem que detém uma parcela de poder tende a abusar dele; c) um homem com poder somente pode ser freado por outro que também detenha poder; d) para que o poder freie o poder é necessário que haja uma divisão de poderes. Por isso há necessidade de destacar o princípio da separação de poderes como técnica de limitação do poder.

Montesquieu segue, então, discorrendo sobre a boa elaboração da lei, da necessidade de que ela seja criada por um sistema bicameral, uma câmara formada por representantes do povo (Câmara Baixa) e outra pelos nobres (Câmara Alta), onde a elaboração da lei também sofreria controle mútuo, neste caso, interno. O Poder Legislativo disporia, assim, de uma dupla faculdade, da “faculdade de estatuir” (direito de ordenar por si ou de corrigir o que foi ordenado pela outra câmara) e da “faculdade de impedir” (direito de anular a disposição realizada pela outra câmara). Preconiza ainda a necessidade do Poder Executivo freiar o Legislativo por meio do veto às leis. Nesse aspecto, é possível vislumbrar, desde já, a sistema de controle recíproco entre os poderes.

Em várias passagens da obra identificamos o sistema de freios e contrapesos. Tanto é verdadeira a afirmação que Montesquieu articula que, em geral, o Poder Legislativo não pode julgar, mas demonstra três exceções: os “grandes”, ou seja, os nobres devem ser julgados pela câmara dos nobres; à câmara composta por nobres também caberia julgar se uma lei é excessivamente rigorosa, moderando os seus termos em favor da própria lei; e nos casos em que os Magistrados não pudessem ou não quisessem punir um cidadão que cometeu crimes e violou os direitos do povo.

Montesquieu ensina que um poder não pode acumular as outras funções, a não ser aquelas que lhe são próprias, e deve cumprir seu papel de freiar os demais poderes, sob pena de causar grandes males¹⁸⁸. Afirma, por exemplo, que “num Estado livre, o

¹⁸⁸ Em suas palavras: “Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.” (*op. cit.*, p. 168).

Poder Legislativo não deve ter o direito de parar o Executivo, terá o direito, e deverá ter a faculdade, de examinar de que maneira foram executadas as leis que fez.”¹⁸⁹ Assevera que, se o Executivo não tiver o direito de frear o Legislativo, este será despótico. O Executivo deveria participar do processo legislativo através de sua “faculdade de impedir”. Na lição do autor: “Sem isto, estará logo despojado de suas prerrogativas. Mas, se o Poder Legislativo tomar parte na execução, o Executivo estará igualmente perdido.”¹⁹⁰ E adiante preconiza que “o Poder Executivo, só participando da Legislação pela ‘faculdade de impedir’, não poderia entrar no debate dos negócios. Nem é necessário mesmo ele formular proposições, porquanto, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões relativas a proposições que ele desejaria não fossem apresentadas.”¹⁹¹

Dos três poderes, Montesquieu afirma que “é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois.”¹⁹² Decerto, por entender desse modo, é que desenvolveu muito mais o sistema de freios e contrapesos tomando por base o Legislativo e o Executivo, acreditando que o Poder Judiciário estaria desligado da acepção política do Estado. Deste modo não deu destaque à função reservada ao Judiciário, porque entendia que a este cabia o “Executivo das (coisas) que dependem do Direito Civil”.¹⁹³ Ora, observa-se facilmente que Montesquieu o via como um poder limitado às causas que dissessem respeito aos cidadãos entre si, sem o relevo que lhe é dado hoje pela responsabilidade de julgar as coisas e interesses públicos envolvidos na lide.

Vale a pena destacar ainda que Montesquieu reprovava a Democracia¹⁹⁴ direta e elevava a democracia indireta sobremaneira, pois entendia que o povo não deveria, nem tinha condições de participar das decisões de Governo, a não ser por meio de seus representantes eleitos, acreditando que os escolhidos deteriam mais conhecimento que a maioria, e que estes deveriam ser escolhidos para fazer leis e não para tomar resolução ativa.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 176.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 180.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 181.

¹⁹² *Ibidem*, p. 173.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 167.

¹⁹⁴ São suas as palavras: “Havia um grande vício na maioria das Repúblicas antiga: é que, nelas, o Povo tinha direito de tomar resoluções ativas, e que comportem alguma execução, coisa que ele é inteiramente incapaz.” (*Ibidem*, p. 172).

V.3 - O poder — significado e técnicas de controle

A palavra “poder” tem vários significados. Na Constituição Brasileira, Michel Temer, invocando os ensinamentos de Carlos Ayres de Britto, ensina que o vocábulo pode ser empregado em três sentidos: “(a) poder enquanto revelação da soberania (art. 1º, parágrafo único da CF); (b) poder enquanto órgão do Estado (art. 2º da CF); (c) poder enquanto função (arts. 44, 76 e 92 da CF).”¹⁹⁵

O conceito de *poder*, nos moldes em que o conhecemos hoje, deriva da noção de soberania do Estado. Daí a razão de dizer que o poder político¹⁹⁶ é uno, indivisível. A tripartição seria de funções.

Distintos são os órgãos que exercem esse poder, visivelmente expressado por meio de três espécies diferentes de atos: lei, sentença e ato administrativo. A distinção se estabelece entre os órgãos no que diz respeito ao exercício de funções, por isso mesmo, muitos autores não aceitam a denominação separação de “poderes”¹⁹⁷. Outros criticam o termo “separação” por entenderem que não há uma separação absoluta de funções, mas ao contrário, cada órgão exerce preponderantemente uma função e secundariamente as demais.

Del Vecchio, por exemplo, considera inapropriada a denominação “divisão de poderes”, acreditando que, com maior rigor, poder-se-ia chamar de “distinção das funções”¹⁹⁸.

Preferimos o termo “divisão de poderes”, e explicamos o porquê. O termo “separação” traz em seu bojo uma idéia de distribuição estanque, absoluta, separada. O vocábulo “distinção” traz em si o significado de diferença, dessemelhança, heterogeneidade, o que não contribui para encontrar a identidade do seu propósito. O termo “distribuição” não traduz a idéia de ordem, nem de especialização; enquanto que o termo “divisão” parece conter em si mesmo a noção de partes distribuídas segundo um determinado fator, neste caso a especialização de funções. Preferimos o termo “poder”, porque é termo amplamente difundido e conhecido por juristas e não-juristas, dele fazendo uso todos que querem se referir ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo,

¹⁹⁵ Michel Temer, *op. cit.*, p. 117-118.

¹⁹⁶ Pinto Ferreira, em seus *Comentários à Constituição Brasileira* (v. 1, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 37), afirma que “O poder político é uno, indivisível, indelegável, porém se desdobra em diversas funções, para a realização de suas tarefas”.

¹⁹⁷ Entre eles, Michel Temer (*op. cit.*, p. 118).

¹⁹⁸ Giorgio Del Vecchio, *Teoria do Estado*, trad. de Antônio Pinto de Carvalho, São Paulo, Saraiva, 1957, p. 55-56.

ou ao Poder Judiciário. Além disso, nem todo Estado que tem a divisão de funções tem a divisão entre poderes, mas todo Estado que possui a divisão de poderes tem a divisão de funções¹⁹⁹. Reforçamos nossa posição com o entendimento de Kelsen²⁰⁰, para quem tal princípio, antes de ser uma aplicação de separação, é um princípio de divisão de poderes, porquanto todos concentram parte do poder e esse poder é dividido pelos três órgãos.

O poder evidencia-se através da organização dada pelas normas imperativas. Mas a divisão de poderes não é a única técnica de limitação do poder. Várias são as técnicas de limitação do poder. Dentre elas podemos citar a divisão territorial do poder (que inspira a descentralização e até o federalismo); a Constituição, sua rigidez e o controle de constitucionalidade; a própria divisão funcional do poder (mais conhecida como separação de poderes); e também as Declarações de Direitos (circunscrevendo a atuação do Estado e as liberdades do indivíduo).

Reinhold Zippelius²⁰¹ enumera diversas outras formas de limitação e controle do poder, tais como: a distribuição de competências a entes privados; a atuação de forças sociais da sociedade pluralista (equilíbrio de poderes reais); a burocracia interna e neutra do Executivo composta por técnicos. Afirma ainda que a clássica divisão dos poderes é apenas uma forma capaz de criar equilíbrio e controles eficientes no plano político. Mas existem outros meios eficazes como a divisão de competências no Estado federal (divisão federativa de poderes); a divisão do Poder Legislativo em duas Câmaras (sistema bicameral); a participação do governo no processo legislativo. Distingue, então, controles horizontais e verticais.

Se existem inúmeras outras formas de controle do poder, pode-se afirmar, junto com Klaus Stern que “na atualidade o sistema de divisão dos poderes se tem desenvolvido a partir de vários pontos de vista, não somente pela conhecida e tradicional trindade da divisão horizontal de acordo com as funções mais importantes: legislativo, executivo e judicial. Mas também entram em jogo a configuração de

¹⁹⁹ Nesse sentido, Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 39. José Luiz de Anhaia Mello também distingue separação de poderes de separação de funções, podendo esta existir sem aquela. Para Anhaia Mello, a separação de funções é mera técnica, a de poderes é substancialmente política. “Até nos regimes totalitários há distinção de funções ou distinção entre as mesmas. Num caso, há divisão de trabalho para maior eficiência do todo administrativo; no outro há separação para garantia da liberdade” (*op. cit.*, p.11). Esclarece ainda o autor, seguindo as lições de Sampaio Dórea, que “Função é a faculdade e o ato de proceder dentro das leis. Poder é, além de função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania”. (*Idem*, p. 12).

²⁰⁰ Cf. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 402-403.

²⁰¹ Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 402 e ss.

unidades de decisão e órgãos coletivos, a autonomização de instituições específicas não submetidas a instruções, e a construção ainda de instâncias de controle tampouco submetidas a instruções, a margem da divisão tripartite clássica”.²⁰² O autor também entende que há, além da divisão horizontal de poderes, uma divisão vertical, construída pela forma de organização federalizada (União, Estados-membros, Municípios); e que é necessário considerar ainda a limitação temporal imposta pela Constituição na ocupação dos cargos públicos, como se fosse uma “espécie de divisão de poderes no tempo”.

Ao que se observa, quanto à divisão de funções, é possível inferir que, presentemente, há divisão horizontal (clássica divisão de poderes em executivo, legislativo e judiciário); e divisão vertical (organização federalizada). Pode-se inferir que estas correspondem a uma divisão *para dentro* do Estado, de seus órgãos mesmos. Contudo, com base na opinião de Klaus Stern, pode-se dizer que também há uma divisão de funções que se faz *para fora* do Estado, que, de forma indireta ou transversa, do mesmo modo representa limitação de poder e divisão de funções. São as unidades autônomas que se situam à margem da clássica divisão tripartite, e que hoje, no Brasil, pode-se citar como exemplo²⁰³ as agências reguladoras. Estas são órgãos relativamente independentes, com perfil altamente técnico, dotados de competências complexas e de poderes de variada natureza e extensão. De fato, as agências reguladoras gozam de poder normativo, podem resolver controvérsias, fiscalizar atividades desenvolvidas por particulares, exigir o cumprimento de metas estabelecidas nos contratos de concessão, dispondo de poder disciplinar e sancionatório.

Tais agências autônomas²⁰⁴ detêm um altíssimo conhecimento técnico capaz de editar normas para regular situações com maiores vantagens que o faria o Legislativo; seus dirigentes possuem estabilidade; detêm poder de polícia, podendo impor sanções; e detêm, também, poder de dirimir conflitos. Sendo assim, talvez fosse mais correto afirmar que estas não se situam propriamente em nenhuma das três categorias de órgãos relativos ao poder do Estado, pois exercem um complexo de atos de natureza variada. A

²⁰² Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 236 (é nossa a tradução para o português).

²⁰³ Também podem ser lembrados os Tribunais de Contas e o Banco Central.

²⁰⁴ Na dicção de Francisco Queiroz: “É exatamente essa espécie de pessoa jurídica, autônoma, com capacidade de produção normativa reguladora, com poderes discricionários, com capacidade de precisar conceitos indeterminados, com mecanismos de controle sobre ela mais limitados, com maior autonomia e com estabilidade de seus dirigentes, que serviu de fonte inspiradora para a criação de entes reguladores autônomos em outros sistemas jurídicos que adotavam modelos mais centralizadores e monolíticos para exercício das funções administrativas, inclusive no campo da regulamentação e do exercício do poder de polícia.” (Francisco Queiroz Cavalcanti, “A independência da função reguladora e os Entes Reguladores independentes”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 219, jan.-mar./2000, 253-270, p. 259).

energia legal e vital adviria exatamente dos influxos que os três poderes devem exercer sobre elas.

As agências reguladoras, dentro da clássica tripartição de poderes, são postas com uma ligação mais estreita com o Poder Executivo. No Brasil, mais precisamente, em regra assumem o caráter de autarquias, e estas, parecem-nos, nada mais são que “pequenos filhotes” do Estado, que por isso mesmo carregam em si suas essenciais características. Por essa razão, detêm poder regulamentar, poder de polícia, poder de julgar. O surgimento desses entes autônomos força a modificação da estrutura do Estado, que não pode ser mais visto por sua clássica divisão entre Administração Direta e Administração Indireta, mas agora assume uma formação multi-organizativa²⁰⁵.

Essas agências são vistas como uma moderna acepção da teoria da divisão dos poderes e dos freios e contrapesos, pois confia, repassa e cobra da sociedade parte da tarefa econômico-social. É uma espécie de aceitação do pluralismo social que vivenciamos. Lembremos que todo aquele que controla, exerce poder e, no caso das agências, exercem também autoridade e poder próprios do Estado. Os limites e as prerrogativas devem estar definidos na lei de criação do ente autônomo, para que não haja invasão do princípio da legalidade.

Contudo, vale ressaltar, estas competências somente podem ser exercidas legal e legitimamente se for prevista a sua delegação, ainda que de forma geral, na Constituição. “Em outras palavras, não serão as acumulações de poderes sempre constitucionais, mas certamente o serão, se privilegiarem os valores do Estado de Direito”²⁰⁶. E se um deles é o princípio da legalidade, este deverá ser respeitado, devendo haver previsão constitucional para que sejam consideradas compatíveis com a Constituição as competências atribuídas às agências.

É preciso ainda frisar o sentido ou a função do princípio da separação de poderes, de freios e contrapesos. Esse princípio tem a função de “assegurar a liberdade senão também de garantir a Constituição”²⁰⁷.

²⁰⁵ O termo é empregado por Sabino Cassese (*Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, 1994, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 154), citado por Francisco Queiroz, op. cit., p. 255.

²⁰⁶ Alexandre Santos de Aragão, “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”, *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 786, abril/2001, (nota de rodapé do autor) p. 32.

²⁰⁷ Klaus Stern, op. cit., p. 373-4. Defende a mesma idéia, Karl Loewenstein (*Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986, p. 55-56), para quem “a liberdade é o telos ideológico da teoria da separação de poderes” (a tradução para o vernáculo é nossa) .

V.4 - Os três poderes como órgãos do Estado

Como dito anteriormente, apesar de conhecida desde Aristóteles, a separação de funções ganhou importância jurídica como instituto em meados do Século XVIII, com a obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, que foi o mais famoso propagador da teoria.

Montesquieu distinguiu três sortes de poderes: o Legislativo, que tem a missão de fazer as leis, aperfeiçoá-las e ab-rojá-las quando necessário; o Executivo, pelo qual o príncipe da paz e da guerra envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões; e, por fim, o Judiciário, pelo qual o príncipe ou magistrado julga os dissídios de ordem civil e pune os crimes. Sua grande linha mestra de reflexão era o conceito de liberdade, que o conduziu a mencionado princípio.

Montesquieu²⁰⁸ explicou que os poderes não são imóveis, mas estão em constante movimento, em concerto, harmônicos, e as faculdades acima citadas são uma forma de anunciar a técnica dos freios e contrapesos.

Mas, nem na obra de Locke, nem em Montesquieu, o Judiciário ganhava uma função de destaque. Era tido como parte integrante do Executivo, ou tinha posição secundária.

A explicação deve ser buscada no ponto de partida de Montesquieu: o sistema inglês, onde o Parlamento tem um valor inigualável. Este sistema repousa, até hoje, na idéia da *supremacia do Parlamento*. Outro ponto a analisar está no fato da Inglaterra não dispor de uma Constituição escrita²⁰⁹. Sem que seja contido por uma forma que lhe dê rigidez, não há limites impostos ao poder Legislativo na Inglaterra, o que lhe daria “total” liberdade para modificar as leis.

Mas não apenas na Inglaterra verifica-se a soberania do Parlamento. Também assim o é na França, e ela dispõe de uma Constituição escrita. Desse modo, é Bernard Schwartz²¹⁰ quem esclarece que a situação da França é semelhante à da Inglaterra por não dispor aquela de qualquer meio judicial de controle das leis. Desse modo, é o poder de revisão e controle de constitucionalidade das leis que daria o tônus à questão, que

²⁰⁸ Montesquieu, *op. cit.*, p. 175 e ss.

²⁰⁹ Conforme já dito anteriormente, a Inglaterra, até hoje, não possui uma Constituição escrita, como a que conhecemos no Brasil, nos Estados Unidos e em tantas outras nações. Naquele país o controle se dá de outra forma: por meio de uma sociedade consciente e acostumada a lutar pela sua liberdade, dando a ela o seu real valor. Portanto, não cremos que o Parlamento inglês ousasse mudar certa sorte de direitos (fundamentais) conquistados e mantidos por aquele povo.

²¹⁰ Em suas palavras: “A doutrina da revisão judicial da constitucionalidade das leis, e não o simples fato de que a Constituição é um documento escrito, é que estabelece a enorme diferença entre os sistemas americano e inglês.” (Bernard Schwartz, *op. cit.*, p. 23-4).

traria o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos garantindo a inviolabilidade da Constituição.

Nem sempre é possível definir limites precisos entre as funções de legislar e aplicar. É a posição defendida por Kelsen²¹¹. Esse dualismo, em sentido mais amplo, significa que a separação é apenas relativa, sendo até mesmo indesejável a exclusividade. Enxerga a função judiciária como sendo idêntica à executiva, pois ambas aplicam a lei. Para o autor não haveria três, mas duas funções básicas do Estado: legislar e aplicar. A função judiciária teria natureza executiva. Afirma este importante jurista que “não existe qualquer separação precisa entre os Poderes Judiciário e Executivo como separação orgânica de duas funções diferentes”²¹².

Preferimos a posição de Garcia de Enterría e Fernandez que repudiam a explicação técnica de reduzir a atividade administrativa e a atividade judicial a simples aplicação da lei, como se ambas tivessem exatamente a mesma natureza e o mesmo papel. O Judiciário tem o seu objeto específico na execução particularizada da lei a um caso concreto, litigioso,. Este poder tem a competência constitucional de dizer que lei se aplica ao caso concreto, interpretar a lei de forma definitiva, sepultando as dúvidas e litígios; também ele tem a missão de guarda da Constituição. Já a Administração tem por “função própria realizar os diversos fins públicos materiais, só que deve fazê-lo dentro dos limites da lei. Quando a Administração constrói uma estrada, por exemplo, o faz não para executar a Lei de Estradas, mas em virtude das razões materiais que fazem tal estrada conveniente ou oportuna ao caso concreto; o objeto da atuação administrativa não é, pois, executar a lei, mas servir os fins gerais, o qual há de fazer-se, não obstante, dentro dos limites da legalidade”²¹³.

Também Reinhold Zippelius²¹⁴ distingue Administração de Jurisdição tendo como base o fato de que a primeira tem uma perspectiva de futuro, enquanto a segunda lança seu olhar no passado, para uma situação jurídica já criada. Crê como mais acertada a definição segundo a qual cabe à Jurisdição a função de garantia do direito, a missão de dizer o que é justo, enquanto à Administração cabe fazer uso instrumental do Direito para cumprir tarefas públicas, conformar e regular as situações jurídicas e fáticas com critérios de adequação material.

²¹¹ Cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 386.

²¹² *Idem*, p. 393.

²¹³ Enterría e Fernandez, *op. cit.*, p. 371-2.

²¹⁴ Cf. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 413.

O Poder Judiciário só toma forma de verdadeiro *poder*, nos Estados Unidos, com as discussões geradas em torno da Federação. A partir de Marshall é que se estabelece o respeito integral à Constituição, na qual se estampa a divisão de poderes — forma *ainda* contemporânea de afastar os excessos do poder que faz a lei e do poder que a executa.

Por meio de uma ousada decisão da Suprema Corte Americana, foi dado o poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis ao Judiciário. A solução não existia explícita na Constituição dos Estados Unidos, mas estava latente até aflorar com a célebre decisão do juiz Marshall no caso *Marbury versus Madison*. Na famosa decisão, Marshall deduziu que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram Direito, seriam nulas. Demonstrou também que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete verificar a constitucionalidade de uma lei.

A conclusão, bastante lógica, partia da premissa de que cabe ao Judiciário não apenas interpretar a lei, mas também dizer que lei se aplica ao caso concreto. Ora, entre a lei ordinária e a Constituição, é certo que esta última é a que deve prevalecer, ou, conforme a célebre decisão de Marshall, os esforços do povo para limitar o poder teriam sido inúteis. Essa decisão, ou seja, esse poder tomado para si certamente contribuiu para o fortalecimento do Judiciário enquanto poder, nos Estados Unidos. Hoje sua atuação é tão importante que Bernard Schwartz chega a afirmar que “A Constituição, na prática, é o que os tribunais estabelecem que ela seja”²¹⁵.

No exemplo brasileiro, todas as Constituições adotaram o princípio da separação de poderes. Mas o número de poderes diverge com a história e com os constituintes. Por exemplo, inspirada em Benjamin Constant, a Constituição do Império (de 25 de março de 1824, no seu art. 10) trazia um quarto poder, o Poder Moderador, exercido pelo Imperador. Depois dela todas as demais abraçaram a teoria da divisão de poder de forma tripartida, em Executivo, Legislativo e Judiciário. A atual Constituição, de 1988, não escapou à regra e assim dispôs em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

V.5 - Separação... ou independência e harmonia?

²¹⁵ Bernard Schwartz, *op. cit.*, p. 18.

É interessante anotar que o princípio da divisão dos poderes tinha uma conotação diferente da que tem hoje. A separação de poderes, mais definida no passado, abre espaço para uma crescente relatividade nos dias de hoje.

A crítica que Kelsen²¹⁶ faz ao referido princípio de separação dos poderes estaria no contra-senso de exigir que nenhum dos três poderes fosse controlado pelos demais, mas ao mesmo tempo, invocar o mesmo princípio para justificar o mais estrito controle da Administração pelos tribunais. O autor da Teoria Pura considera que a revisão judicial de legislação é uma transgressão ao princípio da separação de poderes, e por isso não seria com ela compatível. Mas a revisão judicial é característica das monarquias constitucionais e é instituída pelas próprias Constituições que mais enfatizam tal princípio, inseridas ali com o fim de restringir o poder do monarca absoluto. Desse modo, o controle da legislação e da Administração por tribunais teria um nítido significado político dentro de uma monarquia constitucional: o Judiciário serviria de contrapeso em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, nos quais a influência do monarca ainda prevaleceria. Por fim, Kelsen alerta que o princípio da separação de poderes é considerado um elemento específico da democracia, mas que este se firmou muito mais por motivos históricos que democráticos²¹⁷.

