

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JOÃO MARCELO LANG

A ESCOLHA DO ADMINISTRADOR E OS LIMITES E
POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL – UMA LEITURA
SOB O ENFOQUE DA NOVA JURIDICIDADE

São Leopoldo

2008

JOÃO MARCELO LANG

**A ESCOLHA DO ADMINISTRADOR E OS LIMITES E
POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL – UMA LEITURA
SOB O ENFOQUE DA NOVA JURIDICIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, sob orientação da Profa. Dra. Têmis Limberger, à obtenção do título de Mestre em Direito.

São Leopoldo

2008

Ficha Catalográfica

L269e Lang, João Marcelo
A escolha do administrador e os limites e possibilidades do controle judicial: uma leitura sob o enfoque da Nova Juridicidade / por João Marcelo Lang. – 2008.
215 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

“Orientação: Prof^a. Dr^a. Têmis Limberger, Ciências Jurídicas”.

1. Administração pública – Constituição – Brasil .
2. Administração pública – Controle. 3. Administração pública - Poder discricionário. 4. Direito constitucional – Controle judicial. 5. Controle judicial – Direito administrativo. I. Título.

CDU 342.4(81):351

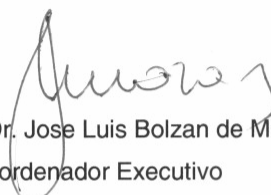
Catalogação na Publicação:

Bibliotecária Camila Rodrigues Quaresma - CRB 10/1790

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A Escolha do Administrador e os Limites e Possibilidades do Controle Jurisdicional – uma leitura sob o enfoque da nova juridicidade**”, elaborada pelo aluno **João Marcelo Lang**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

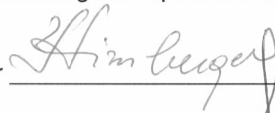
São Leopoldo, 11 de agosto de 2008.



Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

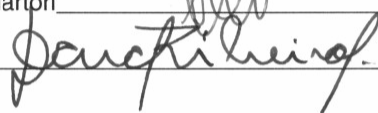
Presidente: Dra. Têmis Limberger



Membro: Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori



Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



RESUMO

O Estado Democrático de Direito agregou às linhas plantadas por seus antecessores, o aspecto de legitimação da autoridade, da concretização de direitos e da hermenêutica constitucional, tratando-se de um verdadeiro *plus* aos modelos de Estado liberal e social. Neste Estado Democrático de Direito vige uma Constituição Federal, que possui em seu bojo uma reaproximação de valores éticos, morais e de justiça. O Direito positivo, notadamente com a Constituição Federal, passou a agregar valores sociais ligados à moralidade, à ética, à justiça, alargando, com isso, a concepção do princípio da legalidade, não mais limitado à legalidade formal, mas à legalidade substancial. Com isso, o atuar da administração pública passou a ser visto, identicamente, sob uma nova ótica, pois a busca pelo atuar ótimo, pela boa administração, deixou de ser inatingível e incontrolável pelo Poder Judiciário, como antes propunha o Positivismo Jurídico. A administração pública, o administrador público, age por meio da edição de atos administrativos que, além dos elementos de caráter formal – competência, finalidade, forma, motivo/motivação e objeto – passaram a ser tuteláveis pelo Poder Judiciário, já que o princípio da legalidade aumentou seu lastro, passando a ser entendido como o ordenamento em um todo. O agir administrativo passou a ser pautado pela Constituição Federal, vista como “ponto de partida e de chegada” de qualquer ação administrativa, pois nela se encontram as promessas da modernidade e dos bens básicos da sociedade. Com a inclusão, no texto constitucional, dos princípios constitucionais, deu-se azo a um controle judicial mais efetivo, já que não mais mitigado ao controle de meras formalidades, mas ligado ao controle substancial do ato administrativo, o que se dá por meio da análise do demérito do ato, da finalidade a que se propôs haver sido efetivamente alcançada, por meio de um controle finalístico. Não se defende o desaparecimento da discricionariedade administrativa, mas a sua manutenção. Porém, diante da discricionariedade e dos princípios jurídicos – notadamente os constitucionais – que norteiam o atuar administrativo e que possibilita o controle pelo Judiciário, o administrador tem o dever acentuado de buscar atingir o resultado ótimo, pois o controle judicial deixa de apreciar unicamente a emissão da vontade da administração e passa a zelar pelo resultado obtido com a edição do ato. Não mais se controla a discricionariedade em si mesma, mas o resultado almejado e alcançado pela ação discricionária.

Palavras-chave: Constituição – Princípios – Ato administrativo – Controle judicial.

ABSTRACT

The rule of law joined to the lines planted by their predecessors, the aspect of legitimation of the authority, of the materialization of rights and of the constitutional hermenêutica, being treated from a true plus to the models of liberal and social State. In this rule of law a Federal Constitution is in force, that it possesses in his/her salience a rapprochement of values ethical, moral and of justice. The positive Right, especially with the Federal Constitution, he/she started to join linked social values to the morality, to the ethics, to the justice, enlarging, with that, the conception of the beginning of the legality, no more limited to the formal legality, but to the substantial legality. With that, acting of the public administration passed to be seen, identically, under a new optics, because acting great, the good administration, stopped being unattainable and uncontrollable for the Judiciary, as before it proposed the Juridical Positivism. The public administration, the public administrator, acts through the edition of administrative actions that, besides the elements of formal character - competence, purpose, forms, motive/motivation and object - they started to be protected for the Judiciary Power, since the beginning of the legality increased his/her ballast, passing to be understood as the ordering as a completely. Acting administrative it passed to be ruled by the Federal Constitution, see as "starting point and of arrival" of any administrative action, because in her they are the promises of the modernity and of the basic goods of the society. With the inclusion, in the constitutional text, of the constitutional beginnings, he/she felt occasion to a control more effective judicial, since no more mitigated to the control of mere formalities, but linked to the substantial control of the administrative action, what feels through the analysis of the demerit of the action, of the purpose the one that she intended to have been indeed reached, through a final control. It doesn't defend the disappearance of the administrative discricionary, but his/her maintenance. However, before the discricionary and of the juridical beginnings - especially the constitutional ones - that orientate acting administrative and that it makes possible the control for the Judiciary, the administrator has the accentuated duty of reaching the great result, because the control judicial stops only appreciating the emission of the will of the administration and raisin to care for the result obtained with the edition of the action. No more the discricionary is controlled in herself, but the longed for result and reached by the discretionary action.

Word-key: Constitution - Principal - Administrative act - Judicial Control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 O ESTADO DE DIREITO E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO.....	15
2.1 O Estado e o Direito: considerações iniciais.....	15
2.2 A divisão de Poderes no Estado.....	25
2.3 O controle da Administração Pública no modelo positivista.....	38
2.4 O princípio da legalidade da Administração.....	55
3 OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO.....	70
3.1 O ato administrativo – conceitos, atributos e elementos.....	70
3.2 A discricionariedade administrativa.....	110
3.2.1 Poder discricionário da Administração na visão constitucional.....	112
3.2.2 A legalidade e a finalidade como orientação da ação discricionária.....	129
3.2.3 Discricionariedade e a busca da melhor solução.....	138
3.2.4 Discricionariedade e o dever da boa administração.....	143
4 O CONTROLE JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO.....	152
4.1 Os princípios jurídicos: a nova positivação do Direito.....	155
4.2 Substancialismo <i>versus</i> procedimentalismo.....	173
4.3 O controle dos atos discricionários: a nova juridicidade.....	191
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	203
REFERÊNCIAS.....	207

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, de forma bastante habitual, ocorrem *importações* de teorias jurídicas que, sem a devida adaptação e contextualização, acabam por dificultar o dia a dia dos cidadãos.