Observando o tema sob a perspectiva da teoria do poder, Habermas alega que “a lógica da divisão de poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo”²¹⁸. Quer dizer que a divisão de poderes somente faz sentido se, por meio dela, for possível — enquanto autores do direito que depositam seu voto e sua confiança em seus eleitos, na burocracia executiva que deve realizar os fins comuns nos termos da lei, e no Judiciário que força o restabelecimento da legalidade —, atender à direção de circulação do poder determinada pelo povo como agente e autores do Direito.

Sem dúvida, a doutrina da separação de poderes, nascida no regime parlamentarista, implantou-se no sistema presidencialista de forma muito mais rígida, mas não é esse rigor capaz de afirmar que há nesses Estados uma estanque separação de poderes, de forma absolutamente separada. Ao contrário, há uma constante inter-relação e interferência recíproca que serve como limite também recíproco, como se fora um

²¹⁶ Cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 402.

²¹⁷ Para Kelsen (*Idem*, p. 403-404), a democracia exige que o órgão legislativo tenha supremacia sobre os demais poderes.

²¹⁸ Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, trad. Flávio Beno Siebeneichler-UGF, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 233.

jogo de empurra, onde a cada ultrapassagem indevida, o outro poder empurra o transgressor a fim de que ele se limite ao seu campo de atuação pré-determinado, havendo todos que respeitar os limites impostos pela distribuição de funções e competências constitucionais. E, apesar do contra-senso, é justamente essa tensão que mantém a independência e harmonia dentro do sistema.

Um dos fatores que contam pontos positivos a favor da divisão de poderes está no processo natural de especialização de funções e divisão do trabalho. Mas é certo que essas separações não serão absolutas. A separação é relativa. Cada poder, em caráter secundário colabora no desempenho de outras funções. Assim, o Legislativo tem como missão suprema a elaboração e atualização das leis, mas este também exerce função executiva ao conceder férias a seus funcionários, e judiciárias quando processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade; também são competentes para instaurar as famosas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). E isto não é diferente para os demais poderes. Exemplo mais atual são as Medidas Provisórias que têm força de lei e são editadas pelo Poder Executivo.

Se é evidente que há limites que não podem ser ultrapassados, ou seja, de que certos poderes pertencem claramente a um dos órgãos do Estado, há, do mesmo modo, situações em que é dificultada a identificação acerca de qual dos três órgãos seria responsável por determinada competência. A solução jurisprudencial americana se firmou no sentido da tese do Juiz Holmes, pela qual os poderes de natureza duvidosa que não se encaixem perfeitamente na tricotomia de Montesquieu serão atribuídos pelo Poder Legislativo a qualquer dos três poderes. A solução americana, inicialmente, optou pela aplicação de regra de exclusão, do tipo: se a competência não tem a natureza de ato judicial, nem legislativo, é competente o Executivo. Esta opção foi posteriormente abandonada, passando a prevalecer a regra do “resíduo indiscriminado de questões sujeitas ao controle legislativo”²¹⁹. Se é assim, onde houver dúvidas sobre a quem caberia a competência de determinada questão, cabe ao Poder Legislativo atribuí-la a quem quer que deseje.

A separação entre os poderes tem diminuído na prática. Alguns autores podem chegar a dizer que ela nem faz mais sentido na Inglaterra²²⁰, pelo menos no que diz respeito à ligação entre Executivo e Legislativo, já que o sistema inglês é parlamentarista, e com ele há uma forte dependência do Executivo ao Legislativo.

²¹⁹ Cf. Bernard Schwartz, *op. cit.*, p. 29-30.

²²⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho assume esta posição (*Curso de Direito Constitucional* ..., p. 119).

Paulo Bonavides²²¹ entende que o princípio da separação de poderes está completamente superado, sendo incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, tendo servido ao liberalismo para se libertar do absolutismo, mas também para conservar na sociedade o esquema liberal de organização do poder. Tal afirmativa tem por base o uso do princípio em sua forma mais rígida, de completa separação entre os mesmos. Contemporaneamente, melhor compreendido, abrandando o autor, pode servir para impedir os excessos desnecessários do poder.

Comparando os sistemas inglês, francês e americano, observamos, como dito, que no sistema inglês há supremacia absoluta do Parlamento, ilimitado por qualquer Constituição formal, permitindo que este delegue ao governo todos os poderes que entender necessário. Nos países de Constituição rígida, o Parlamento limita-se pelas competências instituídas na Constituição e não pode, conseqüentemente, atribuir competência sua ao Executivo sem violar a Constituição. Na França, sob o ponto de vista prático, as limitações impostas ao Legislativo assemelham-se com as da Inglaterra, já que naquele país não existe qualquer controle judicial da validade das leis aprovada pelo Legislativo, que poderá delegar, desta forma, autoridade legislativa ao Executivo.

Por essa razão, Bernard Schwartz entende que “a constituição que não pode ser confirmada pelos tribunais tem apenas palavras ocas”²²². Decerto este é o motivo pelo qual o controle judicial é tão caro nos sistemas americano e brasileiro. É o controle judicial que assegura que a Constituição não seja violada e que dá à Constituição o seu sentido prático.

Retornando os olhos para o âmbito interno, Di Pietro²²³ ensina que as idéias de separação de poderes e a de que somente a lei representa o poder legítimo porque traduz a vontade do povo são a base do princípio da legalidade. Isso acarretaria, *prima facie*, a prevalência do Legislativo sobre os demais poderes. Aos Poderes Executivo e Judiciário restaria a aplicação da lei. O Executivo perderia o poder regulamentar inovador. Ao Judiciário caberia o controle dos atos realizados pelo Poder Público. Da conseqüente distinção entre os Poderes Legislativo e Executivo, o primeiro ficaria com a preeminência e limitaria o segundo a atuar no marco prévio traçado pelas decisões legislativas, deixando o Executivo submetido às suas decisões.

²²¹ Cf. Paulo Bonavides afirma que a separação de poderes “É um anacronismo do passado irreversível” (*Ciência Política ...*, p. 161)

²²² Bernard Schwartz, *op. cit.*, p. 23.

²²³ Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa ...*, p. 18.

Conseqüência dessa análise, vem a questão: estão os Poderes Executivo e Judiciário subordinados ao Legislativo? Ou a técnica da separação de poderes se transmudou em divisão de funções, instaurando a interferência para, na prática constitucional do Estado moderno, resguardar o equilíbrio e instaurar definitivamente freios e contrapesos? Razão pela qual analisamos a separação e a inter-relação entre os órgãos, abaixo.

V.5.1 - Executivo e Legislativo

O Legislativo não escapa ao exercício da função administrativa, vez que, ao conceder aposentadoria, férias, ou licença a seus membros, realiza função administrativa.

Mais discutida é a atuação legislativa do Poder Executivo, por isso é mais desenvolvida neste item.

É certo que o Executivo está vinculado ao princípio da legalidade. Contudo, é possível verificar, desde logo, exceções: a maioria das Constituições permite a atuação mais larga do chefe do Executivo em caso de guerra ou grave perturbação à ordem.

Ainda, de modo atípico, também o Executivo exerce a função legislativa por meio de veto (art. 84, V e 66, § 1º), bem assim ao ter a iniciativa de lei (art. 61 CF/88).

A Constituição brasileira de 1988 permite a edição de medidas provisórias com força de lei (art. 62 da CF/88). De forma similar, em Portugal há os decretos-lei do governo.

A questão do limite legislativo do Poder Executivo é tema que ganhou relevo jurídico, sendo esta a preocupação de muitos juristas da atualidade²²⁴. No regime jurídico brasileiro o Executivo não tem poder de inovar, fica adstrito à regulamentação das normas que lhe são impostas pelo Legislativo, para a consecução de seus objetivos.

O princípio da divisão de poderes, previsto no art. 2º da CF/88, vincula a atuação do Poder Executivo impedindo-o de valer-se, por exemplo, das medidas provisórias para interferir nos demais poderes, sob pena de ofensa ao Estado de Direito. Ademais, esta questão gerou férteis discussões acerca da constitucionalidade de muitas medidas

²²⁴ Para demonstrar a preocupação, citamos a posição de José Joaquim Gomes Canotilho em entrevista à *Revista Diálogos & Debates* (Setembro/2000, p. 8-11), nesses termos: “Há uma questão que se discute em toda a Europa, que é saber até que ponto esses poderes excepcionais do Executivo como legislador podem se transmutar em poderes legislativos normais ou ordinários”.

provisórias editadas pelo Executivo, mas já está pacificamente resolvida com a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, que alterou o art. 62 da CF/88, passando a tratar sobre os limites da edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo.

É, contudo, forçoso admitir que as mudanças trazidas com o advento do Estado Social implicaram muito na alteração da interpretação do princípio da separação dos poderes no que diz respeito à atuação legislativa do poder executivo.

A atuação da Administração não comporta estagnação. Os hospitais, a construção de escolas, a execução do calendário público escolar, não podem parar. A atuação do Legislativo, de outra sorte, pode ser intermitente, sendo um bom exemplo o recesso legislativo.

Odete Medauar, por exemplo, analisando o princípio da legalidade, reconhece que a Administração não pode mais ser apenas a executora da lei. Esta seria uma visão muito estrita e rígida do princípio da legalidade. Contudo, adverte que é “vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento.”²²⁵ Outro aspecto que a autora ressalta é que seria um equívoco pensar que a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena, pois se esta idéia prevalecesse “paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável.”

Sobre a atividade normativa do Poder Executivo, evidenciaremos duas das conclusões de Leomar de Sousa²²⁶. A primeira delas é que “A lei delegada, a medida provisória, o decreto-lei (ou que nome tenha o ato do Executivo com força de lei) representam o reconhecimento da inevitabilidade do fenômeno da ‘legislação governamental’ e uma racional e adequada tentativa de juridicizá-lo em sede constitucional”. A outra diz respeito aos limites da delegação, ou seja “uma delegação indeterminada, muito genérica, de plenos poderes, sem *standards* ou parâmetros mínimos de atuação do poder delegado, é inconstitucional, pois configura abdicação das funções legislativas pelo Congresso.”

²²⁵ Cf. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 4. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 147. A autora, comentando sobre um dos aspectos do princípio da legalidade, o de que somente são permitidos atos da Administração Pública se o conteúdo estiver conformado num esquema abstrato fixado por norma legislativa, assevera que tal idéia “traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à idéia de Administração somente executora da lei; hoje não mais se pode conceber que a Administração tenha só esse encargo. Esse significado do princípio da legalidade não predomina na maioria da atividade administrativa, embora no exercício do poder vinculado possa haver decisões similares a atos concretizadores de hipóteses normativas abstratas.” (*op. cit.*, p. 146).

²²⁶ Leomar de Sousa, *A produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 154.

Ainda que essa delegação não seja aceita pacificamente pela doutrina, uma coisa é certa: no mundo contemporâneo, verificamos que há cada vez mais uma crescente atividade normativa do Executivo²²⁷. Isto é fato. As exigências de nosso tempo foram fundamentais para a alteração da posição normativa (do Executivo). A própria Constituição Federal de 1988 admite essa idéia quando, no inciso XI de seu art. 49, define ser competência exclusiva do Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa *em face da atribuição normativa dos outros poderes*”. Admite, pois, que o poder normativo não é exclusivo do Poder Legislativo, mas, ao contrário, é compartilhado com os demais poderes do Estado.

Esta nova posição, porém, poderá ou não representar um ataque à divisão de poderes. Cabe ao Legislativo fazer o seu papel de fiscalizar esse poder que concedeu ao Executivo, determinando os parâmetros e limites, como o fez ao reformar a Constituição, por meio da Emenda nº 32/2001, firmando o seu poder e responsabilidade. Tudo sem prejuízo da apreciação judicial. Tudo para preservar o Estado Social de Direito.

Mas sabemos que o Executivo faz valer aquela velha máxima — o poder vai até onde encontra limites — e costuma exorbitar de seu poder regulamentar. Neste caso é necessário que os demais poderes ajam com o necessário rigor. O Legislativo, no sentido de que deve impor respeito aos limites ou, se for o caso, alterar a Constituição para permitir, como e quando, e especialmente em que matérias o Executivo poderia editar normas que vinculem a todos. Ou do Judiciário, que precisa atuar na defesa da Constituição de forma mais efetiva.

A regulamentação de matérias técnicas por meio das agências reguladoras tem se espalhado pelo Brasil. E já dissemos antes (item V.3) que este ponto há de ser analisado cuidadosamente sob o prisma do pluralismo²²⁸ existente na sociedade, ou mesmo como necessidade de adequar-se às mudanças sob pena de colapso do Estado.

²²⁷ Clèmerson Clève chega às seguintes conclusões: “No mundo contemporâneo, rompeu-se o monopólio da produção legislativa pelo Poder Legislativo. Além de outras instâncias (da sociedade ou do Estado) que passaram a exercer atividade normativa, o Executivo foi fortemente beneficiado pela emergência desse fenômeno. [...] As exigências de nosso tempo foram determinantes da atribuição de função legislativa ao Executivo. Importa que essa atividade, quando exercida pelo governo, possa sofrer rigoroso controle, seja em sede parlamentar, seja em sede judicial.” (*Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.309).

²²⁸ Sobre o tema Francisco Queiroz Cavalcanti afirma que: “Essa idéia de pluralidade de interesses públicos, da inexistência de efetiva unidade não é aprofundada pela doutrina brasileira, mas é algo inarredável. Às vezes o pragmatismo supera a teoria, fazendo surgir novas construções teóricas fruto das acomodações. A necessidade de regulações específicas e relativamente independentes é algo inafastável [...] Partindo-se da existência de focos de regulação cada vez mais nítidos, devidamente identificados e segmentados, surgiu a necessidade da existência de Entes Reguladores autônomos. Esse poder regulador exercido por entes reguladores autônomos encontra maiores dificuldades [...] em Estados como o Brasil, onde o poder regulamentar está, ao menos teoricamente, mais subordinado à moldura legislativa e ao papel de ser mero instrumento de aplicação das leis, diferentemente de outros Estados [...] nos quais o ordenamento jurídico contempla a existência de ‘regulamentos autônomos’ e a existência de centros regulamentadores em pessoas jurídicas sem capacidade política.” (*op. cit.*, p. 255)

Preocupa-se a doutrina com o crescimento do Executivo, especialmente nos Estados como o Brasileiro. Este ponto deve ser solucionado sem traumas da seguinte forma: o crescimento do Executivo não pode ser incoerente com a soberania da lei e da Constituição. As competências e as atuações do governo devem observância ao princípio da legalidade, ou como diria Germana de Moraes, ao princípio da juridicidade²²⁹ da Administração Pública, ainda que seja necessária a intervenção de outro poder, o Judiciário, para restabelecer a obediência à lei e à Constituição. Outrossim, importa observar que a soberania da lei não quer dizer que o Legislativo predomine, mas sim que predomina a justiça nos termos da lei.

Vale ressaltar que o Legislativo pode exercer o controle sobre as atividades normativas do Poder Executivo, nos termos do art. 49, V, da CF/88.

V.5.2 - O Executivo e o Judiciário

Afigura-se importantíssima a atuação do Judiciário na defesa da Constituição. Tanto assim o é que o esse órgão tomou enorme vulto através da célebre decisão da Suprema Corte americana no caso "*Marbury x Madison*". Desde então o Poder Judiciário cravou definitivamente o seu lugar como *poder* de Estado.

E é a defesa das normas constitucionais que é a sua grande missão — talvez a mais importante. Para desenvolvê-la a contento é preciso que esse poder se dispa de justificativas não mais condizentes com o Estado constitucional democrático que estamos vivendo e passe efetivamente a atuar na defesa da Constituição. A separação de poderes não pode servir de capa para encobrir atuações que poderíamos chamar típicas de um Pilatos. Lavar as mãos aqui significa ferir de morte um dos instrumentos mais valiosos da humanidade — a Constituição do Estado — e derrubar um dos pilares de sustentação do Estado de Direito.

Entre os Poderes Executivo e Judiciário, a este último cabe, quando provocado, decidir sobre a legalidade das ações governamentais.

Andreas J. Krell²³⁰ entende que é necessário enxergar com outros olhos o princípio de separação dos poderes e afirma que o sistema jurídico brasileiro tem desenvolvido, aos poucos, uma nova visão daquele. Apóia-se num ponto principal para esta afirmativa: o uso que o Ministério Público tem feito da Ação Civil Pública (Lei n.º

²²⁹ Germana de Moraes entende a autora que o princípio da juridicidade substituiu o princípio da legalidade da Administração, uma vez que os princípios gerais de Direito foram sendo constitucionalizados, demonstrando uma mudança do foco legal, adstrito à lei pura e simplesmente, passando a importar a vinculação aos princípios gerais de Direito, aos princípios administrativos adotados na Constituição de 1988, e os Direitos Fundamentais. Aliás, esses são os limites que impôs à discricionariedade administrativa. (*op. cit.*, p. 23 e ss, p. 177).

²³⁰ Andreas Krell, *op. cit.*, p. 133-171.

7.347/85) para a defesa dos interesses difusos. Essa posição ativa do *Parquet* impulsiona o Judiciário, fazendo-o deparar-se com mais questões que mexem com a separação de poderes. Defende ainda que é necessária uma atuação participativa do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, especialmente no que diz respeito aos Direitos Fundamentais básicos, de forma que estes possam sair do papel e tomar seu lugar na realidade circundante.

Objetivamente, colocando-se no lugar do Judiciário, parece que a questão passa necessariamente pela análise da legalidade do ato da Administração. Quanto mais vinculado o ato, mais facilmente se processa a análise da legalidade pelo Poder Judiciário. Quanto maior a discricionariedade, mais intensamente em evidência a questão da oportunidade e conveniência, ponto no qual o Judiciário não pode se substituir ao Administrador.

A solução, hoje, está em permitir ao máximo a interferência do Judiciário. A questão dos conceitos jurídicos indeterminados é ponto importante a ser discutido²³¹. O problema está centrado essencialmente na existência de uma “zona de penumbra”²³² entre dois pólos de certeza. É possível a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a Direito sempre que estiverem em questão conceitos jurídicos indeterminados, ou mesmo em relação à atividade discricionária do administrador público, a fim de verificar a sua compatibilidade com princípios tais como a legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros apreciáveis no caso concreto. Será sempre possível a apreciação para, deste modo, reduzir a área de arbítrio do Poder Executivo. A este sobraria apenas a área essencialmente discricionária, que é inalcançável para os demais poderes.

Germana de Moraes²³³ afirma peremptoriamente que os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade do controle judicial vivem em permanente tensão, mas que são perfeitamente harmonizáveis. Dessa maneira, é possível, e desejável, que o

²³¹ O tema será melhor apreciado no item VI.3.2.

²³² Zona de penumbra é utilizado aqui para definir a área em que impera a incerteza. Se pudermos definir e dividir um espaço entre certeza e incerteza relativas a conceitos jurídicos indeterminados, certamente encontraríamos uma zona de certeza positiva, uma zona de incerteza, e outra de certeza negativa. Na primeira zona seriam postas aquelas significações que certamente seriam consideradas contidas em determinado conceito, e na zona de certeza negativa estariam aquelas significações que não poderiam de modo algum estar ligadas ao conceito indeterminado cujo conteúdo se busca. A zona cinzenta, que dissemos “de penumbra”, representa o espaço em que não há definições claras, onde o conteúdo não está bem definido.

²³³ Cf. Germana de Moraes, *op. cit.*, p. 189.

Poder Judiciário avalie as questões que lhe são postas, com a responsabilidade e confiança que merece um *poder* de Estado.

Atipicamente, o Judiciário (art. 96, I, f, CF/88), também administra, e por esses atos se submete ao controle dos Tribunais. O Executivo julga quando defere ou indefere petições dos administrados e aprecia recursos administrativos.

V.5.3 O Legislativo e o Judiciário

Não menos importante é o elo de harmonia entre os Poderes Legislativo e Judiciário. O Judiciário, como visto anteriormente, cumpre uma função legislativa desde que está autorizado constitucionalmente a anular leis inconstitucionais, já que, ao excluírem do ordenamento a lei viciada, purificam-no, terminando por modificar o número e o conteúdo de leis vigentes. Além do mais, ao decidirem determinado caso de uma certa maneira, ainda que esta decisão não tenha efeito *erga omnes*, terminará por servir de base para as decisões de outros juízes ou Tribunais. Especialmente quando este entendimento é sumulado, vê-se mais intensamente o poder normativo de tal decisão. Da mesma maneira quando regula o procedimento nos Tribunais, por meio da jurisprudência e ainda pela iniciativa de lei.

A revisão judiciária da legislação como prerrogativa dos Tribunais não deixa de expressar certa desconfiança nos Poderes Executivo e Legislativo, funcionando o Judiciário como um contrapeso entre os demais poderes, especialmente porque um pouco de limite representa muito na contenção dos abusos.

Ao Legislativo também se impõem os limites constitucionais. A defesa da Constituição pode e deve ser realizada pelo Poder Judiciário sem que haja ofensa à divisão de poderes.

Na verdade, a divisão de poderes no que tange ao controle de constitucionalidade é muito mais uma limitação imposta ao Poder Legislativo, que não deve ser arbitrário, mas deve ater-se aos limites conferidos na Constituição.

Para Meirelles Teixeira²³⁴, o controle de constitucionalidade possui duas funções: uma de saneamento do ordenamento jurídico, e outra de defesa dos direitos subjetivos individuais. Atualizaríamos esses últimos acrescentando os direitos difusos e coletivos.

²³⁴ Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, (org. e atualizado por Maria Garcia), Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 426.

Outro ponto que colabora com a tese da revisão dos atos legislativos pelo Judiciário é o princípio da proporcionalidade²³⁵. Este, nascido no seio do Direito Administrativo, amplamente difundido e aceito na Alemanha e outros países europeus, começa a fazer seus adeptos no Brasil. O princípio vem acrescentar algo mais que a reserva da lei. A “reserva da lei proporcional” significa que, além da exigência de lei, é necessário que ela seja também proporcional. Importa observar, para tanto, que haja uma relação entre meios e fins. A Jurisprudência alemã construiu o conteúdo do princípio em três termos: adequação, necessidade e razoabilidade. A adequação confronta o estado gerado pelo ato administrativo, ou pela lei, com o estado no qual o fim almejado pode ser tido como realizado. A necessidade averigua se existe outro estado menos oneroso para o particular pelo qual possa ser alcançado o fim almejado pelo poder público, com o mesmo ou similar esforço. A razoabilidade representa a exigibilidade ou justa medida. Esses critérios somam-se a outros para que se possa aferir a proporcionalidade.

Importa, contudo, ressaltar que há diferenças na aplicação desse princípio quando se tratar de ato administrativo ou legislativo. Somente para destacar, no primeiro caso, a presunção está a favor do particular (o ônus é da Administração); no segundo prevalece a presunção de confiabilidade a favor do Poder Legislativo.

Tal princípio, ainda pouco explorado no Brasil, começa a trazer também algumas contribuições para o sistema jurídico brasileiro. Como exemplo podemos citar a ADIN 1407/DF²³⁶, cujo relator, Min. Celso de Mello, fez uso do princípio da

²³⁵ Sobre o assunto ver o artigo do Prof. Heinrich Scholler: “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha” — palestra proferida em 20 de novembro de 1998, na Justiça Federal de Porto Alegre, trad. Ingo Wolfgang Sarlet (*Interesse Público*, vol.1, nº 2, abr.-jun./1999, p. 93-107).

²³⁶ Eis a ementa na parte que interessa: “[...] VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no *princípio da proporcionalidade*, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O *princípio da proporcionalidade* — que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* — acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.[...]” (grifos nossos). Julgamento:

proporcionalidade ao fundamentar sua decisão, com fulcro no princípio do *substantive due process of law*, positivado no inciso LIV do art. 5º de nossa atual Constituição,.

V.6 - O significado dos freios e contrapesos — não há separação, mas divisão.

Do princípio da divisão dos poderes decorre a necessidade de atuação do poder nos termos das normas impostas. Subjaz nessa doutrina a idéia de proteção e resguardo dos direitos e liberdades do indivíduo.

O significado real da independência está em que cada poder extrai sua competência do Texto Constitucional, nas garantias e proibições, na indelegabilidade das competências, na impossibilidade de exercício exclusivo de funções.

Se perguntarmos se há controle de um poder sobre o outro, diríamos que no sistema brasileiro tal não ocorre, por várias razões. Por exemplo, porque a Constituição proíbe que o pessoal de um poder integre o quadro de outro poder (art. 54; art. 37, XVI e XVII; art. 95, parágrafo único, todos da CF/88).

Sabemos que o Judiciário não tem condições de exercer qualquer domínio direto sobre os demais poderes. Sua atuação é posterior e limita-se a refrear qualquer ação ilegal dos demais.

Talvez o maior controle que o Legislativo exerça sobre o Executivo seja feito por meio do *orçamento*. E este sobre aquele por meio da iniciativa de lei.

Se um exerce função do outro? Já vimos que isto ocorre se, e somente se, houver disposição expressa no texto constitucional. Assim, cada órgão exerce uma função primária, típica, e atipicamente exerce as demais funções, sempre que houver disposição constitucional nesse sentido. É desse modo que funciona o sistema dos freios e contrapesos.

É importante ressaltar que algumas prerrogativas têm se tornado importantes para a garantia e independência entre os poderes, tais como aquelas concedidas ao Judiciário no art. 95 da CF/88 (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios) que são essenciais para a independência dos juízes.

Não se pode negar que alguma influência política seja exercida no momento em que se fazem nomeações, por exemplo, quando o Presidente da República nomeia os integrantes do Tribunal de Contas da União (art. 84, XV), do Supremo Tribunal Federal (arts. 84, XIV e 101, parágrafo único) e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 84, XIV e

104, parágrafo único da CF/88), o que pode trazer um certo tempero tendencioso às decisões exaradas, porém, uma vez nomeado, o escolhido goza de plena independência.

Ao Poder Executivo é dada a presunção da legalidade de seus atos. Também a auto-executoriedade é prerrogativa sua. É claro que o Estado dispõe de um amplo e forte aparato para reprimir manifestações de dissidências, sendo vários os meios que dispõe para exercer a coerção.

Aos membros do Poder Legislativo o art. 53 da CF/88 garante a inviolabilidade civil e penal dos deputados e senadores no exercício de mandatos, por suas palavras, opiniões e votos.

Enfim, o princípio da separação de poderes não é absoluto. É uma forma de limitação do poder pelo poder, de equilíbrio entre eles. A interferência entre os poderes, ou seja, o sistema de freios e contrapesos, contribui para o equilíbrio de poderes do sistema constitucional. A divisão de poderes não é separação total, é cooperação, co-participação. Divisão significa, pois, que há divisão de competências e poderes políticos entre os órgãos do Estado nos termos constitucionalmente dispostos. Significa que há a prevalência de uma das naturezas (executiva, legislativa ou judiciária), mas também que todos eles exercem funções secundárias de menor relevo, porém importantíssimas para a limitação dos poderes. Entretanto, dessa divisão deflui que as competências não podem ser delegadas, nem desrespeitadas, e somente podem ser exercidas secundariamente quando a Constituição assim determinar.

V.7 - A CF de 88 e a atuação do Judiciário brasileiro

É certo que outros fatores influenciam no crédito e descrédito das instituições. Também esses fatores influenciam e impulsionam as mudanças. A divisão de poderes, por exemplo, antes rígida, atualmente dá lugar a um sistema de pesos e contrapesos no qual parece bem distante a separação de poderes enquanto princípio liberal. Esta certamente sucumbiu ao Estado Democrático de Direito no qual se vive hoje, em pleno século XXI, onde a sociedade participa²³⁷ de forma muito mais ativa e cada vez exige mais os seus direitos.

²³⁷ É verdade que ainda temos muito que caminhar na sociedade brasileira, mas bons passos já foram dados, podendo-se ver a olho nu que o comportamento social tem se modificado. Estão aí as prisões por “crimes de colarinho branco”, como as de Georgina de Freitas, fraudadora do INSS, e do juiz Nicolau dos Santos Neto, para dar provas aos mais incrédulos.

Nesse aspecto, importante tem sido a posição do Ministério Público, que, além de ter alargado sua missão com as novas determinações constitucionais de 1988, contribui para a impulsionar adiante o sistema jurídico, ao colocar perante os juízes casos antes não apurados.

Acreditamos que o Judiciário tem avançado em suas decisões, buscando fazer cumprir seu papel de guardião da constituição. Esta posição é decerto acanhada, vez que, não raro, há a escusa, encobrendo-se com o manto dogmático do princípio da separação de poderes, para fugir à análise do caso concreto. Mas nem sempre é assim. Aqui trazemos alguns exemplos que bem trazem alguns avanços. Vale a pena transcrever o que adiante se lê:

“AGRRE-259335/RJ - Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA
EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE DO ATO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR NO QUADRO DA POLÍCIA MILITAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. 1. Ato administrativo vinculado. Indeferimento do pedido de reintegração do servidor na Corporação. Ilegalidade por não terem sido observados os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal. 2. Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. *A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais.* Precedente. Agravo regimental não provido.”²³⁸

Existem ainda outras decisões que tratam do assunto. Comentamos ainda o acórdão do STF, publicado em maio de 2000, recente, portanto, que teve como relator o Min. Celso de Mello. A decisão²³⁹ expressava que o controle jurisdicional de abusos praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito não ofende o princípio da separação dos poderes, e que o controle do poder constitui uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático. Aliás, a decisão marcava que o regular exercício da função jurisdicional, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride esse importante princípio.

²³⁸ (grifos nossos). Julgamento: 08/08/2000, Segunda Turma, DJ Data-07-12-00 pp-00022. EMENT v.-02015-07 pp-01426. Votação: Unânime. (Fonte: STF, <http://www.stf.gov.br>).

²³⁹ A decisão analisava os poderes de investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito, no MS-23452,. Julgado em 16/09/1999, pelo Tribunal Pleno, DJ Data-12-05-00 pp-00020. EMENT v.-01990-01 pp-00086. Votação: Unânime. (Fonte: STF, <http://www.stf.gov.br>).

Como se verifica, o Judiciário brasileiro tem buscado, aos poucos, tomar para si a responsabilidade que lhe foi dada constitucionalmente, e este passo certamente representará a reconstrução conjunta, entre os três poderes, do modelo social.

V.8 - Repensando o princípio da separação de poderes

A separação de poderes como princípio liberal cedeu espaço para uma divisão de poderes e funções que busca o equilíbrio, instituindo a harmonia e independência entre eles por meio de interferências múltiplas que consubstanciam o sistema de freios e contrapesos.

No nosso sistema, o princípio da supremacia da lei não significa que o Poder Legislativo sobrepõe-se aos demais, mas que predomina a justiça de acordo com a lei. A soberania da lei está no respeito e obediência que a lei (sentido lato) impõe aos cidadãos e ao próprio Estado; quer dizer que os atos governamentais não se encontram imunes, pelo contrário, é a submissão desses atos ao Poder Judiciário que mantém e garante a supremacia da lei e da Constituição. Administração e Legislativo submetem-se ao controle da legalidade realizado pelo Poder Judiciário.

E, para cumprir a missão de dizer o Direito e de velar pela Constituição, tem sido particularmente importante a atividade realizada pelo Ministério Público. Na defesa dos interesses difusos e coletivos, fazendo uso da Lei de Ação Civil Pública, aquele vem colocando nas mãos do Judiciário discussões que, pela relevância, tocam o tema divisão de poderes, obrigando os juízes a se depararem com questões que tendem a impulsionar a sociedade e levar ao avanço na busca do bem comum e na efetivação dos Direitos Fundamentais. Desta forma, ou seja, por meio de suas decisões, o Poder Judiciário deixa sua posição de absoluta neutralidade na condução das políticas públicas.

O controle do poder não se esgota no sistema de divisão do poder. O poder, ou melhor, as competências estão completamente diluídas no sistema constitucional, seja por meio da divisão de acordo com a natureza das funções (Executivo, Legislativo e Judiciário), seja por meio de uma divisão federalizada e verticalizada (União, Estados-membros e Municípios), seja pelo aspecto do exercício de funções num determinado limite no tempo²⁴⁰ e número de pessoas²⁴¹, seja pela parcela de competência que detêm

²⁴⁰ No Brasil, os servidores públicos, se não se aposentam voluntariamente, aos setenta anos de idade têm de deixar seus cargos. O Presidente é eleito para exercer a Presidência durante quatro anos, bem assim há prazos determinados para o exercício da legislatura.

²⁴¹ São inúmeros os órgãos colegiados.

aqueles e cada qual que exerce uma função em qualquer dos três poderes do Estado e em qualquer dos três níveis da Federação.

Outras questões influenciam fortemente essa divisão e, conseqüentemente, o equilíbrio. Um deles está na autonomização dos subsistemas sociais. Pode-se lembrar do caso das empresas transnacionais cuja independência de ação estimula-as a buscarem uma outra regulação, instituindo soluções próprias (quinzenas de nove dias, terceirização, trabalho temporário, entre outros exemplos). Os reflexos desse processo de reestruturação são sentidos de maneira bastante intensa no âmbito nacional — trazendo aumentos nas taxas de desemprego, sub-emprego e mercados informais —, acarretando, por outro lado, uma crescente subtração do controle estatal de uma maior porção da vida econômica.

Decerto, essas novas situações colaboram para a perda da regulamentação jurídica pelo Estado, levando-o a recorrer à negociação para buscar o consenso, o que bem demonstra a mudança de comportamento na atuação do poder. Esse hoje expressa muito mais a sua legitimidade por meio da participação múltipla (apesar de muitas vezes contraditória), do que pela imposição aceita pelos cidadãos.

Mesmo na produção das leis, os grandes grupos econômicos interferem. A negociação passa, então, a contribuir para a autolimitação do Estado e de sua soberania normativa. A participação dos grupos privados na origem e administração do Direito privatiza o ordenamento jurídico e propicia uma interpenetração das esferas públicas e privadas, cujo grande problema está em manter o equilíbrio entre a flexibilidade e racionalidade desses procedimentos e a permanência das garantias constitucionais e valores universais. Este o grande desafio do Direito Público contemporâneo.

Na atual realidade do Estado, as democracias ocidentais absorveram em suas Constituições o princípio da separação dos poderes, mas não o concretizam de forma rigorosa porque é impossível mantê-los estanque. A própria dinamicidade das situações e da realidade circundante que todos os dias cria fatos novos impõe a necessidade de rever conceitos.

E não é diferente com o princípio da separação de poderes. Este, como disse Paulo Bonavides, “expirou como *dogma* da ciência”²⁴². Não há mais aquela separação de poderes preconizada pela Revolução Liberal. Há sim, divisão de funções. Esta é a

²⁴² Paulo Bonavides, *Ciência Política...*, p. 161 e ss.

parcela que sobrevive do princípio, juntamente com as delimitações impostas na Constituição, sempre nos termos da Constituição.

Há sim, *essências* que permanecem. Desta feita, a competência do Poder Legislativo está *essencialmente* em editar as leis, mas esse poder normativo também está, ainda que em menor medida, dividido com o Poder Executivo que pode editar Medidas Provisórias, Regulamentos, e outros atos; e com o Poder Judiciário, que tem iniciativa de lei (art. 93 da CF/88), edita regulamentos para o funcionamento de seus próprios Tribunais, tem competência para expurgar normas do ordenamento jurídico e para dizer a interpretação compatível com a Constituição.

O poder de administrar as coisas públicas está *essencialmente* no Poder Executivo, mas já se demonstrou que Legislativo e Judiciário também são responsáveis pela administração da coisa pública, seja porque devem administrar os recursos financeiros e de pessoal de seus próprios órgãos; seja porque o Legislativo é co-responsável pelas escolhas tomadas pelo Poder Executivo quando analisa, vota, emenda e aprova o orçamento do governo; seja porque o Judiciário não deve se esquivar de sua co-responsabilidade, que nasce desde quando é competente para dizer se as ações públicas são ou não constitucionais, se os Direitos Fundamentais estão ou não sendo efetivados, se houve ou não ato de improbidade administrativa, se a gestão do administrador público se pautou ou não de acordo com a lei, a Constituição e os princípios que ela informa.

Ao Judiciário cabe, essencialmente, o poder de julgar, mas nem este é exclusivo. O Poder Legislativo julga (aprova ou não) as contas dos governadores de Estado, o Senado processa e julga o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52 CF/88). O Poder Executivo, do mesmo modo julga quando decide os processos administrativos, por exemplo, quando decide os recursos interpostos pelos interessados nos processos licitatórios.

Já se viu, portanto, que há intervenções do Legislativo no Executivo. O orçamento parece ser o ponto mais sensível de controle do Legislativo nas ações do Executivo. E este exerce influência sobre aquele outro quando elabora projetos de lei. A interferência ocorrerá quando qualquer dos poderes exerce função característica dos demais.

No Brasil, todas as Constituições após o Império falam de três poderes “harmônicos e independentes”. Não mencionam o termo “separação de poderes”, como se quisessem reforçar a teoria dos pesos e contrapesos.

Contudo, vale a pena concordar com Reinhold Zippelius²⁴³, quando acertadamente afirma que, mesmo com as interpenetrações e pouca nitidez de limites entre os três poderes do Estado, concretiza-se ainda assim a verdadeira finalidade da divisão de poderes, se de maneira geral estes se controlam reciprocamente e com eficácia.

Diante do exposto, entendemos que o princípio da separação de poderes não pode mais ser utilizado como dogma. Ao contrário, para fazer valer os princípios do Estado Democrático de Direito, a divisão de poderes, ainda vigente²⁴⁴ nos termos do art. 2º da CF/88, há de ser entendida como um *sistema constitucional de distribuição de funções* através da qual as competências são *divididas, essencialmente — mas não exclusivamente — de acordo com a natureza dessas funções*, pelos três poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação de poderes permanece porque é necessário que haja independência orgânica entre os três poderes, o que postula a ausência de meios de subordinação, como único meio de efetivar a independência entre eles.

²⁴³ Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 417.

²⁴⁴ Pode-se dizer que o princípio deixou de ser dogma mas, reformulado, serve muito bem para contenção de poder., Exemplificamos com o seguinte acórdão: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE OUTORGA AO PODER EXECUTIVO A PRERROGATIVA DE DISPOR, NORMATIVAMENTE, SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA - DELEGACAO LEGISLATIVA EXTERNA - MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO - POSTULADO DA SEPARACAO DE PODERES - PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - CONVENIÊNCIA DA SUSPENSAO DE EFICÁCIA DAS NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. [...] Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja *sedes materiae* — tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil — só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo.” (ADIMC-1296/PE – Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/06/95. Publicação: DJ 18/08/95, pp.23554, v. 1 795-01, pp. 00027. (Fonte: STF, <http://www.stf.gov.br>).

CAPÍTULO VI

**O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO
DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL:
OS LIMITES**

*Sumário: VI.1 - O controle da Administração Pública
VI.1.1 - O controle interno VI.1.2 - O controle externo VI.2
- Meios jurisdicionais de oposição à Administração VI.3 -
Limites à intervenção judicial VI.3.1 - Vinculação e
discricionariedade, legalidade e mérito VI.3.2 - A
discricionariedade e os conceitos indeterminados no Direito
brasileiro VI.3.3 - Os limites impostos à revisão do ato
administrativo pelo Judiciário VI.4 - O Poder Judiciário na
construção do Estado de Direito brasileiro*

VI.1 - O controle da Administração Pública

O poder de fiscalização e correção exercido por um poder, órgão ou autoridade sobre a conduta funcional de outro, e que tem por finalidade garantir a adequação do ato administrativo aos princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico, é o que se denomina controle sobre a Administração Pública. Ressalte-se que esse controle pode ser exercido sobre qualquer órgão dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, desde que estes estejam exercendo função tipicamente executiva.

Existem vários critérios previstos no ordenamento jurídico pelos quais o controle institucionalizado se realiza. Quanto ao órgão, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial. Quanto ao aspecto do ato a ser controlado, pode ser de legalidade ou de mérito, ou ainda da boa administração (produtividade, gestão, eficiência). Quanto ao momento, este pode ser prévio, concomitante ou judicial. O controle pode ser ainda interno ou externo, a depender da natureza do órgão controlador, se integrante ou não da mesma estrutura em que se insere o órgão controlado.

Há também o chamado controle social, não institucionalizado, aquele que é exercido pelas sociedades civis, pelas manifestações públicas (passeatas, greve, abaixo-assinados), pela imprensa escrita, falada e televisiva, denúncias ou outras formas de

expressão da indignação coletiva. Este, apesar de não conter intrinsecamente uma medida por si só efetiva, influencia em muito no efetivo controle da administração da coisa pública.

Alerta Odete Medauar²⁴⁵ que o tema do controle está ligado à questão da transparência e visibilidade das decisões administrativas, especialmente aquelas ligadas ao Executivo, que hoje talvez seja, de fato, o poder mais expandido dentre os demais. Porém, deve ser ressaltado que a transparência, decorrência natural da publicidade, em regra, deve permear todos os atos administrativos de quaisquer dos três poderes, pois é a publicidade que põe à mostra o ato, permitindo que o cidadão verifique o que é feito pela Administração.

Somente com a publicidade os dados se tornam acessíveis para que o controle social possa ser exercido de forma eficiente. A Internet tem se mostrado uma verdadeira ferramenta neste processo. Donde é possível concluir que o cidadão tem, hoje em dia, um acesso mais fácil aos dados governamentais, sejam eles atos administrativos propriamente ditos, meras informações, ou pesquisas, sempre que divulgados por meio da Internet, oportunizando a efetivação da democracia.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁶ chama a atenção para as leis n.ºs. 4.898/65 e 8.429/92. A primeira trata do direito de representação e do processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, ressaltando que qualquer pessoa pode realizar esse controle, bastando que peticione contra a autoridade culpada, dirigindo-se à autoridade competente para aplicar a respectiva sanção. A última lei qualifica os atos que considera “improbidade administrativa”, asseverando uma série de sanções àqueles que praticam tais atos, resultando em sanções administrativas, penais e civis e ainda podendo trazer outras implicações como suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber incentivos fiscais, ressarcimento integral do dano, e outras conseqüências previstas no art. 12 da Lei 8.429/92. Os arts. 9, 10 e 11 desta última citada Lei, classificam os atos de improbidade administrativa como sendo aqueles que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário, ou que atentem contra os princípios da Administração Pública.

²⁴⁵ Odete Medauar, *op. cit.*, p. 441.

²⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo ...*, p. 120-121.

VI.1.1 - O controle interno

O controle administrativo interno é o controle realizado pelo Executivo e pelos órgãos de administração dos demais poderes, sob sua própria atuação, verificando a legalidade e o mérito, seja por provocação ou iniciativa própria.

O controle exercido sobre os órgãos da Administração direta é um controle interno que decorre do poder de autotutela²⁴⁷. É este poder que permite à Administração rever seus próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos. Aliás, esta disposição é objeto das Súmulas 346 e 473, ambas do STF²⁴⁸, e ganhou reforço no art. 53 da lei que regula o processo administrativo²⁴⁹ no âmbito da Administração Pública federal — Lei nº 9.784, de 1999.

Existem vários mecanismos de controle interno, tais como o recurso administrativo; o autocontrole; o controle hierárquico; o controle de gestão; inspeções, auditorias e correições; supervisão; pareceres vinculantes; controle financeiro interno; ouvidor; e o controle da Administração indireta²⁵⁰.

O autocontrole ocorre espontaneamente ou mediante provocação, e é feito pela própria autoridade que realizou o ato. O controle hierárquico, diferentemente, é a fiscalização que os órgãos superiores exercem sobre as atividades dos órgãos inferiores. O controle de gestão, aceito pela última Reforma Administrativa, preocupa-se com o estabelecimento e o cumprimento das metas e objetivos dispostos previamente; abrange, sobretudo, o aspecto dos resultados, e liga-se essencialmente à eficiência. Já por meio das inspeções, auditorias e correições colhem-se dados sobre os serviços controlados para fornecê-los às autoridades dotadas do poder de decisão. A supervisão ministerial, prevista no Decreto nº 200/67, implica a orientação, coordenação e controle dos órgãos ligados ao Ministério na área de sua competência. Pareceres vinculantes são aqueles para os quais a lei exige consulta prévia e determina a necessária decisão no sentido da orientação nele contida. O ouvidor (*ombudsman*) tem a função de receber queixas,

²⁴⁷ Cf. Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Direito Administrativo ...*, p. 480.

²⁴⁸ Este é o teor da Súmula 346/STF: “A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”. Já a Súmula 473/STF remarca: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Administração Pública: Legislação*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 481).

²⁴⁹ Art. 53 da Lei 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. (*Idem*, p. 424).

²⁵⁰ Cf. Odete Medauar, *op. cit.*, p. 443 e ss.

elogios e denúncias da população de um modo geral, para que, com isto, os problemas sejam identificados, melhorando a eficiência do serviço prestado à população e ajudando no combate à corrupção.

Diferentemente do controle exercido no âmbito da Administração direta, denominado controle hierárquico, que é pleno e ilimitado, o controle exercido sobre os órgãos da Administração indireta é sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece, sendo apenas um controle finalístico. Este é um controle administrativo externo que só pode ser feito se houver previsão legal, sob pena de ferir a autonomia a eles concedida pela lei que os tenha criado.

Tão importante o tema do controle que a Constituição Federal de 1988, no Título IV, que trata da organização dos poderes, inseriu no art. 74 da Seção IX (Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), disposição determinando que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como na aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, assim como dos direitos e haveres da União; além de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Outro ponto importante nessa determinação constitucional está em seus dois primeiros parágrafos, que responsabilizam solidariamente aqueles que realizam o controle interno que, tomando conhecimento de qualquer irregularidade, não derem ciência dela ao Tribunal de Contas da União, e permitem que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denuncie irregularidades ou ilegalidades, perante o mencionado Tribunal de Contas.

Para os efeitos do controle administrativo há uma série de meios dispostos de que podem se utilizar os administrados para provocar a revisão do ato pela Administração Pública. Os recursos administrativos, por exemplo, têm fundamento constitucional²⁵¹ no art. 5º, XXXIV e LV.