Com efeito, certas teorias jurídicas são postas *em funcionamento* independentemente das necessidades reais de uso, desconsiderando os aspectos fáticos de onde se originou e para onde se destina: olvidam-se as realidades sociais do local onde foram criadas e, principalmente, de onde se pretende aplicá-las.

Esse lamentável fato – aplicação inconseqüente de teorias *importadas* de outros sistemas jurídicos – aplica-se perfeitamente à teoria do controle dos atos da administração, notadamente no que diz respeito a sua não sindicabilidade.

Renomados autores brasileiros apõem em suas obras diversas linhas acerca do tema, baseando-se em teorias alienígenas descompassadas com a realidade brasileira e, o que é mais surpreendente, que até mesmo deixaram de ser utilizadas em seu país de origem.

No que tange ao controle judicial dos atos administrativos, tem-se como discurso jurídico autorizado de que o controle judicial dos atos administrativos é unicamente de legalidade, não podendo o Poder

Judiciário substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos. E mais: é um controle *a posteriori*, unicamente de *legalidade*, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

Olvidam-se da existência (ou surgimento) de um fenômeno jurídico que se pode chamar de (neo)constitucionalismo, pelo qual o Direito e o Estado passaram a ter um novo papel: o primeiro, um papel transformador; o segundo, efetivador das promessas da modernidade.

A Teoria do Direito passou a verificar uma re-aproximação do Direito com a moral, com a ética, com a justiça, enfim, com valores. Aquilo que o positivismo jurídico tanto buscou – distanciar o Direito de concepções valorativas – passou a ter um novo viés, onde as Constituições passaram a ter um novo papel, tanto para o próprio Direito, como para o Estado.

Considerando comportarem, estas Constituições, elementos valorativos, no Estado Democrático de Direito o Direito passou a ter um papel transformador e se alterou o pólo de tensão ao Poder Judiciário, podendo-se afirmar que Administração passou a ter maiores elementos objetivos e subjetivos capazes de lhe guiar. Noutras palavras, o atuar da Administração (deve) está cada vez mais sindicável, já que os princípios que a regem diretamente – e demais princípios e regras espalhados no texto constitucional – formam uma rede que agasalha o agir da administração sempre na busca da melhor solução, do resultado ótimo.

Não apenas isso: a melhor solução a ser buscada e realizada encontra limites no texto constitucional, pois este texto contém a realidade social, a promessa de realização daquilo que a modernidade ainda não trouxe, eis que tardia.

Diante desse quadro, deseja-se demonstrar que o Poder Judiciário, ante essa nova postura que detém diante das características do (neo)Constitucionalismo, não só pode como deve sindicá-los atos administrativos, inclusive os chamados *discricionários*, entendendo-se como discricionariedade não mais aquela área nebulosa onde a Administração tudo poderia, diante do silêncio da *lei*, mas como o ponto em que deve adotar maiores cuidados, pois foi aí que o legislador concedeu-lhe competência para suprir a falta ou impossibilidade de previsão normativa.

O texto constitucional, utilizado nos moldes de efetiva *constitucionalização do direito*, permitirá efetivo controle por parte do Poder Judiciário dos atos administrativos, notadamente diante do fato de a Administração não mais possuir uma discricionariedade ilimitada, pelo contrário, estar extremamente vinculada aos princípios constitucionais (implícitos e explícitos) e, acima de tudo, ao controle finalístico (de resultado) de seus atos.

Considerando-se os princípios que regem o atuar da Administração Pública, bem como o papel transformador do Direito e do Poder Judiciário, o tema desta pesquisa é a busca de respostas quanto ao

controle judicial da discricionariedade administrativa, de como superar-se o estrito controle da legalidade (formalista, oriundo do positivismo jurídico) para se chegar ao controle da legitimidade do ato (substancial, em cotejo com os princípios constitucionais).