²⁵¹ Este é o teor do primeiro inciso citado: “XXXIV - São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa do direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”. E assim está disposto no inciso LV do art. 5º da CF/88: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

São modalidades²⁵² de recurso administrativo a representação (Lei n.º 4.898/65), a reclamação administrativa (Decreto n.º 20.910/32), o pedido de reconsideração (Lei 8.112/90), os recursos hierárquicos próprios e impróprios, e a revisão (Lei n.º 8.112/90); todos dispostos em legislações esparsas. Mais recentemente, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, buscando uniformizar procedimentos, assinala as regras sobre o recurso administrativo e a revisão, em seus artigos 56 a 65. Outras leis, no âmbito da matéria tratada, estipulam a forma pela qual se dará o respectivo recurso, como é o caso da Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93). Convém assinalar que, ainda que inexista recurso próprio, o direito de peticionar à Administração pública está, de forma geral, garantido no art. 5º, XXXIV, “a”, junto com outros direitos e garantias fundamentais, na Magna Carta promulgada em 1988.

Para não deixar de mencionar, pode-se ainda, como Hely Lopes Meirelles²⁵³ faz, incluir dentro da matéria controle administrativo a coisa julgada administrativa que não tem o mesmo alcance da coisa julgada judicial, mas provoca a irretratabilidade do ato perante a própria Administração; a prescrição administrativa, pela qual opera a preclusão da oportunidade de atuação sobre a matéria sujeita à apreciação pelo Poder Público; e o processo administrativo, que registra os atos e, por conseguinte, é um meio de controle de seus agentes.

VI.1.2 - O controle externo

O controle externo, aquele que envolve poder diverso do que é controlado, engloba o controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração e o controle jurisdicional.

assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Fonte: *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, 29. ed., São Paulo, Saraiva, 2001)

²⁵² Essa a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo ...*, p. 482). Já Odete Medauar entende que não se deve confundir recursos administrativos com denúncias de ilegalidades ou de abuso de poder, pois não considera que assim agindo o servidor esteja interpondo recurso administrativo. Desta forma, a autora considera recurso administrativo no ordenamento brasileiro os seguintes: Pedido de reconsideração, recurso hierárquico próprio e recurso hierárquico impróprio (op. cit. p. 447-450). A despeito de toda precisão terminológica desta autora, neste ponto empregamos o termo num sentido lato, preferindo a classificação da Prof. Maria Sylvia Di Pietro. O termo pretende dar o significado de pedido que se faz à Administração para que esta reveja o ato, argumentando que, no fundo, o que se deseja por meio de reclamação, é modificar aquele ato para restabelecer a legalidade. Se o pedido é feito à Administração e não a outro Poder, entendo ser possível dar ao termo “recurso administrativo” um entendimento mais amplo do que emprega a autora Odete Medauar.

²⁵³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 564 e ss.

O controle legislativo dá-se de dois modos: através do controle parlamentar direto que tem uma natureza política, ou por meio do Tribunal de Contas, que é o órgão auxiliar do Legislativo em matéria de controle financeiro. Este tipo de controle, porque implica interferência de um poder sobre o outro, tem de se limitar às hipóteses constitucionais.

Assim, pelo controle parlamentar direto, cabe a sustação de atos e contratos do Executivo (arts. 49, V e 71, § 1º); a convocação de Ministro de Estado e requerimento de informações, recebimento de petições, queixas e representações dos administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor (art. 50 e seu §2º; art. 58, § 2º, III, IV e V); a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito com poderes próprios das autoridades judiciais (art. 58, §3º); dar autorização ou aprovação (do Congresso) para atos concretos do Executivo (art. 49, I, II, III, XIV, XVII); há ainda alguns poderes controladores privativos do Senado, tais como aprovar, por voto secreto, a escolha de magistrados (art. 52, III); julgar as contas do executivo (art. 49, IX); suspensão do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade (art. 86). O controle político, contudo, de um modo geral, parece na prática inefetivo, seja por ausência de sanção específica, seja por falta de interesse político.

A outra forma de controle exercida pelo Legislativo, como dito antes, dá-se por meio do Tribunal de Contas. Desse modo impõe o art. 70 da CF/88: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo controle interno de cada Poder”. Este artigo delimita a matéria a ele competente e no seguinte, no art. 71, determina que este será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Os incisos do art. 71 trazem as matérias que lhe compete analisar, tais como: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos; apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal; realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três poderes (incluindo os entes da administração indireta, inclusive fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal); fiscalizar as contas de empresas das quais a União participe; dentre outras competências ali expressas.

O controle jurisdicional, que mais nos interessa, tem o albergue da norma constitucional inserida dentre os direitos e garantias fundamentais, especialmente no art. 5º, XXXV que, pela importância, vale reproduzi-lo literalmente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De logo se observa que não é preciso que haja se consubstanciado a lesão, basta que exista apenas a ameaça para que o interessado bata às portas do Judiciário invocando a sua proteção. Como estamos falando de controle da Administração Pública, essa proteção pode ser pedida para garantir direito individual do servidor ou do administrado, ou para resguardar o patrimônio da própria Administração (por exemplo, quando o administrador está dilapidando o patrimônio público), ou até para defesa dos direitos difusos (direito ao meio ambiente equilibrado). É muito vasto o campo de atuação jurisdicional. Observemos que a Constituição não admitiu nenhuma exceção no art. 5º, XXXV, cujo teor aqui se frisa: “a lei *não excluirá* da apreciação do Poder Judiciário [...]”. Este é o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, tão caro e bom para a manutenção do Estado de Direito.

Vale a pena gizar que o controle judicial, juntamente com os princípios da legalidade e da separação de poderes, são os mais importantes fundamentos do Estado de Direito.

No Brasil, quanto a esse tipo de controle, o sistema adotado foi o da unidade da jurisdição. Ou seja, o Poder Judiciário é o único competente para apreciar, com força de coisa julgada, lesão ou ameaça de lesão. Ele detém, portanto, o monopólio da função jurisdicional.

Este, para ser exercitado, tem de ser provocado. Apesar de ocorrer, de regra, de modo repressivo, pode ser exercido preventivamente diante da existência de ameaça a direito individual ou coletivo. Para tomar lugar, não é mais necessário que se esgote a via administrativa, da qual pode o administrado abdicar, desistir ou exaurir, sem que isto implique em renúncia do direito de buscar a tutela jurisdicional. O controle da Administração exercido pelo Poder Judiciário continua a ser o mais importante e efetivo.

O alcance do controle jurisdicional será tratado mais adiante. Convém agora citar os meios legais disponíveis, ou seja, quais são os tipos de ações disponíveis no

sistema brasileiro, visando o ataque ao ato administrativo na via judicial a fim de demonstrar que há meios jurisdicionais efetivos de oposição à Administração.

VI.2 - Meios jurisdicionais de oposição à Administração

Afora as medidas judiciais normais disponíveis no direito privado, que também podem ser utilizadas nesta seara, tais como as de reintegração de posse e as medidas cautelares em geral, várias são as normas que tratam do controle jurisdicional da Administração Pública, com a intenção de corrigir a conduta administrativa.

A fim de reforçar que, além dos meios de controle administrativo e legislativo, estão disponíveis aos interessados e aos legitimados inúmeros meios jurisdicionais de oposição à Administração Pública, visando restabelecer possíveis ilegalidades, é que eles são aqui citados. Pode-se enumerar: ação civil pública, onde o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, privada ou pública que cause lesão ao interesse difuso, cabendo especialmente ao Ministério Público a defesa (por meio da ação civil pública) do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Lei nº 7.347/85); ação popular, que representa a garantia de que qualquer cidadão é parte legítima a propô-la quando vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII e Lei nº 4.717/65); mandado de segurança individual e coletivo, concedido para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou a ela se equivalha (Lei nº 1.533/51, e no art. 5º, LXIX e LXX da CF/88); *habeas data*, destinado a garantir os indivíduos contra o uso abusivo de registro de dados pessoais ou a conservação de dados errôneos ou falsos (art. 5º, LXXII da CF/88); *habeas corpus*, cabível sempre que alguém

sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (5º, LXVIII da CF/88); mandado de injunção, possível sempre que, por ausência de norma regulamentadora, for inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania (art. 5º, LXXI da CF/88); e a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão. Somam-se à ação direta de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Todas estão dispostas nos arts. 101 a 103 da CF/88, cabendo ao Supremo Tribunal Federal processá-las e julgá-las. .

É de lembrar ainda que alguns desses meios podem servir ao Executivo para acionar os outros poderes ou os particulares.

VI.3 - Limites à intervenção judicial

Para estabelecer limites à intervenção do Poder Judiciário sobre a atuação do Poder Executivo, é necessário a análise de conceitos relativos à vinculação e discricionariedade, legalidade e mérito, para somente depois definir esses limites com contornos mais precisos. É o que fazemos a seguir.

VI.3.1 - Vinculação e discricionariedade, legalidade e mérito

A apreciação do ato administrativo pelo controle judicial passa obrigatoriamente pela distinção entre ato vinculado e discricionário. Vinculado é todo ato praticado em atendimento a uma norma que não deixe vazão para análise do juízo de conveniência ou oportunidade. A solução é uma, somente: realizar o ato exatamente como descreve a norma. Neste caso a lei traz em si delimitações rigorosas e objetivas, já prevendo como deve ser a atuação da Administração diante do caso concreto.

De outra sorte, casos há em que não é possível prever antecipadamente a solução, deixando ao administrador certa margem de liberdade, diante do qual deve ele preencher com seu próprio juízo o campo de indeterminação normativa, a fim de alcançar as finalidades legais.

Não se deve pensar que a discricionariedade se origina da ausência de lei, ao contrário, ela decorre da própria disciplina normativa²⁵⁴. Isto porque a lei pretende que seja analisado, em cada caso concreto, qual a solução adequada e pertinente, pois além de ser materialmente impossível ao legislador prever todas as possíveis situações, em muitos casos, engessar o administrador equivaleria a burocratizar excessivamente, fazer valer a injustiça, a ineficiência, desatendendo à finalidade da lei. É necessário, então, que o juízo do administrador integre a determinação normativa, respeitando os princípios da Administração Pública, enfrentando as questões que lhe são postas com razoabilidade, proporcionando a necessária adequação entre meios e fins.

Apropriadamente ressalta Prospel Weil que a dosagem entre o poder discricionário e a competência vinculada é importante porque “dá a medida da liberdade da administração, uma vez que também constitui o ponto de equilíbrio entre o automatismo absoluto e a arbitrariedade pura.”²⁵⁵ Também se mostra importante para determinar os direitos dos administrados, que, conforme o caso, poderão ou não exigir uma conduta; e por fim, porque fixa os limites do controle do juiz, definindo aquela parcela da conduta que não poderá ser subtraída do controle jurisdicional.

Na lição de Maria Sylvia Di Pietro, a discricionariedade encontra limites na competência, forma, objeto, motivo, e finalidade. O princípio da legalidade, em sentido amplo, esse é o guia mor, o limite único para a discricionariedade²⁵⁶.

O núcleo onde a Administração exerce o seu poder de decisão segundo os critérios da conveniência e oportunidade, onde age com maior liberdade para decidir entre duas ou mais situações legitimamente admissíveis tendo em vista a finalidade legal, é o que se chama de mérito.

A legalidade do ato, ponto no qual doutrina e jurisprudência concordam que deve ser indiscutivelmente apreciada pelo Judiciário, significa verificar a adequação do ato administrativo à norma legal.

²⁵⁴ Vide Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo ...*, p. 549). Do mesmo modo, Enterría e Fernandez ensinam: “Toda ação administrativa apresenta-se-nos assim como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído” (*op. cit.*, p. 376-7).

²⁵⁵ Prospel Weil, *op. cit.*, p. 123.

²⁵⁶ Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa ...*, p. 97.

Jean Rivero afirma que “se as exigências da legalidade se estendessem a todos os elementos da actividade administrativa, esta seria puramente passiva: o papel da Administração reduzir-se-ia à elaboração mecânica dos atos particulares impostos pela norma geral: toda liberdade de apreciação, toda iniciativa estariam proibidas. Na realidade não é assim; a submissão da Administração ao direito deixa subsistir a seu favor uma zona de liberdade: é o poder discricionário.”²⁵⁷

Ou seja, na atividade prática o administrador necessita de uma certa margem de liberdade para que possa fazer valer a finalidade da lei. Existindo a discricionariedade, ao administrador caberá ponderar²⁵⁸ sobre determinados fatos a fim de tomar a decisão mais acertada. Certamente que essa liberdade não é ilimitada, ao contrário, está adstrita às margens legais, ou por outra, deve atender à lei, aos princípios constitucionais do Direito Administrativo e aos princípios gerais de Direito.

O mérito, esclarecemos, é exclusivo do ato discricionário, enquanto a legalidade reveste tanto o ato vinculado como o discricionário.

VI.3.2 - A discricionariedade e os conceitos indeterminados no Direito brasileiro

A discricionariedade tem como fundamentos: deliberada concessão legal à Administração para que esta avalie no caso concreto qual a melhor maneira de satisfazer a finalidade legal; a impossibilidade material de o legislador prever todas as possíveis situações fácticas; e a inviabilidade jurídica, posto que a lei tem carácter abstrato, sendo impróprio (ao legislador) invadir esfera de individualização própria do Executivo, sob pena de sacrificar a sua própria qualidade de legislador²⁵⁹.

²⁵⁷ Jean Rivero, *Direito Administrativo*, trad. Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra, Almedina, 1981, p. 93.

²⁵⁸ José Cretella Júnior (*op. cit.*, p. 244) entende que “na prática, in concreto, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir. Essa ponderação pessoal é traduzida em um juízo de valor. Isto é melhor, isto é útil, isto é oportuno, isto é conveniente.”

²⁵⁹ Os fundamentos foram extraídos da preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Contudo, excluimos proposadamente o que o autor enumera como um quarto fundamento da discricionariedade, a “impossibilidade lógica”, pois a ela atrela a noção de conceitos indeterminados. Afirma o autor: “Ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia *vinculação*. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia *discricionariedade*.” (*Curso de Direito Administrativo ...*, p. 553)

Os conceitos jurídicos indeterminados são empregados para designar expressões que são encontradas com frequência nas normas jurídicas mas que não possuem um sentido claro, cujo conteúdo e extensão levam, em grande medida, à incerteza.

Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, Di Pietro afirma, grosso modo, que a doutrina se posiciona de duas maneiras²⁶⁰: uns entendem que não há discricionariedade porque diante deles o administrador tem de fazer a interpretação da norma, chegando a uma única solução possível; enquanto outros defendem que eles conferem discricionariedade quando se tratar de conceitos de valor, e que esta não subsiste quando se tratar de conceitos técnicos ou de experiência.

A doutrina brasileira, em regra, vincula os conceitos indeterminados com a idéia de discricionariedade. A ligação se daria na medida em que a discricionariedade representaria a parcela remanescente à interpretação de conceitos plurissignificativos. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que “a liberdade administrativa estender-se-ia ao longo do percurso de imprecisão do conceito utilizado”²⁶¹. Isto é, dentro da zona de indefinição ou penumbra competiria ao Administrador escolher, dentre as diversas opções possíveis, aquela que se encaixaria perfeitamente ao caso concreto. Esses conceitos que o autor insere como pertencente ao mundo do valor e da sensibilidade, acabariam por acarretar uma “impossibilidade lógica” de completa vinculação, pois são essencialmente conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, que cometem ao administrador a obrigação de eleger, *in concreto* a solução ideal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶² segue a mesma linha de Celso Antônio Bandeira de Mello ao entender que, quando a Administração emprega conceitos indeterminados, será necessário, em primeiro lugar, interpretá-los para verificar se estes são conceitos que somente possuem um único significado, ou se possuem dois ou mais significados. Ao encerrar a atividade interpretativa, se somente for possível identificar um único significado, a atividade será vinculada; se for possível encontrar duas ou mais soluções igualmente válidas, o administrador deverá utilizar-se de seu juízo para chegar a uma solução adequada, aí se terá a discricionariedade. Portanto, somente quando termina o trabalho interpretativo é que tem início a discricionariedade.

A autora esclarece que somente quanto aos conceitos de experiência ou empíricos é que fica afastada a discricionariedade, porque existem critérios práticos e

²⁶⁰ Cf. Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa ...* p. 92.

²⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo ...*, p. 553.

²⁶² Di Pietro, *Direito Administrativo*, 8.^{ed.}, São Paulo, Atlas, 1997, p. 478 e ss.

objetivos, extraídos da experiência comum que servem de referência. Nos casos de conceitos técnicos, afirma que “nem toda ciência técnica é ciência exata”²⁶³, havendo casos em que um parecer técnico poderá dar margens a diferentes interpretações. Acrescenta a autora que os pareceres técnicos não são necessariamente vinculantes, havendo situações em que outros valores podem se sobrepor para que o administrador decida em sentido contrário. Já nos casos de conceitos de valor, a discricionariedade existe, “embora não signifique liberdade total isenta de qualquer limite.”²⁶⁴ O problema que Di Pietro ressalta é juntamente como definir onde termina a interpretação e inicia a discricionariedade.

A solução dos autores para esses conceitos fluidos é resumidamente a seguinte: se não houver um critério objetivo que possa ser extraído da norma, da ciência ou da experiência comum, se houver necessidade de apreciação subjetiva de valor para delimitação do conceito em exame, haverá discricionariedade.

Arruda Alvim²⁶⁵ distingue discricionariedade de conceitos indeterminados. Aquela investe o administrador da possibilidade de mais de uma solução legítima enquanto estes conduzem ou tendem a conduzir, necessariamente, à univocidade. Para o autor, conceito vago é o que conduz a um núcleo de evidência da situação, fora do qual há uma área de hesitação e incerteza. O ato discricionário, no entanto, é o que eleva a esfera de liberdade em norma incompleta ou em branco, deixando ao administrador uma margem para exercer um juízo de oportunidade e conveniência.

Germana de Moraes atualiza o tema da discricionariedade e dos conceitos indeterminados e conclui detalhadamente que, por primeiro, é preciso desvincular a discricionariedade da idéia de controle judicial. Traz a idéia de superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, pontuando que o Direito deixou de ser entendido como “direito por regras” passando a conter uma nova concepção do “direito por princípios”; onde o ato administrativo vincula-se em maior ou menor grau não apenas à legalidade, mas à totalidade de princípios. A “principalização do Direito” deu a permissão para redefinir os limites da discricionariedade, fornecendo novos standards

²⁶³ Cf. Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 93.

²⁶⁴ *Idem*, p. 93.

²⁶⁵ Arruda Alvim, “A discricionariedade administrativa e o controle judicial”, in: Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (org.), *Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 227-237.

que modificaram também a relação entre o Direito, a lei e a discricionariedade²⁶⁶. Essa visão do Direito por princípios serviria, inclusive, como critério orientador e dosador das decisões a serem tomadas pela Administração Pública para o exercício daquela liberdade. A ponderação de interesses envolvidos na decisão discricionária seria resolvida por meio dos “princípios constitucionais e princípios gerais de Direito, bem como a critérios não positivados alheios a esses princípios. Daí decorre a distinção entre discricionariedade e mérito, adstrito esse último à valoração administrativa mediante parâmetros não positivados — oportunidade e conveniência, que refogem aos vetores fixados nas normas constitucionais e infraconstitucionais.”²⁶⁷ O mérito é, então, a parcela da discricionariedade preenchida pela valoração não permeada por qualquer critério positivado. Por essa razão, é que esta parcela seria insuscetível de controle jurisdicional.

A autora faz distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados²⁶⁸. Ou seja, os conceitos jurídicos indeterminados não se situam necessariamente na área discricionária, nem encerram um único tipo. Podem ser conceitos jurídicos indeterminados vinculados ou não-vinculados, e dentre esses últimos há os discricionários ou não. Os vinculados são aqueles que conduzem a uma única solução juridicamente possível no caso concreto. Os não vinculados, ao contrário, conduzem a mais de uma solução jurídica razoavelmente sustentável perante o Direito. Dentre os não-vinculados, os discricionários são aqueles que compreendem, além do tipo aberto da norma, uma divergência axiológica onde será necessário avaliar e ponderar os interesses envolvidos, valorando-os sob a lente do interesse público inserido na norma. Há ainda os conceitos jurídicos indeterminados não vinculados que não são discricionários. Esses, Germana de Moraes denomina de “conceitos verdadeiramente indeterminados” que são os conceitos que envolvem juízos de

²⁶⁶ Germana de Moraes defende que: “A principialização do Direito [...] forneceu novos parâmetros jurídicos — não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade e destacou o mérito como ‘núcleo político’ da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Deste modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito”. (*op. cit.*, p. 37).

²⁶⁷ *Idem*, p. 179.

²⁶⁸ Germana de Moraes entende que “O exercício da discricionariedade não se confunde com a valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados. No entanto, intercepta-se com a aplicação das normas enunciadas, através de conceitos indeterminados, quando estes são empregados no conseqüente (estatuição de efeitos) da norma jurídica, para expressar uma indeterminação de efeitos. Tem-se o exemplo clássico: diante das situações perturbadoras do interesse público, a administração poderá adotar as medidas necessárias. O efeito previsto é enunciado de forma vaga, através da expressão ‘medidas necessárias’.” (*Ibidem*, p. 73)

prognose, ou seja exigem uma avaliação prospectivas das circunstâncias de fato, envolvendo uma aptidão que se volta para o futuro.

Em suma, podemos dizer que, a discricionariedade também é um caso de remissão legal. Só há discricionariedade administrativa porque a lei assim dispõe, e é importante distingui-la dos conceitos jurídicos indeterminados (interesse público, boa-fé, entre outros). Estes por vezes se mostram, no caso concreto, perfeitamente delimitáveis, pois admitem somente uma solução²⁶⁹, como é o caso dos conceitos jurídicos indeterminados vinculados. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser de dois tipos: vinculados e não vinculados. Já quando há discricionariedade, há sempre mais de uma hipótese possível para solução do caso, todas igualmente legais, portanto, legítimas.

Essas diferenciações demonstram sua valia para a imposição dos limites à apreciação judicial do ato administrativo.

VI.3.3 - Os limites impostos à revisão do ato administrativo pelo Judiciário

Questão bastante discutida essa do mérito, que, tanto quanto o dogma da separação de poderes, serve para alguns juízes se esquivarem de apreciação que lhes é apresentada sob a forma de ação em processo. Vejamos o que diz a doutrina sobre o tema.

Na concepção de Di Pietro, para os atos vinculados não existe restrição. Já com “com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.”²⁷⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, comentando a discricionariedade, ensina: “Ponha-se reparo e sublinhadamente que em quaisquer das hipóteses aventadas — a serem logo esclarecidas — tal liberdade (da Administração) é *sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo Judiciário*, que deverá confiná-la em seus adequados redutos.”²⁷¹

²⁶⁹ Explicando: Não existe meia boa-fé: ou há ou não há boa-fé. Certos conceitos indeterminados tornam-se delimitáveis no caso concreto. (Enterría e Fernandez, *op. cit.*, p. 381 e ss.).

²⁷⁰ Di Pietro, *Direito Administrativo...*, p. 180.