O Estado foi constituído para atender às necessidades e conveniências dos grupos sociais, monopolizando diversas funções, ditando normas e impondo a todos, coercitivamente, suas normas e decisões para o fim de manter a organização e a paz sociais.

Pode-se dizer que o Estado constitui-se em meio para que os cidadãos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares, ou, ainda, que o fim do Estado é o pisado e repisado interesse público.

Para a consecução de seus objetivos, o Estado utiliza-se de políticas públicas de desenvolvimento, com diversos instrumentos, a exemplo do planejamento, orçamento, assistência social etc., que devem se pautar precipuamente nas necessidades sociais.

À realização deste bem comum, deve o Estado observar diversos princípios e limites impostos pela legislação constitucional e infra-constitucional (notadamente, a administrativa). Exatamente neste ponto, na hermenêutica das normas e princípios, que se propõe o estudo ora projetado.

Com efeito, as necessidades sociais têm se mostrado cada vez maiores, em todos os níveis da administração (federal, estadual e

municipal) e em todas as áreas de atuação estatal direta (saúde, educação, segurança etc.) e indireta (emprego, renda, economia etc.).

Considerando-se que a função administrativa – o agir do Estado – deve ser uma seqüência de ações ordenadas de modo a atingir o bem comum e que esta função administrativa se materializa como atividade administrativa, que é a tradução concreta do conjunto de competências abstratamente previstas nos ordenamento jurídico e, ainda, que o Estado deve, sempre, optar pela melhor solução, como impor a ele critérios, sabendo-se da existência de uma certa autonomia, ou melhor, discricionariedade do administrador público em realizar sua escolha?

Pelo poder discricionário, a administração pública, por seu administrador, possui *liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo*. Claro que essa concepção já passou por diversas críticas, no sentido de conduzir o intérprete a conceber o poder discricionário como sendo, na verdade, uma margem de liberdade, assertiva esta que deve ser analisada com ressalvas.

O fato é que, a cada dia, as exigências sociais no tocante ao atuar do Estado, ao efetuar a melhor escolha, têm crescido consideravelmente, fruto da própria politização desta sociedade (abertura política, valorização da democracia etc.).

Não bastasse a constante cobrança popular no pertinente, o Poder Judiciário tem atuado repetidamente no sentido de “interferir” na escolha, na opção, ou melhor, tem ditado o que deve a Administração fazer. Eis a Jurisdição Constitucional cumprindo seu (novo) papel junto ao

Estado Democrático de Direito, em que o pólo de tensão transferiu-se ao Poder Judiciário, em que o Direito passou a ter uma função transformadora.

O Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar diante de demandas cada vez mais *sui generis*, envolvendo direitos que, até bem pouco tempo, não passavam de *normas constitucionais de eficácia limitada*. Decisões judiciais determinando ações ao Poder Executivo, em determinado prazo e sob pena de multa diária em caso de descumprimento, apresentam-se comuns atualmente na prática forense. Fornecimento de medicamentos, oferta de vagas suficientes a todas as crianças e adolescentes no ensino fundamental, dentre outras, tem sido manifestações cotidianas do Poder Judiciário frente à costumeira inércia do Poder Executivo.

Ora: até que ponto pode o Poder Judiciário interferir no dia a dia da Administração Pública, notadamente no que diz respeito as suas próprias atividades? Pode, o Poder Judiciário, indicar qual obra deve ser realizada e ainda impor penalidades em caso de descumprimento? Quais os critérios que a legislação ou, *lato senso*, o Direito, concede ao Administrador e ao próprio Poder Judiciário para se chegar à melhor escolha?

É nesta senda que se propõe o desenvolvimento deste tema. Além de se poder efetuar verdadeiro controle da Administração Pública e indicar critérios a serem adotados no caso concreto para se chegar à melhor escolha, a área carece de aprofundamento doutrinário, já que

pouquíssimas obras, pautadas nesta nova ordem normativa constitucional, são encontradas

A conceituação e a definição do fenômeno da discricionariedade administrativa e seu devido controle por parte dos tribunais, é tema pouco abordado e que até gera temor aos juristas.