²⁷¹ Celso Antonio Bandeira de Melo, *Curso de Direito Administrativo ...*, p. 554 (grifos no original).

A posição de Odete Medauar se dá nos seguintes termos: “Hoje no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites.”²⁷²

Hely Lopes Meirelles já ensinava que “a só invocação da natureza política do ato não é suficiente para retirá-lo da apreciação judiciária. Necessário é que, em sendo um ato com fundamento político, não se tenha excedido dos limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que o praticou.”²⁷³

Arruda Alvim enfrentou o problema elegendo como pressuposto do ato discricionário o que chamou de “a causa do ato” (relação de compatibilidade dos fatos ocorridos com aqueles descritos na norma), sendo relevante também a finalidade pública e o conteúdo lícito do ato. Identifica o que sabemos: o problema está em distinguir a fronteira entre atividade administrativa e controle judicial. Mas afirma peremptoriamente: a margem de liberdade, ou melhor, de discricionariedade é do administrador, e não do juiz. A este cabe verificar se o administrador agiu dentro da esfera correspondente à liberdade; se o fez, não há possibilidade de modificação do ato. O fundamento para não intervir estaria justamente no princípio da divisão de poderes. O juiz não pode sobrepor o seu critério ao do administrador.²⁷⁴

Em se tratando de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, vale a pena trazer a contribuição de Germana de Moraes, para quem “atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos de prognose, é suscetível de revisão judicial (...)”²⁷⁵. Essa revisão nem sempre será ilimitada, mas certamente caberá ao Judiciário “a avaliação da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais

²⁷² Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno: De acordo com a EC19/98* ..., p. 464.

²⁷³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 608.

²⁷⁴ Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 227/237.

²⁷⁵ Germana de Oliveira Moraes, *op. cit.*, p.192-193. A autora afirma que o Judiciário somente não pode adentrar e substituir o juízo do administrador público pelo seu próprio quando se tratar de conceitos jurídicos indeterminados ou de prognose (cuja densificação envolve a avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais; são juízos de aptidão que envolve apreciação de situações fáticas) ou do núcleo propriamente dito da discricionariedade (oportunidade e conveniência). Nesses casos a apreciação do juiz será limitada.

de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato.²⁷⁶ A autora concluiu que a discricionariedade deve ser confrontada com aos princípios constitucionalmente positivados que regem a Administração Pública e com outros princípios gerais de Direito, tais como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A parcela que não encontra qualquer parâmetro normativo ou principiológico permanece inacessível ao controle judicial. O mesmo acontece com os conceitos verdadeiramente indeterminados (ou de prognose). Os conceitos jurídicos indeterminados vinculados, assim como aqueles em que a indeterminação conceitual seja condicionada pela linguagem ou pela contextualização prescindem de juízos de prognose, podem ser totalmente revistos pelo Poder Judiciário.

Cassio Scarpinella Bueno descortina o manto de inacessibilidade do mérito pelo Judiciário quando diz que todo e qualquer ato pode ser controlado pelo Poder Judiciário em relação à idéia de finalidade pública. Justifica que é a idéia macroscópica de legalidade e de respeito à ordem jurídica que impõe correlatamente a plena possibilidade de controle jurisdicional do ato administrativo, sendo certo que será maior a dificuldade de controle do ato administrativo discricionário.²⁷⁷ Todo o problema se esgota em um outro: a competência do Poder Judiciário. Cabe ao juiz verificar se a solução adotada pelo administrador público é ou não válida, se ela é ou não tolerada pelo sistema normativo. Ir além é violar a tripartição de poderes. A discricionariedade não pode servir para afastar o controle jurisdicional. Há sempre necessidade do magistrado verificar se o ato é realmente discricionário e se o for, se atendeu a todos os princípios que norteiam o ato administrativo.

Márcio Cammarosano²⁷⁸ ressalta a importância de observar o respeito aos princípios de Direito, à ordem pública e à finalidade da lei; contudo, crê que somente isto não é suficiente. É preciso que ela se adeque à *moralidade administrativa*. O respeito exigido concerne à moral jurídica e não à moral comum. Com isso quer dizer que se deve extrair a moral (sentido e valor) da própria ordem jurídica estabelecida e não da moral de um grupo.

²⁷⁶ *Idem*, p. 193.

²⁷⁷ Cf. Cassio Scarpinella Bueno. “Inafastabilidade do controle judicial da Administração”. In: Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (org.), *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em juízo*, São Paulo, Malheiros, 2000, 238-248.

²⁷⁸ Márcio Cammarosano, “A ampliação do conceito de patrimônio público e sua proteção”, in: Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (org.), *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 264-276.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que o que se sujeita à apreciação pelo Poder Judiciário não é a discricionariedade em si, mas o seu resultado²⁷⁹, no que exorbitou dos limites impostos pela ordem jurídica. Afirma que, para definir o que é legalidade e o que é mérito, é preciso analisar *os motivos* do ato para saber se o administrador excedeu no juízo de oportunidade, e analisar *o objeto* do ato para saber se extrapolou no juízo de conveniência. Utiliza-se dos princípios²⁸⁰ da realidade e da razoabilidade para averiguar se houve excessos por parte da Administração.

De todo modo, Hely Lopes Meirelles já afirmava que “nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela Justiça quando argüido de inconstitucional ou de lesivo ao direito de alguém. Não basta a simples alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial, pois será sempre necessário que a própria Justiça verifique a natureza do ato e suas conseqüências perante o direito individual do postulante. O que se nega ao Poder Judiciário é, depois de haver verificado a natureza e os fundamentos do ato, adentrar no seu conteúdo e valorar os seus motivos.”²⁸¹.

Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar falam da tendência de ampliação do controle judicial da Administração a partir da CF/88. Isso se daria porque houve uma ampliação do conceito de legalidade e uma diminuição do que se entendia por discricionariedade, desde que hoje há parâmetros traçados para essa atuação, devendo serem analisados os motivos, a causa, o fim, e os princípios. Com a vigência do princípio da inafastabilidade do controle judicial, toda e qualquer lesão ou ameaça é passível de contraste pelo Poder Judiciário.

Sem dúvida nenhuma a discricionariedade somente tem início quando termina a interpretação.

A questão dos conceitos jurídicos indeterminados é tema que entendemos estar ligado à interpretação. Os conceitos jurídicos indeterminados apresentam-se como uma técnica alcançada pela evolução e aprofundamento do Direito Administrativo, de modo a tornar cada vez mais diminuto o espaço correspondente à antiga idéia de discricionariedade. Desta, chamamos o que dela sobrou de *núcleo de discricionariedade*. Corresponde ao núcleo político, à análise da conveniência e da oportunidade de realização do ato.

²⁷⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 82.

²⁸⁰ *Idem*, p. 49 e ss.

²⁸¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed., São Paulo, Malheiros, p. 607.

Nos casos em que o Judiciário se depara com conceitos indeterminados não deve identificá-los com a idéia de isenção de controle, mas sim com a idéia de dificuldade de controle. Esta é a posição que já se coloca na moderna doutrina alemã e de Espanha. Como propagam Enterría e Fernandez²⁸², na estrutura do conceito indeterminado é identificável uma zona de certeza positiva, uma zona de incerteza e outra zona de certeza negativa. A dificuldade de fixar a solução justa se atrela à zona de incerteza, mas desaparece nos dois outros extremos. O que deve fazer o juiz? Deve fazer o que normalmente faz quando diante de um problema interpretativo de qualquer dos outros ramos do Direito. Deve revisar a decisão administrativa que redundou na aplicação do conceito jurídico indeterminado, tendo em vista a avaliação dos fatos e das perícias que se fizerem necessárias, para verificar e julgar a adequação à norma e aos princípios constitucionais. Em último caso, o juiz reduz a margem de incerteza e reconduz a solução para uma das duas zonas de certeza. Para essa avaliação será importante considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Desse modo, sempre que possível, os conceitos indeterminados restam excluídos do núcleo de discricionariedade.

A discricionariedade continua a existir em muitas situações. Para seu controle, contudo, foram criadas técnicas de controle judicial. São elas: o controle dos elementos normatizados do ato discricional; o controle dos fatos determinantes; e o controle pelos princípios gerais do Direito.²⁸³

A primeira técnica, que diz respeito ao controle dos elementos que se encontram normatizados, leva em consideração o fato de que toda regra contém elementos suficientemente regulados que justificam o não abandono do controle sobre os mesmos. Podem-se enumerar alguns: existência e extensão da discricionariedade, competência do órgão, tempo, formas e procedimentos, finalidade. O controle que se faz dessa espécie de delimitação da face externa da discricionariedade é que permitirá verificar se ela está sendo exercida com legitimidade. Dentre esses elementos, o fim foi tomado pela teoria do desvio de poder, que também é técnica de limitação do poder. Sob essa óptica, toda atividade deve atender a um fim previamente estabelecido, ainda que tacitamente. Desviar-se desta finalidade significa obstruir o caminho da legitimidade do ato.

²⁸² Cf. Enterra e Fernandez, *op. cit.*, p. 392 e ss.

²⁸³ Sobre o assunto, vale a pena consultar a obra citada de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez.

O controle dos fatos determinantes resume-se à análise dos fatos que ensejaram a produção do ato, da exatidão ou realidade dos fatos que servem de base ou de pressuposto para realização do ato. Mas isto, apesar de importante, não é tudo. É preciso fazer, também, o devido enquadramento legal do fato à norma.

O controle pelos princípios do Direito justifica-se uma vez que a potestade discricional decorre de uma norma legal, e não há sentido se ela desrespeita as normas do sistema, os princípios gerais do Direito e, portanto, a ordem jurídica que lhe dá suporte e estrutura.

Decerto o ato discricionário representa um núcleo de liberdade de atuação do administrador, que deve, incessantemente, buscar a finalidade legal, mas a discricionariedade não é uma assinatura num papel em branco. Ela deve respeito a tudo aquilo já discutido. O controle judicial não pode se restringir apenas ao ato vinculado. Isso não quer dizer que o juiz controlará ou examinará a essência do ato discricionário, ou seja, o seu núcleo (conveniência e oportunidade), mas identificará a sua forma, os seus limites e a sua inserção no mundo jurídico, compatibilizando-o com os princípios constitucionais da Administração Pública e ainda verificando se foram atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade²⁸⁴. Mas, ao se chegar ao núcleo da discricionariedade, não cabe ao Judiciário sobrepor o seu próprio valor à Administração.

VI.4 - O Poder Judiciário na construção do Estado de Direito brasileiro

Não obstante os limites impostos ao Poder Judiciário na apreciação do mérito propriamente dito do ato administrativo, excluído esse núcleo essencial sob o qual não é lícito ao Judiciário substituir o juízo do administrador pelo seu próprio, todas as demais questões estão sujeitas à correção judicial. Esta constatação é extremamente relevante

²⁸⁴ A proporcionalidade significa obediência ao trinômio: adequação, exigibilidade e adequação em sentido estrito. A razoabilidade denota que as condutas não podem ser desarrazoadas, devem ser compatíveis com a atitude do homem médio, com atributos normais de prudência e sensatez, e com a finalidade da lei. Sobre o tema vide Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 63-66; Suzana Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35 e ss.

para a própria formação do Direito, não apenas enquanto norma, mas essencialmente como vida, como “prática social”²⁸⁵.

Nas três nítidas fases do constitucionalismo brasileiro²⁸⁶, que deixam perceber os valores políticos, jurídicos e ideológicos adotados em cada uma delas, pode-se identificar qual a relevância do Poder Judiciário na defesa das instituições. A primeira, correspondente à fase do Império, vinculava-se aos modelos francês e Inglês do século XIX; a segunda, nascida com a República, espelhava-se no modelo constitucional americano; enquanto a terceira, atualmente em curso, traz fortes influências do modelo alemão do século XX.

Na primeira fase, período que vai de 1822 a 1889, na Constituição outorgada de 1824, o Brasil adotou a repartição de poderes de Benjamim Constant, acrescentando um quarto poder à concepção de Montesquieu, o Poder Moderador. O Imperador detinha então, dois dos poderes: o Executivo e o Moderador. O Judiciário, pode-se imaginar, detinha um poder quase inexistente. Ao Judiciário não era dado rejeitar aplicação aos atos do Parlamento. Ao Legislativo competia a guarda da Constituição.

Desde o nascimento da República, o Poder Judiciário passa de Poder subordinado a Poder soberano²⁸⁷. E isso se deu porque a doutrina francesa, que não admitia a interferência do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis, foi deixada de lado. O Brasil passou a adotar o sistema americano de construção pretoriana — que teve no juiz Marshall o seu maior expoente —, introduzindo também no Brasil²⁸⁸ a idéia de que a norma inconstitucional é nula e que o Judiciário é o Poder competente para apreciá-la.

O Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, em seus art. 3º e 9º, consagrou o controle por via de exceção. Foi aceito o controle de constitucionalidade difuso, e por isso, distribuído entre todos os juízes. A Constituição de 1891 deu competência ao Supremo para julgar o recurso, em última instância,

²⁸⁵ Cristiane Derani afirma: “O direito não é uma parte, um estamento da sociedade, é uma *prática social*” E mais adiante completa: “Portanto, para o direito não ser tomado como literatura, referências textuais a uma realidade ideal — o que seria a sua própria descaracterização, fazendo do direito o não-direito —, entendo que o direito é, somente enquanto ação e reação da sociedade, sendo composto pelo texto normativo, contudo não se encerrando nele”. (*Direito Ambiental Econômico*, Max Limonad, 1996, p. 24-5).

²⁸⁶ Cf. Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional ...*, p. 327 e ss.

²⁸⁷ Esta foi a ênfase dada pelo Ministro Nilson Naves (presidente do STJ no biênio 2002-2004), em conferência em Maceió, durante o “Fórum de Debate Eficácia da jurisdição”, em sua palestra que abriu os debates, no dia 29 de outubro de 2001.

²⁸⁸ Sobre a história e evolução do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro vide Ronaldo Poletti, *op. cit.*, p. 71 e ss.

quando fosse contestada a validade das leis em face da Constituição. Como um dos princípios-chave que faziam a estrutura do novo Estado, havia um particularmente importante para esta análise: o funcionamento de uma suprema corte, apta a declarar a inconstitucionalidade dos atos do poder Legislativo. A reforma de 1926 aprimorou esse controle.

A terceira fase, na qual nos encontramos, teve início com a Constituição de 1934. Esse modelo trouxe forte influência das Constituições de Weimar e Bonn. O período tem se caracterizado por uma busca da prevalência do social, e originou conquistas sociais importantes dentro do texto constitucional; trouxe também a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O controle até então era difuso, mas já era suficiente para o destaque político do Judiciário. Em 1965, por meio de emenda à Constituição, introduziu-se o controle de constitucionalidade concentrado, transformando-o num sistema misto, onde ainda hoje vigoram os controles difuso e concentrado²⁸⁹.

A Constituição de 1988 instaurou muitas novidades que vieram a fortalecer ainda mais o Poder Judiciário, concedendo-lhe um acréscimo não apenas de tipos diferentes de ações e de maior volume de trabalho, mas, essencialmente, um acréscimo de competência. São as novidades da Carta Constitucional em vigor: a ampliação do controle de constitucionalidade, com a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Na atual Constituição, o Supremo perdeu parte²⁹⁰ do controle que detinha sobre as leis federais, dividindo-o com o STJ²⁹¹, e a tendência é que essa “perda” seja total, transformando-o num autêntico Tribunal Constitucional, a quem caberá um crescente papel político.

Decerto avultaram as competências e também as responsabilidades na condução dos rumos do Estado. Cresce o papel político, e, conseqüentemente, a atuação jurisdicional deverá ser cada vez mais efetiva²⁹² e exigida pelos jurisdicionados.

²⁸⁹ Sobre o tema, remetemos o leitor para o capítulo II deste trabalho.

²⁹⁰ O trabalho do Supremo como corte constitucional foi comprometido, em parte, pela extensa gama de atribuições que lhe deixou a CF/88, atribuições essas que não dizem diretamente respeito à interpretação da Constituição.

²⁹¹ Para confirmar vide art. 105 da CF/88.

²⁹² Em interessante análise comparativa, ressaltando a atuação do Judiciário na implementação dos direitos sociais, Paulo Bonavides afirma o seguinte: “O exame meramente formalista das três

Sem embargo, os avanços alcançados no desenvolver da função judiciária não ocorreram sem encontrar obstáculos. Pode-se ressaltar que o STF — órgão de maior relevância dentro do Judiciário brasileiro, portanto, ponta do *iceberg* do sistema —, enfrentou e ainda enfrenta algumas dificuldades. Destas, destacamos a análise feita por Luís Roberto Barroso²⁹³ sobre o papel do Supremo na jurisdição constitucional pós 1988, que, resumidamente, é a seguinte: pretendeu-se que o STF agisse precipuamente como guarda da Constituição, mas foram-lhe dadas tantas atribuições que o órgão encontra-se abarrotado de processos a impedir que seja dada a necessária atenção às fundamentais questões constitucionais; o constituinte de 1988 decidiu manter todos os ministros investidos nos governos anteriores, sem excluir o regime militar; com isso, quase nenhuma alteração houve quanto à disciplina de matérias postas à interpretação daquele Tribunal, uma vez que, equivocadamente, passou-se a fazer uma espécie de “interpretação retrospectiva”, pela qual se inclina a interpretar o texto novo pela óptica do passado, de maneira que não inove em nada; e por fim, destacou o problema da omissão do Senado no papel de co-responsável no processo de escolha dos ministros do STF, cingindo-se apenas à homologação da escolha presidencial.

Certamente seria possível acrescentar que as decisões em favor do Poder Executivo podem vir a ter uma especial deferência, quando os ministros são indiciados pelo governo. Neste caso, a solução adequada seria tornar pluralizada a indicação. Outros fatores se somam às dificuldades de ordem política, tais como deficiências na administração da Justiça brasileira, entre elas, a discutível distribuição das competências constitucionais, a carência de recursos financeiros, o formalismo processual, o déficit de juízes, os cargos vagos, a baixa remuneração dos juízes e servidores daquele poder e a lentidão para se obter a solução de litígios.

Em contrapartida, a importância e independência do Judiciário aconteceram não somente pela missão de julgar, que cumpre como seu papel mais relevante, mas esta foi reforçada pela autonomia financeira (art. 168), pelas garantias concedidas aos

mencionadas épocas dessas constituições mostra, sem dificuldade, a linha de ascensão das conquistas operadas no terreno dos direitos sociais, sobretudo em matéria de processo constitucional para garantir a facticidade desses direitos. É portanto cada vez mais avançada e dotada de relevantes aperfeiçoamentos a proteção que eles recebem na área judicial específica com o controle de constitucionalidade”. (*Curso de Direito Constitucional ...*, p. 334).

²⁹³ Luís Roberto Barroso faz vários comentários sobre os dez anos da CF/88 em seu artigo: “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)”, in: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, 189-217.

magistrados (art. 95), pela iniciativa de lei em matéria sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93).

O fortalecimento do Poder Judiciário, portanto, é reflexo da implementação do texto constitucional, o que prova que uma norma inserida na Constituição é capaz de mudar a face do poder. Mas isto por si só não é suficiente.

Deve o Judiciário seguir realizando a sua missão de controlador do poder, ainda que para isso venha a sofrer represálias²⁹⁴, a fim de que possa, sempre, manter-se erguido, com a certeza de estar cumprindo sua missão constitucional que é essencial para a manutenção do Estado de Direito.

O Poder Judiciário tem, hoje, uma função muito importante, que nada mais é que conseqüência das fortes mudanças por que passaram e passam as sociedades contemporâneas. Há uma “necessidade comum de confiar ao terceiro poder, de modo muito mais acentuado que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito”²⁹⁵.

Com razão aqueles que defendem que “uma das instituições mais sólidas da proteção da Constituição é uma Justiça Constitucional de ampla jurisdição”²⁹⁶, porque de nada vale a Constituição se não há ninguém para defendê-la. A verdadeira missão do Judiciário está em realizar as regras e princípios dispostos na Constituição, de modo a dar-lhes a maior efetividade possível.

²⁹⁴ A CPI do Judiciário, recente em nossa memória, não teve apenas o fim de limpar o Judiciário das mazelas que acometem qualquer instituição, teve, talvez precipuamente, o intuito de constranger os membros do Poder Judiciário, em represália a sua crescente interferência sobre o Poder Legislativo. Essa a opinião expressada por Marcos Bernardes de Mello no recente encontro ocorrido na Justiça Federal, durante seu discurso em 31/10/2001, no denominado *Fórum de Debate: Eficácia da Jurisdição*.

²⁹⁵ Mauro Cappelletti, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993, p.133.

²⁹⁶ Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón), s/l, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 372.

Título III
A INCONSTITUCIONALIDADE E O
DESTINATÁRIO ORIGINAL DA NORMA VICIADA

CAPÍTULO VII
REPENSANDO O PAPEL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Depois de tratar sobre temas como Constituição, princípio da legalidade, separação de poderes, e esclarecer que, apesar de todo o esforço empreendido pelo sistema constitucional, subsistem ou passam despercebidas algumas normas que sofrem do grave vício de serem inconstitucionais, chega o momento de indagar se o administrador não apenas pode, mas se deve rever seu papel e, conseqüentemente, sua atitude, para permitir que os atos por ele expedidos sejam legais em seu sentido mais amplo, ou seja, comportem uma necessária adequação às regras e princípios constitucionais.

A resposta somente poderá ser afirmativa. Revisada a legalidade, que passa a ter um conteúdo mais largo, imbuindo essencialmente uma conformidade com a própria Constituição e com os princípios nela implícitos e explícitos, o sistema jurídico se aperfeiçoa. Emite um comando (legalidade constitucional) para o legislador, a fim de que ele produza leis somente dentro dos limites constitucionais, respeitando, além do processo legislativo, o conteúdo axiológico constitucionalmente assumido. Para o administrador, a legalidade transformou-se em mais que a aplicação da lei sem qualquer questionamento. Permite e exige que o administrador público, destinatário da norma, interprete e construa o Direito de modo a realizar os comandos normativos por meio de atos constitucionalmente compatíveis, ou seja, que busquem mais que a obediência cega à lei, que busquem efetivamente a compatibilidade e a realização da Constituição.

É preciso lembrar que a força normativa da Constituição não significa que ela possa por si só realizar tarefas, mas que ela pode impor tarefas que devem ser

realizadas. “A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, *se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida*, se [...] se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.”²⁹⁷

Deste modo, parece-nos que há a necessidade de rever o papel que o administrador público vem realizando até o momento, para que lhe seja permitido ampliar sua atuação no processo de construção constitucional. É necessário deixar para traz aquela visão estritamente liberal, de conformidade apenas e tão somente com a lei, para que também o administrador público possa renovar seus votos e, como todos os demais partícipes do processo, realizar os programas e os valores constitucionais.

É preciso que o administrador público deixe de lado sua posição cômoda de somente ser mero aplicador da lei — que justifica sob o manto da legalidade excessivamente formalista do tipo: “ao administrador só é permitido fazer o que a lei determina” —, para buscar a efetividade dos preceitos da Constituição. Deste modo, o mais correto seria dizer “ao administrador somente é possível fazer o que a Constituição determina”.

Sem dúvida, essa nova posição que o administrador tem de tomar, como co-partícipe da construção de uma sociedade pluralista e democrática, exigirá a reformulação de idéias e conceitos sobre ele, vistos sob o prisma dos demais poderes da República. Assim, o Legislativo tem de enxergar o administrador não propriamente como um “inimigo”, mas acima de tudo como um colaborador²⁹⁸ na implementação das políticas públicas aprovadas por aquele órgão legislativo. O Poder Judiciário também precisa, não exigir um juízo de constitucionalidade, mas aceitar que os administradores públicos possam e devam participar do processo de interpretação constitucional, de modo a dar maior efetividade aos Direitos Fundamentais nela dispostos.

Uma sociedade é tanto mais democrática quanto mais se realizem os Direitos Fundamentais, ou seja, a democracia depende da efetividade desses Direitos que estão positivados na Magna Carta. A Constituição Federal de 1988 constituiu, em seu art. 1º, a República Federativa do Brasil em *Estado Democrático de Direito*.

²⁹⁷ Cf. Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19 (não há grifos no original). O autor ressalta que, para que a Constituição transforme-se em força ativa, é necessário que haja a “vontade de Constituição”. Esta compreende, além da necessidade de estabilidade (valor inquebrantável) da Constituição em necessária e constante legitimação, também na “consciência de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana [...] todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado” (p.19-20).

²⁹⁸ Distribuem-se responsabilidades e competências. Essa distribuição na realização dos serviços públicos já ocorre no Brasil, como se pode ver claramente nas áreas da saúde e da educação.

Essa adjetivação não há de ser encarada sem produzir efeitos. Ela representa a aceitação do pluralismo e transforma o conteúdo da soberania popular, retirando a noção abstrata de povo para acatar uma noção mais realista de cidadão²⁹⁹.

Evidentemente que não se está pregando que sejam tomadas decisões dissociadas do Direito posto. O que se prega é a realização da justiça constitucional.

Na Ciência Jurídica, o paradigma dominante é o Positivismo³⁰⁰. Neste se estabelece uma nítida distinção entre o Direito posto (logo, real) e o Direito idealizado. Apenas aquele primeiro constitui o objeto da Ciência do Direito. O Positivismo tem como pressuposto estabelecer a paz e a harmonia sociais; serem suas regras legítimas e justas; e que sejam as regras obedecidas porque são jurídicas. O Positivismo apareceu, então, como a base teórica e ideológica do paradigma da regulação jurídico-política, devendo todos tê-lo como premissa maior do raciocínio jurídico de subsunção.

O problema é que se passou a entender que a lei, somente por ser jurídica, tinha de ser obedecida. O Estado era o único e legítimo monopolizador da atividade legiferante. O saber jurídico elitizante também contribuiu para a legitimidade do sistema. Os pressupostos de completude e coerência do ordenamento reforçaram o paradigma de regulamentação “por cima” ou “de cima para baixo”.

Não menos, a idéia de legitimação pelo procedimento e pela probabilidade de obter decisões satisfatórias substituiu os antigos fundamentos jusnaturalistas. Se a positivação do Direito representava o ápice do processo evolutivo, o Direito Positivo passou a ser entendido como a forma mais perfeita e acabada do Direito e, mais, funcionalmente adequada à sociedade contemporânea.

Esse modelo que se difunde na crença da racionalidade da dominação legal tem assim um grande trunfo para sua resistência, que são os interesses sociais que subjazem silenciosa e poderosamente. Interessa a todos os que se beneficiam da ação do Estado, interessa à burocracia, aos políticos, às classes dominantes, enfim, também à corporação de juristas.

²⁹⁹ Cf. Peter Häberle: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes”. E mais adiante: “A democracia é o domínio do cidadão”. (*Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.37-8.

³⁰⁰ Cf. Geraldo Tadeu Monteiro, “A crise da Regulação Jurídica e de seu Paradigma nas Sociedades Contemporâneas”, *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Nova Série, ano I, Vol. 1, nº 1, 1996, p 57-64.

Andres Ollero Tassara afirma, acertadamente, que o Positivismo Jurídico leva consigo uma “substituição de valores, passando a segurança — em lugar da justiça — a ocupar papel predominante”³⁰¹. A partir daí, amparado pelo que chama de “a paradoxal segurança do incerto”, questiona o medo que se tem de invocar a justiça, quando o direito posto nem sempre a contempla. Esse medo que as pessoas sentem de que a segurança, marca do Positivismo, seja substituída por uma arbitrariedade na busca da justiça. Isso porque, para a subsunção, no Direito Positivo, o que importa não é realmente o valor justiça, mas o valor certeza, o permitir que o cidadão saiba de antemão o que se terá por justo. Para esse autor, “nenhuma segurança resulta mais abominável do que a que se camufla por detrás de uma segurança somente fictícia”.³⁰² A crise do paradigma, ou seja, do Positivismo Jurídico, não se colocaria tanto por considerá-lo indesejável, como por constatar que é inviável na prática.

Essa inviabilidade prática afirmada por Ollero Tassara se daria por vários motivos, dentre eles pela dificuldade de se estabelecer mecanismos técnicos que permitam resolver qualquer incidência prática sem restaurar o momento criativo do Direito. É realmente difícil acreditar na neutra³⁰³ aplicação técnica da norma previamente criada em sede política. É neste ponto que muitos autores se posicionam de forma polêmica.

Kelsen reconhece o caráter criativo que há no momento de aplicação da norma, apontando-a como criação de uma nova norma particular³⁰⁴; Hart admite que haja uma admissível discricionariedade dos juízes ao aplicar a lei ao caso concreto, especialmente em questões de alta importância constitucional, que envolvem, freqüentemente, uma “escolha entre valores morais”³⁰⁵; Dworkin fala que para ler as leis o juiz “Hércules” tratará o Legislativo como um antecessor criador do Direito cuja missão precisa ser terminada por meio dele (juiz), que deve “encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso.”³⁰⁶

Do que foi dito, o que se pode razoavelmente concluir é que o Direito passa por uma transformação necessária para reconquistar os valores sociais perdidos,

³⁰¹ Cf. Andrés Ollero Tassara, “A Crise do Positivismo Jurídico. Paradoxos Teóricos de uma Rotina Prática”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, out./dez. 1992, p. 10-11.

³⁰² *Idem*, p. 24.

³⁰³ No mesmo sentido Luís Roberto Barroso comenta sobre a objetividade desejada e a neutralidade impossível (*Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 245 e ss).

³⁰⁴ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 389 e ss.

³⁰⁵ L. A. Hart, *O Conceito de Direito*, 2. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 221.

³⁰⁶ Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 377.

especialmente o ideal de justiça, abandonado em nome da segurança jurídica, tudo em nome da revalorização desse mesmo Direito; e que existe realmente uma discricionariedade inevitável, porque é tênue a fronteira entre política jurídica e aplicação técnica do Direito.

O Positivismo continua a ser o parâmetro dominante da Ciência Jurídica, e é por isso mesmo que a Constituição há de prevalecer, especialmente nas decisões dos administradores públicos. O que se deseja que é na realização do Direito Positivo, não sejam aceitos quaisquer conteúdos. A lei por si só não é legítima com qualquer conteúdo. A lei somente é legítima e, portanto, validada como ato estatal, se contiver conteúdo compatível com as regras e princípios constitucionais.

A interpretação exige, sem dúvida, um mínimo de construção do Direito vivo. Mas essa construção encontra limites no próprio preceito constitucional. Não pode ser arbitrária, tem de ser razoável.

O administrador público tem inúmeros princípios constitucionais a respeitar, tais como a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência e a própria legalidade. Tem de perseguir a finalidade da norma; está sempre vinculado à finalidade, forma e competência para realizar o ato. Desde quando está obrigado a motivar suas decisões, vincula-se aos motivos que expôs quando decidiu. Se contrariar a finalidade da norma, está sujeito a sanções (desvio de poder, improbidade administrativa, entre outros).

Deve-se lembrar que os princípios representam a base para as normas jurídicas positivadas. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, por exemplo, é outro princípio a ser observado pelo administrador público em suas decisões. Este princípio está implícito na Constituição. É decorrência da própria condição de existência da sociedade. Por conta dele, milita a favor da Administração uma condição jurídica preponderante em relação ao interesse que defende. A base deste princípio é a evidente supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Mas a Administração não tem possibilidades de agir ao sabor de seu querer, deve ater-se ao desempenho de sua função. Aquilo que Celso Antônio B. de Mello chamou de “deveres-poderes”³⁰⁷, ou seja, a Administração

³⁰⁷Celso Antônio B. de Mello, *Curso de Direito Administrativo ...*, p. 52-56.

Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, portanto, está obrigada a atingir o fim colimado, de agir conforme o fim legal preestabelecido.

O autor ensina que, se há função, não há autonomia da vontade, não pode o administrador predeterminar-se de acordo com sua própria vontade, ou buscar interesses pessoais. Ao contrário, está adstrito ao que a Constituição determina, e ao que a lei determina. Há submissão ao escopo pré-traçado na Constituição e na lei e à finalidade previamente estabelecida. Há ainda o dever de buscar um interesse público, que seria o da coletividade como um todo. Os poderes administrativos seriam, em verdade, deveres-poderes, portanto, somente serão considerados válidos se exercidos com as necessárias extensão e intensidade, proporcionais ao atendimento do escopo legal a que estão ligados.

Com força na supremacia do interesse público, à Administração é reconhecida a possibilidade de revogar os seus próprios atos sob o critério de conveniência e oportunidade, decerto que dentro de certos limites, ou ainda anulá-los quando ilegais (autotutela dos atos administrativos), independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

Obviamente, há decidir atendendo sempre o princípio da razoabilidade. Este está ligado ao atuar no exercício da discricionariedade, no sentido de que deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, tendo como parâmetro o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosas. Está também intimamente ligado ao aspecto teleológico da discricionariedade, ou seja, há de haver uma sintonia entre oportunidade e conveniência de um lado e finalidade, por outro. Assim, não seriam apenas inconvenientes, mas também ilegais, os atos desarrazoados, incoerentes, afastados do padrão normal de prudência e sensatez, ou que desacatem a finalidade da lei que lhe atribuiu a discricionariedade.

O fato da lei conferir ao administrador uma certa discricionariedade não significa que ele possa agir ao sabor de suas vontades, paixões, agindo insensatamente. Ao contrário, com a outorga de discricionariedade administrativa, o legislador evita que a prévia determinação legal seja rígida, como uma camisa-de-força que se impõe a todo e qualquer caso,

criando empecilhos à gestão administrativa. E seria impossível ao legislador prever absolutamente todas as hipóteses. O mais importante é notar que a liberdade deve ser exercida dentro da norma, objetivando o fim nela colimado e que as competências devem ser exercidas de modo a adequá-las validamente em extensão e intensidade aos fins a serem alcançados. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. A razoabilidade³⁰⁸ e a proporcionalidade estão fundamentadas nos mesmos dispositivos constitucionais que servem de base aos princípios da isonomia e do devido processo legal. Como demonstrado no Capítulo VI, todos e qualquer um que se julgar prejudicado poderá pedir a revisão para a própria Administração, e/ou solicitar ao Judiciário que revise o ato administrativo. Os meios judiciais são fartos³⁰⁹ e devem ser efetivos.

Não procede, por todo o exposto, o medo na busca da justiça constitucional. O valor segurança não pode sobrepor-se ao valor justiça. Ao revés, hão de caminhar de braços dados para a realização do Direito. O administrador público já está completamente cercado de leis que lhe impõem sanções administrativas, civis e penais, se desviar-se do caminho que a norma lhe impôs. Todos devem buscar a realização dos preceitos constitucionais: legisladores, juízes, administradores públicos e os cidadãos em geral.

Como diz Peter Häberle, “existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e ‘eruptivo’ a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. [...] A

³⁰⁸ Para alguns doutrinadores, o princípio da proporcionalidade está absorvido pelo princípio da razoabilidade. Assim para Maria Sylvia Z. Di Pietro (*Direito Administrativo ...*, p. 72), uma vez que o princípio da razoabilidade exigiria proporcionalidade entre os meios e os fins a serem alcançados. A Jurisprudência também costuma usar os termos indistintamente.

³⁰⁹ Remetemos o leitor para o item VI.2.

sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da constituição em sentido *lato*.”³¹⁰

A interpretação constitucional, pois, não se limita apenas ao Poder Judiciário. O que este detém é a competência de dizer o Direito de forma definitiva. A interpretação constitucional se completa com a pluralidade de intérpretes. Os que peticionam no âmbito da Administração Pública interpretam a Constituição; o autor e o réu no âmbito jurisdicional a interpretam; os demais participantes do processo, os pareceristas, peritos, os grupos de pressão, entre outros interessados; todos podem interpretar a Constituição. Mas somente o Poder Judiciário impõe a sua decisão a todos de modo definitivo.

O administrador público também deve participar desse processo dinâmico de construção do Direito e de busca para realização dos Direitos Fundamentais eleitos na Magna Carta. É preciso que ele demonstre, como disse Hesse, sua “vontade de Constituição”³¹¹.

Numa sociedade pluralista, aberta e democrática devem ser acessíveis os motivos reais de qualquer escolha e revelados os conflitos existentes entre as diversas soluções, até mesmo para que possa haver uma possível intervenção corretiva do legislador.

³¹⁰ Peter Häberle, *op. cit.*, p. 39-40.

³¹¹ Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 19.

CAPÍTULO VIII

É POSSÍVEL AO ADMINISTRADOR AFASTAR APLICAÇÃO DA NORMA INCONSTITUCIONAL?

Sumário: VIII.1 - Argumentos contrários ao juízo de constitucionalidade do administrador público VIII.2 - Argumentos favoráveis ao juízo de constitucionalidade do administrador público VIII.3 - A posição do STF — análise de jurisprudência VIII.4 - Nossa posição

VIII.1 - Argumentos contrários ao juízo de constitucionalidade do administrador público

Muitos autores pronunciaram-se acerca deste tema, especialmente entre 1961 e 1965, quando Miranda Lima e Miguel Reale emitiram parecer no sentido de admitir a recusa à aplicação da lei inconstitucional pelo administrador público. Daí em diante, grande parte da doutrina firmou o entendimento nesse sentido.

Mais recentemente, muita celeuma tem sido criada e a tendência não está bem definida, especialmente a partir da CF/88, em vista desta ter alargado em muito a legitimidade ativa para propositura das ações declaratórias de inconstitucionalidade, das inovações trazidas ao controle de constitucionalidade tais como a inconstitucionalidade por omissão e a declaratória de constitucionalidade.

Contudo, praticamente todos os estudos realizados apenas se referem ao “chefe do Poder Executivo”. Aqueles que aceitam a recusa dizem que somente este estaria autorizado a afastar aplicação a uma lei inconstitucional.

José Luiz de Anhaia Melo entende que a guarda da Constituição incumbe a todos os Poderes. Que esta não é privilégio do Poder Judiciário. Todavia, não reconhece a todo cidadão o direito de não cumprir lei que considere inconstitucional, porque seria o caos. Afirma que somente às altas autoridades e aos órgãos de cúpula do aparelhamento estatal é possível a negativa do não-cumprimento, da não-aplicação. Afirma ainda que o não-cumprimento é pouco. É necessário agir, acionando o órgão controlador da constitucionalidade. São essas as suas palavras³¹²:

³¹² José Luiz de Anhaia Mello, *op. cit.*, p. 113-118.

Fica assim assentada a posição de que compete ao Executivo e a outros órgãos como o Tribunal de Contas, a prerrogativa de não cumprir lei que contrarie a constituição.

Um forte argumento está no fato de que permitir que qualquer administrador possa afastar aplicação de lei por entender violadora da Magna Carta representaria, além de caos legislativo, caos na hierarquia funcional, aniquilando a gerência administrativa, propiciando decisões contraditórias e também antiisonômicas. Tal solução, afirmam os partidários, conturba o ambiente social e infirma o próprio sistema jurídico.

Ruy Carlos de Barros Monteiro é partidário do entendimento de que, ao se conferir tal atribuição à Administração (o autor fala “Poder Executivo”), estar-se-ia perdendo o equilíbrio entre as funções do Estado, constitucionalmente distribuídas e determinadas. Entende que, ao afastar a aplicação da lei, o Executivo estará usurpando função que não é dele e sim do Poder Judiciário. Haveria uma ruptura no princípio da separação dos poderes, especialmente porque o legislador constituinte teria deferido a alta missão privativamente ao Poder Judiciário. Daí, conclui que cada autoridade deve manter-se nos limites da própria competência, que é a que o direito objetivo determina, e que a admissão de solução oposta levaria a “dotar o Poder Executivo de poder indefinido e ilimitado”.³¹³

Também neste sentido opina o Min. Alfredo Buzaid³¹⁴, para quem cabe exclusivamente ao Poder Judiciário decretar a inconstitucionalidade de leis, no Brasil. Não cabe ao Legislativo, pois não lhe é dado o direito de ser juiz em causa própria, nem ao Executivo, pois isto o tornaria superior ao Congresso.

Hugo de Brito Machado traz seu escólio nos seguintes termos:

Ocorre que a verdadeira questão não reside em saber se uma autoridade administrativa pode recusar aplicação a uma lei inconstitucional, mas em saber se ela tem *competência* para dizer se a lei é inconstitucional.³¹⁵

³¹³ Rui Carlos de Barros Monteiro, “O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”, *Revista Forense*, ano 79, v. 284, out.-dez./1983, p. 101-119.

³¹⁴ A posição de Buzaid é referida por Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, no artigo “Pode o chefe do Poder Executivo se recusar a aplicar lei inconstitucional? (Exceção ao Princípio da supremacia do poder Judiciário)”, *Estudos Jurídicos*, ano XVII, n° 41, 1984, p 29-36.

³¹⁵ Hugo de Brito Machado, “Aplicação de Lei inconstitucional pela Administração”, *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 702, abr./1994, p. 26-27 (grifamos).

No mesmo artigo, o autor recusa até mesmo a apreciação da inconstitucionalidade pelos tribunais administrativos, por entender que, ao se permitir o exame de inconstitucionalidade de uma lei (faz menção à lei tributária, em particular), poderiam advir soluções divergentes sobre um mesmo dispositivo de lei, o que dificultaria a uniformização. Afirma ainda que, se acolhida fosse a arguição de inconstitucionalidade, a Fazenda não poderia ir ao Judiciário contra a decisão de um órgão que integra a própria Administração. O contribuinte, diz o autor, não terá interesse nem processual nem de fato para fazê-lo, o que tornaria a decisão definitiva. Linhas adiante, afirma que é o Supremo Tribunal Federal o responsável maior pelo deslinde das questões de inconstitucionalidade, por ser o “guardião da Constituição”. Hugo de Brito conclui que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é ou não inconstitucional.

Ivo Dantas também é contrário ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Poder Executivo. Desse modo defende o autor³¹⁶:

Vencida a oportunidade, sancionada a Lei ou rejeitado o veto (ex: CF, art. 57, § 3º, inciso IV), não cremos correto que se confira ao Executivo a possibilidade de ser o árbitro da inconstitucionalidade da Lei (o que seria ‘julgar em causa própria’), parecendo-nos mais correto, que ele (Executivo) só possa negar cumprimento à Lei, alegando inconstitucionalidade, após decisão judicial, quer em decisão liminar, quer em decisão de mérito.

Alexandre Assis³¹⁷ pactua com o entendimento de que repudiar a lei significa usurpar competência do Judiciário e eximir-se de seu próprio encargo de aplicar a lei ou regulamentá-la. Afirma que cada Poder tem sua competência definida constitucionalmente e deve ser respeitada. Também, que é o Judiciário o órgão mais adequado para decidir sobre essas questões, por ser órgão imparcial. Afasta a possibilidade de recusar aplicação da lei inconstitucional, pois o Legislativo e Executivo participaram da sua edição, de sua elaboração. Portanto, a estes não é dada mais a possibilidade de afastar aplicação, a menos que seja através da revogação.

Em suas palavras:

Do Poder Executivo diz-se estar sujeito à restrita legalidade, ou seja, só lhe é concedido promover o que esteja rigorosamente previsto em lei. [...] pois bem: a negativa da validade da lei ao argumento de inconstitucional não é, de início, faculdade que conste na lista de possibilidades do Executivo. Depende de estrita previsão legal que embase seus atos.³¹⁸

³¹⁶ Ivo Dantas, *O Valor da Constituição...*, 2001, p. 184.

³¹⁷ Alexandre Camanho de Assis, “Inconstitucionalidade de Lei — Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade”, *RDP*, ano 22, nº 91, jul.-set./1989, 117-122, p. 117 e ss.

³¹⁸ *Idem*, p. 118.

Mais adiante, esse mesmo autor completa seu pensar dizendo que não pode o Poder Executivo, sob alegação de estar prestigiando a Constituição, negar aplicação a qualquer lei, pois estaria, desse modo, afrontando seus ditames. Se esse Poder assim fizesse, estaria usurpando competência do Judiciário e também desobedecendo o seu natural encargo de expedir normas e atos que tornem possível a aplicação da lei. Para o autor, a rejeição da lei é tão grave que a enquadra em inconstitucionalidade. Vejamos o silogismo de que ele se utiliza:

Considerando-se que tal função é constitucionalmente prevista (art. 84, IV da CF/88), o zelo de evitar uma inconstitucionalidade faria o Executivo incorrer em outra: omitir-se na concretização da norma abstrata elaborada pelo Legislativo.³¹⁹

Outro argumento contrário à recusa à aplicação da lei inconstitucional é trazido por Peter Cook Junior³²⁰. Este defende que não é possível a recusa e fundamenta seu entendimento no argumento de que a Constituição atual ampliou e muito o número de legitimados à propositura das ações que existem para realizar o controle de constitucionalidade das leis e que a recusa somente era possível antes da EC 16/65. Diz ainda que o art. 85, VII da CF/88 impõe ao Presidente da República o dever às leis, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade. Outro argumento de que se utiliza o autor é que é possível concessão de medida cautelar, e que esta já estava prevista no regimento do STF, afastando, portanto, a urgência (perigo da demora). Ainda frisa que o dever de zelar pela Constituição deve ser exercido dentro de seus limites e competências. Rechaça ainda a possibilidade de recusa à lei, posto que seria o mesmo que permitir a autotutela no Direito Constitucional.

VIII.2 - Argumentos favoráveis ao juízo de constitucionalidade do administrador público

Muitos são os autores que defendem a possibilidade e até mesmo o dever do Administrador de recusar aplicação à lei reputada inconstitucional. Veremos a seguir os seus argumentos.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 119.

³²⁰ Peter John Arrowsmith Cook Junior. “A recusa à aplicação da lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade”. [Internet], www.jfm.gov.br/doutrina24.htm, [capturado em 1998].

Já foi dito que há autores favoráveis à recusa, mas a restringem aos órgãos de cúpula da Administração ou altas autoridades. Partem eles da idéia de caos que, no seu sentir, estabelecer-se-ia com a mera possibilidade de qualquer autoridade, a seu talante, afastar aplicação de lei inconstitucional. Com isto querem demonstrar a falta de uniformidade e confusão que imaginam ocorrer, quando ninguém saberia qual lei aplicar. Um administrador aplicaria determinada norma, outro poderia aplicar a diversa, e a isonomia restaria, por fim, ferida.

Tal preocupação, contudo, apesar de relevante, não procede. O que se há de ter em mente é que sempre, absolutamente sempre, diante da antinomia entre a lei (ou ato estatal) e a Constituição, é a esta que se deve respeito. É a Constituição que deve ser aplicada. Ou por outra, a Constituição prevalece em face de dois princípios: o da supremacia da Constituição e o da hierarquia das leis.

A Constituição é a norma sectária do Estado de Direito, é a norma fundamental do sistema jurídico, todas as normas devem a ela se coadunar e nela buscar fundamento. E mais, por lógica, duas normas antagônicas não podem incidir sob a mesma hipótese: ou incidirá a lei ou incidirá a Constituição. Atendendo ao princípio da hierarquia das leis, vigente no Direito brasileiro, é a Constituição que prevalecerá. Solução contrária atenta contra o sistema jurídico nacional.

Relevante contra-argumento ao suposto “caos” é a observação de que não é qualquer defeito que tornará a norma inválida, mas *somente quando evidente a inconstitucionalidade*. Mesmo porque vige em nosso sistema o princípio da presunção de constitucionalidade em favor das leis e atos do poder estatal. Somente às leis em que seja manifesta a inconstitucionalidade é que o destinatário da norma poderá negar-lhe execução.

Vejamos a lição de Paulo Roberto de Oliveira Lima:

É de se lembrar que precede a edição das leis o controle preventivo de constitucionalidade que normalmente tem o condão de afastar do sistema os defeitos maiores. Contudo, quando *evidente* (grifamos) a inconstitucionalidade, não se pode negar ao destinatário da lei, mormente ao Estado administrador reconhecê-la e negar-lhe cumprimento.³²¹

³²¹ Paulo Roberto de Oliveira Lima, “A inconstitucionalidade e o destinatário original da norma viciada”, *Ciência Jurídica*, ano VI, v. 46, Jul.-ago./1992, 23-32, p. 28.

Assim é, por ter sofrido um prévio controle de constitucionalidade em sua formação, ou ainda por emanar de um órgão da lavra do Congresso Nacional (ou outro órgão legislativo dos demais níveis federativos), que é o órgão constitucionalmente competente para tanto.

Desta feita, toda e qualquer interpretação da lei tem de ser realizada de forma a permitir que ela se coadune, que possa ser aproveitada no sistema jurídico. Somente quando for impossível tal situação é que se afastará a aplicação da lei. O critério de interpretação há de considerar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público (essa presunção é *juris tantum*), o princípio da interpretação conforme a constituição e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade³²².

Pelo primeiro desses princípios acima referidos, “uma norma não deve ser declarada inconstitucional: a) quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, militando a dúvida em favor de sua preservação; b) quando, entre interpretações plausíveis e alternativas, exista alguma que permita compatibilizá-la com a Constituição.”³²³

O princípio da interpretação conforme a constituição comporta alguns critérios, tais como: a escolha de uma interpretação que se harmonize com a Constituição Federal; a busca de um sentido possível para a norma; exclusão de possíveis interpretações conflitantes com a Constituição; e também que a interpretação, além de hermenêutica, é meio de controle de constitucionalidade, portanto, é meio pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser também observados na interpretação. A interpretação não fica restrita apenas ao Poder Judiciário — os demais órgãos do Estado, os juristas, os cidadãos sempre interpretam a norma ao aplicá-la. Os fins devem sempre estar sintonizados com os meios. Nunca deve ser desproporcional, desarrazoada a aplicação da lei, ou a sua interpretação.

Com isso não se disse que a Administração declara a inconstitucionalidade, mas sim que pode reconhecer uma inconstitucionalidade, e que para isto, deve utilizar-se dos princípios constitucionais de interpretação já referidos, como forma a nortear os caminhos do intérprete.

Mas, retornando ao argumento de que permitir a recusa à lei equivale à desordem jurídica, este pode ser refutado desde quando há a simples incidência da

³²² Cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição ...*, p. 141-218.

³²³ *Idem*, p. 174.

norma constitucional. Ora, não há desordem. A ordem é o respeito à norma hierarquicamente superior, e esta, no nosso sistema jurídico, é a Constituição Federal. A lógica é: ou incidiu a lei ou incidiu a Constituição. E entre uma e outra, é a Constituição que merece reverência e aplicação.

Veja-se o que diz Pontes de Miranda a respeito:

[...] Ora, ou a lei inconstitucional não incidiu, porque incidira a Constituição, ou se deu a revogação da Constituição pela lei, o que é absurdo, ou houve duas incidências de leis contrárias, e caímos na mais grave das contradições *in adiecto*.³²⁴

Aliás, reconhecer ao administrador destinatário da norma o poder, ou melhor, o poder-dever, de afastar a aplicação da lei inconstitucional não é afastar do Judiciário o exame da matéria. O administrador reconhece a inconstitucionalidade, recusa aplicação à lei, mas a qualquer pessoa que se julgar prejudicada, ou não concordar com a repulsa, é dado o direito de pedir judicialmente que se defina a lide. É que o exame de constitucionalidade da norma pode chegar ao Judiciário ou porque se deixou de aplicar a norma e o prejudicado argüiu isso em juízo, ou porque a Administração deu cumprimento à lei inconstitucional. Neste último caso, pleiteia-se o reconhecimento do vício e pede-se o afastamento do comando; ou, no outro caso, o prejudicado pede que seja aplicada a norma, pois alega a constitucionalidade do preceito afastado.

Orlando Aragão³²⁵ é daqueles que admitem a recusa de aplicação à lei inconstitucional. Seu argumento é singelo: sendo lícito ao Executivo a anulação de atos inconstitucionais que haja praticado no exercício de sua função, mais lícito será a recusa de praticá-los.

É certo que não cabe à Administração julgar a lei inconstitucional. A ela não compete julgar, mas convém enfatizar que todos os poderes têm o dever de zelar pela guarda da Constituição e, nesses termos, de zelar pela hierarquia das normas constitucionais, afastando aplicação àquelas que lhe sejam contrárias, evitando, desse modo, que seja permitido às normas eivadas de vício de inconstitucionalidade entrarem no mundo jurídico. O julgamento definitivo da (in)constitucionalidade continua sendo reservado ao Poder Judiciário, exclusivamente.

³²⁴ Pontes de Miranda, “Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições” ..., p. 84.

³²⁵ Orlando Miranda Aragão. “Inconstitucionalidade de Lei. Não Aplicação por esse motivo, pelo Poder Executivo”, *RDP*, ano VI, n.º 26, out./dez.1973, p. 68-73.

Dizer que, quando os tribunais administrativos julgam, as instâncias ficam reduzidas, tornando a decisão definitiva à mingua de recursos, é um exagero. O recurso administrativo não exclui que se busque a solução no Poder Judiciário, se o interessado não se deu por satisfeito com a solução administrativa encontrada. As portas do Judiciário estão abertas, conforme determinação constitucional, para que se restabeleça a legalidade e se dê solução, aí sim, definitiva à lide.

Não procede, igualmente, o argumento de que, ao se tentar evitar uma inconstitucionalidade, se estaria infringindo outra norma constitucional, no caso aquela que delimita as competências de cada um dos poderes, ou ainda o princípio da divisão dos poderes. Na verdade, é uma questão de lógica: ou se aplica a Constituição, norma superior a qual todos os poderes têm o dever de zelo e guarda, ou se dá aplicação à norma infraconstitucional, hierarquicamente inferior. O princípio da divisão dos poderes não sofre máculas, a não ser os limites essenciais para a guarda da Constituição, mantida a harmonia. A harmonia é mantida e garantida por conta do sistema de freios e contrapesos. O afastar norma inconstitucional é também um tipo de controle de constitucionalidade, não deixa de ser uma espécie de freio e contrapeso entre os poderes.

Vejamos a lição de Themístocles Cavalcante:

O que tem sido admitido é permitir aos responsáveis pela política administrativa, a não-aplicação de leis inconstitucionais usando do processo usual de interpretação que consiste na aplicação da lei hierarquicamente superior, que exclui, desde logo, a aplicação da lei menor que com ela vem colidir. [...] Sendo ato decisório, contra ele cabe recurso judicial por parte dos prejudicados, o que dá ao mecanismo, previsto pela própria Constituição, a possibilidade de funcionar, decidindo o Judiciário a controvérsia constitucional. [...] O princípio, portanto, é de que a apreciação da constitucionalidade de uma lei não é privilégio do Poder Judiciário, mas cabe a cada poder, no exercício de suas funções específicas. [...] Esta posição é muito mais lógica que um compromisso que importe, afinal, na incorporação do sistema legislativo de leis manifestamente inconstitucionais.³²⁶

Realmente, podemos dizer que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade. Só pode fazer aquilo que é permitido e está regulado por lei. Mas a Constituição também é lei, e Lei Maior, de superior hierarquia em relação às leis

³²⁶ Themístocles B. Cavalcante, *Do controle da constitucionalidade*, p. 180/181 (apud Paulo Roberto de Oliveira Lima, *op. cit.*, p. 30-1).

infraconstitucionais. Daí que, sendo a Constituição a lei (sentido amplo) de maior hierarquia, do princípio da legalidade decorre, em sua moderna acepção, que o Administrador está adstrito aos mandamentos constitucionais. Logo, diante da contrariedade entre norma de inferior categoria e a Constituição, deve-se respeito a esta última.

Ronaldo Poletti também exara parecer favorável à tese de não-aplicação da lei inconstitucional. Para ele:

A lei inconstitucional não cria direito líquido e certo e esse inexistente quando o Executivo deixa de dar execução à lei que entenda inconstitucional, aspecto posteriormente reconhecido pela justiça. (...) Todos os Poderes da República são guardas da Constituição. O zelo pela intangibilidade do regime não constitui privilégio ou exclusividade do Poder Judiciário, ele apenas diz a última palavra sobre a constitucionalidade das leis.³²⁷

O último dos argumentos a rebater é a observação de caráter instrumental. Realmente, antes de 1965, ou seja, antes da EC-16/65, não restava outro meio à Administração senão afastar aplicação à lei inconstitucional.

Hoje é diferente, dispõe-se de várias ações para garantir a constitucionalidade das leis (declaratória de constitucionalidade, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental). A legitimação é, também, mais abrangente. Daí entender-se que, o quanto possível, deve a Administração utilizar-se dessas ações no combate à inconstitucionalidade, até porque é mais efetiva: já retira a norma do sistema jurídico, evitando que ela volte a incidir. Mas isto não elimina o dever de guarda que todos temos para com a Magna Carta, a maior garantia do cidadão.

Para o cidadão e para o Estado, a Constituição é a Lei Maior que resguarda os direitos, impõe os deveres, distribui as competências e poderes estatais e os organiza. Acima de tudo, ela dá a segurança jurídica a todos os jurisdicionados. É a Constituição que deve sempre prevalecer.

VIII.3 - A posição do STF — análise de jurisprudência

³²⁷ Ronaldo Poletti, *op. cit.*, p. 132.

A jurisprudência do STF, acatando a teoria americana, tem se firmado no sentido de considerar que o ato legislativo inconstitucional é nulo, e que por isso não vincula o Poder Executivo. O tema foi pontualmente mais bem discutido naquela Corte anteriormente à promulgação da atual Constituição, mas em essência a *ratio* permanece, senão vejamos:

- INCONSTITUCIONALIDADE - sem embargo de que, em princípio, compete ao Poder Judiciário a atribuição de declarar inconstitucional uma lei, a jurisprudência tem admitido que o Poder Executivo, também interessado no cumprimento da Constituição, goza da faculdade de não executá-la, submetendo-se aos riscos daí decorrentes, inclusive o do 'impeachment'. Nesse caso, quem for prejudicado se socorrerá dos remédios judiciais ao seu alcance. Recusando cumprimento à lei havida como inconstitucional, o governador se coloca na mesma posição do particular que se recusa, a seu risco, a desobedecer a lei, aguardando as ações e medidas de quem tiver interesse no cumprimento dela.³²⁸

A Administração Pública pode negar-se a dar cumprimento a lei inconstitucional. Defeso lhe é, porém, depois de tê-la aplicado, anular os respectivos atos, mormente se produziram efeitos em relação a terceiros, fundada na inconstitucionalidade da lei.³²⁹

Da análise das decisões acima transcritas, verifica-se que o STF aceita a recusa, atribuindo, contudo, os riscos dessa decisão ao administrador que afasta aplicação do ato estatal considerado inconstitucional.

Convém ressaltar, contudo, que essa possibilidade não é ilimitada.

A Jurisprudência impôs o critério, e ele serve justamente para impedir que se instaure o clima de insegurança jurídica gerado pela recusa inconseqüente de qualquer norma, o que culminaria num clima de insubordinação. O critério, que consideramos essencial, é que somente deve ser desconsiderada a norma em caso de “flagrante”³³⁰ inconstitucionalidade.

³²⁸ RMS-14136/ES -Recurso de Mandado de Segurança. Relator: Min. Antonio Villas Boas. Julgamento: 14/06/1966 - Segunda Turma. Publicação: DJ Data-30-11-66, pp-04189. EMENT v.-00676-01, pp-00200. (Fonte: www.stf.gov.br)

³²⁹ RE-85787/SP - Recurso Extraordinário. Relator: Min. Soares Munoz. Julgamento: 02/06/1978 - Primeira Turma. Publicação: DJ Data-30-06-78 pp-04842. EMENT v.-01101-04 pp-01372. (Fonte: www.stf.gov.br).

³³⁰ “O exame de constitucionalidade da lei não é privativo do Judiciário. O Executivo pode, caso entenda flagrantemente inconstitucional uma lei, negar-lhe cumprimento” (MS nº 176.863, de 21/03/69. Relator: Des. Torres de Carvalho. RT 407/131)

Desse modo, não seria em qualquer idéia de inconstitucionalidade que seria cabível a recusa à lei. Seria apenas e tão somente naqueles casos já discutidos³³¹, ou seja, quando a invalidade fosse manifesta, ou quando não existir qualquer forma de interpretação compatível com a Constituição. Evidentemente, a dúvida milita em favor da lei, devido à presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público. A decisão do administrador há de preocupar-se também em atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de invalidação jurisdicional. O interessado, discordando da atuação do administrador, por haver afastado a norma, dispõe de vários meios jurisdicionais para acionar a solução do conflito, tais como os que destacamos no item VI.2.

O STF continua a entender que são nulos os atos estatais inconstitucionais, sejam eles legislativos ou não, mesmo após a Constituição de 1988. Há decisões explícitas nesse sentido, como as que trazemos adiante:

- A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que *atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica*. (RTJ 146/461).³³²

- O desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer conseqüência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como *ato destituído de qualquer eficácia jurídica*, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte. Precedentes.³³³

³³¹ Remetemos o leitor para o item VII.2.

³³² ADIMC-1434/SP- Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 20/08/1996 - Tribunal Pleno. Publicação: DJ Data-22-11-96 pp-45684. EMENT v.- 01851-01 pp-00141. (Os grifos são nossos. Fonte: STF, <http://www.stf.gov.br>).

³³³ ADIMC-2364/AL- Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar. Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 01/08/2001 - Tribunal Pleno Publicação: DJ Data-14-12-01 pp-00023 EMENT v.- 02053-03 pp-00551 (não há grifos no original). Há idêntica solução em outro julgamento: ADIQUO-652/MA - Ação Direta de Inconstitucionalidade - Questão de Ordem. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento 02/04/1992 - Tribunal Pleno. Publicação DJ Data-02-04-93 pp-05615 EMENT v.-01698-03 pp-00610 (Fonte: STF, <http://www.stf.gov.br>). Neste último julgamento referido, o STF decidiu que “O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de ‘menor’ grau de positividade jurídica guardem, ‘necessariamente’, relação de conformidade vertical com as regras

Como é possível inferir do que acima grifamos, o STF permanece com o entendimento de que o ato inconstitucional é nulo, e por isso não produz nenhum efeito jurídico. Com base nesse pressuposto, é possível afirmar que a Suprema Corte Brasileira continua a aceitar o juízo de constitucionalidade do administrador público para afastar a norma eivada de vício de inconstitucionalidade flagrante.

Esta última jurisprudência destacada, que trata da declaração de inconstitucionalidade de lei cuja iniciativa pertença, conforme autorização constitucional, ao Poder Executivo, é um dos casos flagrantes de inconstitucionalidade e de ataque ao princípio de divisão constitucional de poderes. Este último entendido, não enquanto dogma da ciência, mas como meio de preservação das competências constitucionais e do equilíbrio de poderes.

Convém ainda ressaltar que o STJ também expressou seu posicionamento na mesma linha dos julgados do STF, como podemos ver na seguinte decisão:

LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO - NEGATIVA DE EFICACIA. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.³³⁴

Se há abrandamento nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — que ainda não foi de todo testado, vez que as leis que trouxeram a inovação foram editadas no final de 1999 (Leis 9.882 e 9.868) —, este é possível porque a lógica da abstração não pode a toda força se sobrepor à realidade da vida, sob pena de realizar injustiça e trazer prejuízos maiores à ordem jurídica. A preservação dos fatos, ou seja, das situações fácticas constituídas sob a aparente validade da norma viciada, como já foi tratado no capítulo III, deve ser, em situações excepcionais, preservada, em nome da responsabilização do Estado-Legislator.

inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica”.

³³⁴ RESP 23121/GO; Recurso Especial (1992/0013460-2). Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Data da decisão: 06/10/1993 - Primeira Turma. Publicação: DJ Data: 08/11/1993 pp:23521. LEXSTJ v.:00055 pp:00152. (Fonte: www.stj.gov.br).

VIII.4 – Nossa posição

Em primeiro lugar, frisamos que este estudo pretende ampliar o leque de pessoas que podem deixar de aplicar a norma inválida (inconstitucional), não se resumindo apenas ao chefe do Poder Executivo: refere-se a *todo administrador público* que no seu mister há de realizar a aplicação da norma na consecução do objetivo estatal, que deve ser o bem-estar social. Dirige-se aos administradores que aplicam a lei, que tornam o Direito realizável no desempenho de suas funções. Se a função administrativa é exercida primordialmente pelo Poder Executivo, mas os demais poderes (Legislativo e Judiciário) também a realizam, ainda que de forma anômala, quando do exercício da gestão administrativa em seus respectivos órgãos, esses últimos também se encaixam na definição de administrador público e, portanto, a eles são aplicáveis as mesmas considerações que fazemos neste trabalho.

Resumidamente, podemos afirmar ainda que: (1º) a regra do sistema é a observância da lei e demais normas infraconstitucionais; (2º) havendo dúvida quanto à existência de vício, prevalece a lei em função da presunção de constitucionalidade, devendo ela ser interpretada segundo a Constituição, e aplicada de modo a realizar os princípios motores do sistema; (3º) qualquer autoridade administrativa pode descumprir a norma inconstitucional; (4º) tanto a inconstitucionalidade material quanto a formal são passíveis de recusa.

Ficou entendido ainda que é necessário interpretar as normas para aplicá-las ao caso concreto, lembrando que a lei obriga a todos e também o administrador público e o Estado. Somente em casos extremos, ou seja, somente quando de nenhuma forma a norma possa ser conciliável com a Constituição, ou seja, somente quando contiver vício *flagrantemente* inconstitucional será possível a sua recusa. Isto porque, gozando da presunção de constitucionalidade, a regra é a sua aplicação.

Entretanto, não temos dúvida de que, flagrante a inconstitucionalidade, ou seja se há tamanha desproporcionalidade em relação à determinação contida na Constituição que seja intolerável a sua aplicação, deve a Constituição ser a norma a ser preservada e a ato legislativo estatal inconstitucional aquele que se deve recusar aplicação.

Entendemos ser a norma inconstitucional nula, e nula *ab initio*. Contudo é possível que o Poder Judiciário preserve alguns de seus efeitos se o particular estava de

boa-fé, e não haja graves prejuízos à ordem pública. A nova regulamentação permite que o Judiciário declare a partir de quando serão os efeitos da norma declarada inconstitucional.

É preciso reforçar que o princípio vigorante de nosso sistema é o da supremacia da Constituição, se ela é a lei maior é ela e seus valores que precisamos realizar. Se a lei³³⁵ vai de encontro a normas ou princípios constitucionais é necessário que ela perca a sua aparente validade, que ela não tenha aplicabilidade. Não é possível afirmar que há respeito ao princípio da legalidade dando aplicação à lei que opera em sentido oposto à Constituição, porque isto nada mais seria do que burlar os propósitos constitucionais ou, na dicção de Clèmerson Clève³³⁶, “fraudar” a Constituição. Também fraudam os objetivos constitucionais a Administração Pública e o Legislativo, quando deixam de dar os meios para realizar os programas e objetivos traçados na Constituição, caindo na omissão inconstitucional.

É conveniente ressaltar também que, desde a constitucionalização dos princípios, o Poder Judiciário dispõe de mais e maiores meios para parametrizar as ações do Poder Executivo. Nesse ponto é que se mostra uma nova face da moeda. O administrador também deve, e sempre deve, ter como parâmetros aqueles princípios constitucionalizados. E se os princípios, que são normas mais abstratas, valem para vincular as ações da Administração, com maior razão as proposições mais específicas, ou seja, também as regras constitucionais são parâmetros que se mostram bons a serem seguidos, obrigatoriamente. E entre o parâmetro constitucional e o parâmetro legal, prevalece o constitucional, se o legal lhe for contrário. Isto é assim porque o princípio da legalidade, agora refeito, está mais alargado para conter também a obediência à Constituição e os seus princípios. Porque não basta, por exemplo, cumprir a lei, é necessário também respeitar as exigências da moralidade administrativa. Se o administrador não respeita o princípio da moralidade, é cabível ação popular.

Podemos ainda afirmar que qualquer autoridade pública, e dizemos autoridade naquele sentido utilizado na Lei nº 1.533/51, ou seja, qualquer administrador público que detenha poder de decisão no caso concreto. E explicamos o porquê. É que, na sociedade pluralista e democrática em que

³³⁵ Tem sido utilizado, por vezes, o termo “lei” apenas para destacar que seria um ato estatal emanado do Poder Legislativo que pretendia ter validade de lei, mas por conta do vício da inconstitucionalidade, nem lei seria, mas não perderia o status de ato estatal, pois cumpriu, ainda que supostamente, os trâmites exigidos.

³³⁶ Clèmerson Clève, “A lei no Estado contemporâneo” ..., p. 138.

vivemos, não cabe mais a tutela paternalista de “um por todos”. Todos e cada um detêm uma parcela de poder e também de responsabilidade, por isso também hão de aplicar-se aqui aquelas mesmas noções de poder-dever. São poderes que têm uma contrapartida de responsabilidade. Podem deixar de aplicar a norma, mas têm de assumir o risco que deriva de sua decisão. Podem deixar de atender a ordem manifestamente ilegal, com base no art. 116 da Lei nº 8.112/1990, que rege os servidores públicos civis, que assim dispõe³³⁷:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, *exceto quando manifestamente ilegais*;

Não apenas por isso. Deve-se também destacar que o art. 85, VII da Constituição Federal de 1988, dispõe ser responsabilidade do Presidente da República “o cumprimento das *leis* e das decisões judiciais”, há de ser entendido o termo *lei* em sua acepção lata, ou seja também inclui-se aí o respeito à Constituição. Do contrário seremos obrigados a entender que não há nenhuma penalidade ao se descumprir a Constituição e, no entanto, se o presidente descumpre uma lei, incide em crime de responsabilidade, o que seria um despropósito.

Quanto ao fato de poder existir inconstitucionalidades na forma ou no conteúdo do ato legislativo estatal, não existe diferença alguma para a repulsa, pois ou ela fere dispositivo que trata da divisão de funções, ou tratará da forma de expressar o conteúdo do ato, ou dos valores escolhidos pela Constituição. Mas, em sua natureza, veiculam uma transgressão à forma ou ao conteúdo, merecendo, em qualquer dos casos, a repulsa.

A repulsa contra a norma (ou ato legislativo) inconstitucional pode ainda ser defendida pela órbita dos Direitos Fundamentais. Um dos primeiros Direitos à liberdade conquistados é justamente o Direito de oposição contra a opressão, que hoje pode ser entendido também como direito de oposição contra ordens manifestamente ilegais. A inconstitucionalidade manifesta é uma ordem manifestamente ilegal.

³³⁷ Os grifos são nossos. Fonte: www.senado.gov.br.

Ao afastar aplicação à lei inconstitucional, porém, deve o administrador se cercar de certas cautelas. Deve enviar imediatamente o processo e suas razões para o órgão de assessoramento jurídico competente e, se não houver, para a Advocacia Geral da União, para que possa emitir parecer. Mesmo que este seja contrário, ao administrador público resta ainda, como a todo cidadão, peticionar, por exemplo, à Procuradoria Geral da República, ou seja, demonstrar as razões da recusa, a opinião da assessoria jurídica de seu órgão, os problemas práticos decorrentes da aplicação incondicional da norma, para que, deste modo, o Ministério Público Federal possa avaliar se há ou não ofensa a norma constitucional, e em caso positivo, acionar o Judiciário, a fim de que este se pronuncie de modo definitivo. O Procurador Geral da República é apenas um dentre os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Há outros, consoante o disposto no art. 103 da CF/88.

O administrador público, como de resto qualquer cidadão, não pode ele próprio impetrar um tipo de ação direta de inconstitucionalidade, como defendemos no início deste trabalho, mas poderá demonstrar essa necessidade às partes legitimadas, e, se houver quem pense em se beneficiar com a aplicação da norma viciada, aguardar concomitantemente a ação judicial do indigitado prejudicado.

CONCLUSÃO

A Constituição é fruto da conquista dos povos modernos. Representa a técnica de limitação do poder. Foi o meio encontrado para positivizar os princípios e regras jusnaturalistas garantidoras da liberdade individual. Nascida no Estado Liberal, teve seu conceito imbricado com a idéia de liberalismo.

O conceito de Constituição do Estado Burguês de Direito é aquele que possui um sistema de garantias de liberdade, a divisão de poderes e um documento escrito determinando a forma de governo.

A Constituição é a Norma Fundamental do Estado. É a norma concessiva e garantidora dos Direitos Fundamentais. Contém em si a estrutura fundamental do Estado, conferindo os limites do poder, as formas de atuação desse poder e a distribuição das competências.

O conceito de Constituição varia de autor para autor, a depender do enfoque que lhe é dado, sociológico, político, jurídico. O conceito de Constituição se desprendeu de sua origem liberal para conter hoje conteúdos compatíveis com o tipo de Estado que ela regula.

O Brasil, sendo um Estado Social e Democrático de Direito, em sua Constituição estão expressos regras e princípios que buscam dar efetividade imediata aos Direitos Fundamentais.

Para a defesa e estabilidade da Constituição, foram criadas diversas técnicas: o princípio da supremacia da Constituição, a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade das normas são exemplos.

A Inglaterra até hoje não possui uma Constituição escrita. As normas que existem estão dispersas em vários documentos, que são mantidos por força de uma consciência sócio-cultural que lhe dá suporte, dificultando as modificações dessas normas constitucionais costumeiras. Porém, na grande maioria dos Estados esse elemento sócio-cultural não existe. Por isso, foi necessário criar uma técnica que

acrescentasse um *plus* à certa sorte de normas consideradas mais importantes. A rigidez dá estabilidade às Constituições. Daí a dificuldade em modificar as leis constitucionais brasileiras, que necessitam de procedimento especial, muito mais rigoroso do que o dispensado às demais leis.

Existem dois sistemas de controle de constitucionalidade das normas. O difuso e o concentrado. Ambos subsistem no Brasil, por isso se diz que no Brasil o controle de constitucionalidade é misto.

Importantes inovações foram trazidas com as Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de dezembro de 1999. As mais importantes são: atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às ações diretas de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental; a possibilidade de o STF, em situações excepcionais (segurança jurídica ou excepcional interesse social) atribuir efeito não retroativo, ou definir o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade terá efeitos.

As normas submetem-se a rigoroso processo legislativo, com discussões nas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, e amplos debates no Plenário das Casas, passam pelo assessoramento técnico-jurídico, e ainda assim escapam do controle prévio, leis que contêm o grave vício de macular a ordem Constitucional. Insuficiente o controle, até que lhes seja declarada a inconstitucionalidade pela Suprema Corte Constitucional, pairam no ordenamento jurídico com presunção de constitucionalidade. Por isto são aplicadas por muitos. Esta aparente “validade” da norma jurídica inconstitucional produz alguns efeitos enquanto não é excluída do ordenamento.

Num conflito de normas, pelo princípio da hierarquia das leis, prevalece a de superior hierarquia. Se a lei está em conflito com a norma constitucional, prevalece a Constituição.

A norma inconstitucional é nula, e por isso nunca incidiu. Pelo raciocínio lógico-abstrato ela nunca produziu efeitos, mas não é assim na realidade fática.

Em certas situações da vida, retirar a validade de situações constituídas pode ser mais danoso que a ofensa à Constituição. Em alguns casos, por exemplo, pode a norma viciada vir sendo aplicada por anos a fio, sem qualquer manifestação do Judiciário. Depois ela vem a ser desconstituída. Este ato do Poder Judiciário, de declarar a inconstitucionalidade da norma, há de ser cauteloso e perceber, consoante as normas determinações legais, se a declaração de nulidade *ab initio* causará dano maior à ordem jurídica que a ofensa ao princípio da supremacia da Constituição.

A regra continua a ser a nulidade desde o início. A permissão legislativa para que o Judiciário fixe outro termo para o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ser vista sob o prisma da responsabilização do Estado-Legislator. A situação jurídica constituída será mantida em nome da responsabilidade que tem o Legislador de editar normas compatíveis com a Constituição.

A responsabilidade do Estado por atos lícitos é aceita na doutrina brasileira e ganha guarida na regra geral da Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 6º.

A responsabilização somente leva em conta as situações fáticas constituídas sob o império da norma inconstitucional. Sendo exceção à regra de nulidade somente nos casos de “direitos adquiridos” em que houver situação fática consolidada, ficaria garantido o direito à transformação em situação jurídica. Sendo os Direitos adquiridos (sentido estrito), Direitos que não se realizaram, não há o que ser preservado, pois, se a lei jamais incidiu, não concedeu Direitos.

Somente a Constituição pode excepcionar e retroagir para prejudicar. Nestes casos ela há de ser explícita. Sem que seja explícita, valerá a regra inserida no art. 5º, XXXIV, garantidora dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

O Estado de Direito sustenta-se sobre uma tríade de colunas fundamentais à sua existência, são elas: o princípio da legalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da inafastabilidade do controle judicial. Todos os três princípios estão positivados na Carta Maior de 1988, nos arts. 5º, II e 37; no art. 2º; e no art. 5º, XXXV, respectivamente.

O princípio da legalidade, entendido em sua acepção mais estrita, onde o administrador há de somente agir se houver lei que assim determine, há de ser revisto. Ele deixou de significar apenas e tão somente uma obediência cega à lei, e abarca hoje um conteúdo mais lato, que exprime principalmente a idéia de obediência à Constituição.

A Constituição passa a ser a fonte de harmonia do sistema. A ela todas as leis devem respeito. A ela o administrador deve maior respeito que à lei. A Constituição é a fonte de legitimidade do sistema jurídico.

O princípio da separação dos poderes concebido por Montesquieu entrou no Estado Liberal como dogma. E como dogma da ciência jurídica permaneceu por muito tempo. Hoje ele se transmutou, para permitir uma divisão de poderes segundo um fator:

a distribuição de funções. Cada poder possui uma essência que caracteriza a sua função. Assim, a função administrativa cabe essencialmente ao Poder Executivo, a função judiciária ao Poder Judiciário, e a função legislativa, ao Poder Legislativo. Mas todos igualmente desempenham a função dos demais, porque estas não são exclusivas. A divisão de poderes é a garantia contra o arbítrio. Os pesos e contrapesos representam o sistema de contenção recíproco de poder. É desta maneira que cada poder interfere sobre os demais. A interferência somente é permitida se houver determinação constitucional para tanto, do contrário haverá ofensa ao princípio da separação de poderes.

A separação de poderes não pode mais servir de manto protetor para a escusa do Judiciário em não participar do processo de construção social, impedindo que os princípios e direitos constitucionais possam ser efetivados.

A interferência recíproca tem sido cada vez mais freqüente, e hoje, por conta das mudanças sociais, o Poder Executivo está em uma situação privilegiada no campo de produção normativa.

A Administração Pública sofre rigoroso controle interno e externo. A inafastabilidade do controle judicial é inevitável. Ao Judiciário cabe a solução dos casos em que há lesão ou ameaça a Direito. São diversos os meios processuais postos à disposição dos interessados em atacar qualquer ato administrativo.

Discricionariedade e controle judicial são dois conceitos independentes. O ato discricionário é controlável judicialmente por meio da verificação da sua adequação aos princípios constitucionais e gerais de Direito. A discricionariedade decorre de uma norma legal, perdendo sentido e validade se ela desrespeita as normas do sistema, os princípios gerais do Direito e, portanto, à ordem jurídica que lhe dá suporte e estrutura.

O ato discricionário contém um núcleo de liberdade de atuação do administrador. Este deve, incessantemente, buscar a finalidade legal.

A discricionariedade deve respeito aos princípios jus-administrativos constitucionais e aos princípios gerais de Direito. O controle judicial não pode se restringir apenas ao ato vinculado. Isso não quer dizer que o juiz controlará ou examinará a essência do ato discricionário, ou seja, o seu núcleo (conveniência e oportunidade), mas identificará a sua forma, os seus limites e a sua inserção no mundo jurídico, compatibilizando-o com os princípios constitucionais da Administração Pública. Outros princípios auxiliam na busca da solução mais adequada ao caso concreto, tanto para o administrador como para o juiz. São os princípios da

proporcionalidade e da razoabilidade, ambos implícitos na Constituição. Mas, ao se chegar ao núcleo da discricionariedade, não cabe ao Judiciário sobrepor o seu próprio valor à Administração.

Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. O limite à intervenção judicial concentra-se, essencialmente, no núcleo da discricionariedade, no mérito propriamente dito (conveniência e oportunidade).

O administrador público é também intérprete da Constituição. Todos devem participar da construção e da realização constitucional. Há critérios interpretativos que auxiliam o intérprete da Constituição. Esses mesmos servirão para permear a interpretação do administrador público. São os princípios constitucionais interpretativos (critérios oferecidos por Luís Roberto Barroso), quais sejam: os princípios da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A função administrativa é preponderantemente realizada pelo Poder Executivo. Contudo, os Poderes Legislativo e Executivo também realizam atividades desta natureza, e, portanto, como qualquer outro administrador público, é potencial destinatário da norma viciada. Deve-se entender por administrador público aquele que está no exercício da função administrativa de qualquer dos três poderes.

No embate dos argumentos, conclui-se, com base nas lições de Themístocles Cavalcante, Ronaldo Poletti, Miguel Reale, Paulo Roberto de Oliveira Lima e outros juristas, que é possível ao administrador público afastar a aplicação de normas inválidas pela inconstitucionalidade, a despeito de caber ao Poder Judiciário o julgamento definitivo sobre a (in)constitucionalidade da lei.

Como argumentos, tem-se que a temida desordem jurídica e a insubordinação não procedem, posto que todos devem respeito à Lei Maior. Entre a Constituição e qualquer outra norma do ordenamento jurídico, é a Constituição que deve prevalecer, uma vez que Direito Positivo Brasileiro está fundado no princípio da hierarquia das leis e no princípio da supremacia da Constituição.

A ordem jurídica, após a Constituição Federal de 1988, alargou bastante o número de legitimados a iniciar o processo de verificação de constitucionalidade das leis e atos normativos (art. 103). Mas essa possibilidade não exclui o poder (poder-dever) do administrador de afastar do sistema a aplicação à lei inconstitucional: a uma,

porque a todos os poderes cabe a guarda da Constituição e não apenas ao Poder Judiciário (a este compete julgar a constitucionalidade ou não da lei, com exclusividade e de forma definitiva); a duas, porque se a Administração é dado o poder de rever seus atos eivados de ilegalidade anulando-os, se assim é, com muito maior razão, deve deixar de aplicar uma lei inconstitucional; a três, porque ao recusar-lhe aplicação evita que a regra se insira efetivamente no ordenamento jurídico.

Alegar que permitir aos tribunais contenciosos administrativos o direito de afastar aplicação à lei inconstitucional equivale a restringir os recursos, dando-lhes característica de coisa julgada por absoluta possibilidade de recurso é equívoco. Submeter uma lide à apreciação administrativa não significa que se deva abdicar do direito de recorrer à Justiça. Ao contrário, é mais uma via, mais uma porta que se abre ao cidadão, ao contribuinte ou ao prejudicado. Na verdade, muito raramente a esfera administrativa afasta a aplicação à lei sob o crivo de inconstitucionalidade, até porque elas, em regra, beneficiam o fisco/Administração.

Ao afastar a aplicação da lei, aceitamos que o órgão coletivo ou a autoridade administrativa não apenas pode, mas deve encaminhar o processo às procuradorias jurídicas de seus órgãos para que se pronunciem a respeito, tomando as devidas providências. Sem embargo, pode o administrador peticionar diante das autoridades legitimadas a propor a competente ação de inconstitucionalidade a fim de ser restabelecida a ordem constitucional, sob pena de incorrer nas penalidades da lei.

Nenhuma contenda pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. É ao Estado-juiz que cabe a função de restabelecer a legalidade ou a consonância das condutas públicas com os atos infraconstitucionais, ou ainda, no que toque à sua constitucionalidade. No desempenhar de sua missão, tanto anulará atos inválidos quanto imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, imputando e proferindo as condenações cabíveis. Só a ele cabe julgar, só a ele cabe resolver de forma definitiva os litígios.

O Poder Judiciário tem se fortalecido, à medida que tem assumido cada vez mais e de forma mais efetiva a jurisdição constitucional.

A Constituição é a base de todo o sistema jurídico e sustentáculo do Estado Democrático de Direito. É a ela que se deve respeito. É ela que deve prevalecer, sempre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 786, abril/2001, p. 11-56.
- ARAGÃO, Orlando Miranda. “Inconstitucionalidade de lei. Não Aplicação por esse motivo, pelo Poder Executivo”. *Revista de Direito Público*, ano VI, nº 26, out.-dez./1973, p. 68-73.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).
- ALVIM, Arruda. “A discricionariedade administrativa e o controle judicial”. In: SUNDFELD, Carlos Ari & BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227-237.
- ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. “Mudança constitucional, Direitos Fundamentais e Direitos adquiridos”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em tempos de crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 219-227.
- ASSIS, Alexandre Camanho de. “Inconstitucionalidade de lei — Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade”. *Revista de Direito Público*, ano 22, nº 91, jul.-set./1989, p. 117-122.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. “O Princípio da Legalidade — delegações legislativas, poder regulamentar — repartição constitucional das competências legislativas”. *Boletim de Direito Administrativo*, ano XIII, nº 1, jan./1997, p. 15-28.
- _____. “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 189-217.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação reguladora”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 77-84.

- BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária”. *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, jan./2000, [Internet] <http://www.planalto.gov.br>, [mar./2000].
- BERNARDES, Juliano Taveira. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, Jan./2000, [Internet] <http://www.planalto.gov.br>, [16/03/2000].
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *A Era dos Direitos*. 9ª ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Ciência Política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 29. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. [<http://www.stf.gov.br>].
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. [<http://www.stj.gov.br>].
- BRASIL. *Senado Federal*. [<http://www.senado.gov.br>].
- BUENO, Cassio Scarpinella. “Inafastabilidade do controle judicial da Administração”. In: SUNDFELD, Carlos Ari & BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Direito Processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 238-248.
- CAMMAROSANO, Márcio. “A ampliação do conceito de patrimônio público e sua proteção”. In: SUNDFELD, Carlos Ari & BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Direito Processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 264-276.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- _____. *Revista Diálogos & Debates*. Setembro/2000, [Entrevista] p. 8 a 11.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. (reimpressão). Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- _____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. “A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 219, jan.-mar./2000, 253-270.
- CHAMI, Jorge Antonio Ioriatti. “A legalidade no Direito Administrativo”. In: ROSA, Renata Porto de Adri *et al.* *Princípios informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 1997, p. 77-111.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- _____. “A lei no Estado contemporâneo”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, nº 21, out.-dez./1997, p. 124-138.
- COELHO, Inocêncio Mártires. “As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, nº 137, jan.-mar./1998, p. 157-164.
- CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984, v. II.
- COOK JUNIOR, Peter John Arrowsmith. “A recusa à aplicação da lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade”. [Internet] <http://www.jfrn.gov.br/doutrina/24.htm>, [capturado em nov. 1998].
- COSTA, Eduardo Silva. “O desprestígio das leis”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, nº 82, abr.-jun./1984, p. 87-92.
- COTRIM NETO, A. B. “A crise do Estado de Direito e Social e a Constituição Federal”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 113, jan.-mar./1992, p. 15-24.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. 12. ed. [Barcelona]: Editora Tecnos, s.d., v. I/1.
- DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, v. I.
- _____. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do Estado*. Trad. de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.
- DERANI, Cristiani. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Administração Pública: Legislação*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 16. ed. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de & FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações do controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de dezembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999)”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, abr.-jun./2000, p. 1-17.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. “O Conceito Ideológico de Constituição”. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 12, v. 52, maio/1988, p. 27-44.
- FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. “Crise do direito e direito da crise”. *Revista Forense*, ano 49, v. 142, fascículos 589 e 590, jul.-ago./1952, p.14 a 19.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler-UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.
- HART, *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HORTA, Raul Machado. “Constituição e direito adquirido”. *Revista de Informação Legislativa*, ano. 28, nº 112, out.-dez./1991, p. 69-86.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed., 2. tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRELL, Andreas Joachim. “Realização dos Direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos”. *Revista Direitos e Deveres*, nº 5, jul.-dez./1999, p. 133-171.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner [1933]. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. “Pode o chefe do Poder Executivo se recusar a aplicar lei inconstitucional? (Exceção ao Princípio da Supremacia do Poder Judiciário)”. *Estudos Jurídicos*, ano XVII, nº 41, 1984, p. 29-35.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. “A inconstitucionalidade e o destinatário original da norma viciada”. *Ciência Jurídica*, ano VI. v. 46, jul.-ago./1992, p. 23-32.

- LÔBO, Paulo Luiz Neto. “O Controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido”. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 27, nº 106, abr.-jun./1990, p. 37-54.
- LORENZETTI, Ricardo. “Las nuevas fronteras de la responsabilidad civil: analisis economico — responsabilidad civil — *proteção de la parte debil*”. VVAA, *Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*, Blumenau, out./1995, v. 2, p. 161-168.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.
- MACHADO, Hugo de Brito. “Aplicação de lei inconstitucional pela Administração”. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 702, abr./1994, p. 26-27.
- MACEDO, Silvio de. “A crise do Direito”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 2, nº 3, jan.-mar./1978, p. 211-215.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno: de acordo com a EC19/98*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. “Poder regulamentar ante o Princípio da Legalidade”. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 4, 1993, p. 71-78.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação dos Poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e do controle de constitucionalidade da lei”. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 32, nº 126, abr.-jun./1995, p. 87 a 102.
- _____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. “Kelsen e o controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, nº 121, jan.-mar./1994, p. 185-188.
- _____. “Inconstitucionalidade”. *Teia Jurídica*. [Internet] <http://www.teiajuridica.com/incefeit.htm>, [capturado em nov/1998].
- _____. “A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – ‘Unvereinbarkeitserklärung’ — na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, nº 118, abr.-jun./1993, p. 61-84.
- _____. “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 134, abr.-jun./1997, p. 11-39.

- _____. “Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. *Jus Navegandi*, n° 41. [Internet]
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130> [Capturado em 14.03.2002].
- _____. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz”. *Revista Jurídica Virtual*, n° 13. [Internet]
<http://www.planalto.gov.br>
- MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, tomo I.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, Tomo II.
- _____. *Constituições políticas de diversos países*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1975.
- MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. “A crise da Regulação Jurídica e de seu Paradigma nas Sociedades Contemporâneas”. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, Nova Série, ano I, v. 1, n° 1, 1996, p. 51-68.
- MONTEIRO, Rui Carlos de Barros. “O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”. *Revista Forense*, ano 79, v. 284, out.-dez./1983, p. 101-119.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MUNHÓZ, Francisco de Assis. “O princípio da legalidade no sistema constitucional e no sistema tributário”. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. ano 7, n° 26, jan.-mar./1999, p. 127-163.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- NEVES, A. Castanheira. “O Papel do Jurista no Nosso Tempo”. *Boletim da Faculdade de Direito* [Universidade de Coimbra], v. XLIV, p.83-142, 1968.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PAUPÉRIO, Artur Machado. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PONTES DE MIRANDA. “Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições”. *Revista de Direito Administrativo - Seleção Histórica*, 1991, p. 63-89.

- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, Tomo LIII.
- PORTAL. *Revista Época*. Ed. Globo, ano IV, nº 196, 18 de fevereiro de 2002, p. 10.
- PORTO, Mário Moacyr. “O princípio da não retroatividade da lei”. *Revista do Curso de direito da UFRN*, v. 2, nº 2, jan.-jun./1997, p. 131-137.
- REALE, MIGUEL. “Vida e Morte dos Modelos Jurídicos”. *Revista: Direito [PUC-SP]*. São Paulo: Max Limonad, nº 2, 1995, p. 251-257.
- RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad. J. Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85-108.
- SCHOLLER, Heinrich.: “O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse Público*, v. 1, nº 2, abr.-jun./1999, p. 93-107.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Franciscon Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1992.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed., 4. tiragem, São Paulo: Malheiros, 1994.
- SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. [s.l.]: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TÁCITO, Caio. “Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais”. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 4, 1993, p 31-39.
- TASSARA, Andrés Ollero. “A crise do Positivismo Jurídico. Paradoxos teóricos de uma rotina prática”. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Pública*, v. 1, out.-dez./1992, p. 7-32.
- TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. [org. e atual. por Maria Garcia]. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental”. *Revista do Procurador Federal-ANPAF*, Nov/2001, p. 58-60.

WALD, Arnoldo. “O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente.” *Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto*, n.º 7, dez./1999, [Internet] <http://www.planalto.gov.br>.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.].