O certo é que a doutrina sobre os atos discricionários da Administração e seu controle, guarda conexão íntima com o desenvolvimento do Estado de Direito e do constitucionalismo. Quer-se dizer que a Teoria do Estado e a Teoria do Direito, além de intimamente ligadas e dependentes, acabam por influenciar o papel da Administração Pública e o papel do Poder Judiciário frente às exigências do atuar dessa Administração.

De qualquer forma, a discussão sobre o assunto se move sempre entre os pólos principiológicos do acesso irrestrito aos tribunais, responsáveis pelo controle da aplicação do Direito, e da relativa autonomia da Administração Pública para exercer a função que lhe foi constitucionalmente assegurada: escolher, dentro dos limites legais e jurídicos, a melhor opção a ser seguida pelo Poder Público diante de uma situação concreta.

2 O ESTADO DE DIREITO E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

2.1 O Estado e o Direito: considerações iniciais

O homem vivendo em sociedade é um fenômeno que há muito vem intrigando os estudiosos (filósofos, sociólogos, juristas etc.). Várias foram e são as explicações para esse viver integrado, irmanado, enfim, para esse conviver: para alguns pensadores, isso se deve à incapacidade humana de viver só; para outros, a questão econômica conduz à formação social; há também os que se utilizam de concepções contratualistas, ou ainda funcionalistas.

Idéias de acordo de vontades para a formação da sociedade remontam à Antigüidade¹; o mesmo se diga com relação à naturalidade com que o homem se associa (sociedade natural). Na Idade Média, entre a teoria naturalista e a teoria contratualista de surgimento da sociedade, a esta última foram envidados maiores esforços a explicá-la².

O fato é que se vive em sociedade e essa realidade é indiscutível. Identicamente indiscutível é que o humano não possui a capacidade de manter-se, ou melhor, manter-se nesse meio social *de per si*, isto é, prefere, conscientemente, abrir mão de grande parcela de sua liberdade

¹ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito** – Kant e Kelsen. Balo Horizonte: Mandamentos, 2000. P. 26.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 18.

natural em prol da manutenção de um conviver com o outro que lhe traga benefícios – *pari passu*, vários malefícios também.

A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem, mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e freqüentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade³.

Nesta *necessidade* de convivência social, urge indispensável e até mesmo inevitável a organização de todas essas pessoas, de modo a possibilitar a manutenção do grupo. O nascimento do Direito aparece ligado exatamente a esta indispensabilidade organizativa.

Primeiramente ligada à união de forças à produção agrícola⁴, ao grupo social não mais bastava trabalhar para se manter: como dito, a convivência necessitava muito mais, necessitava de pessoas que protegessem, de pessoas que, mesmo não produzindo efetivamente, realizassem outras atividades identicamente imprescindíveis à organização (forças armadas, por exemplo).

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 7.

⁴ Leciona Juan Ramón Capella acerca da conexão que há entre sociedade, trabalho e Direito: “o nascimento do direito aparece ligado a formas de organização social mais complicadas que a da comunidade primitiva, formas que se adotaram com a prática da agricultura massiva propriamente dita. O aproveitamento de certas possibilidades oferecidas pela natureza em certos lugares exige a cooperação de numerosas comunidades particulares – isto é, um passo a mais na extensão da socialização – para realizar tarefas impossíveis para pequenos grupos de indivíduos. Os trabalhos de irrigação, dessecação e cultivo nos grandes vales aluviais da Mesopotâmia e do Egito deram lugar a organizações sociais inviáveis sem um poderoso mecanismo unificados de comportamentos” (**Fruto proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade (trad.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 41).

Circunscrita ao trabalho, à produção, inevitavelmente surgiam as disputas, os embates notadamente ligados à atribuição do trabalho e à distribuição dos produtos. O conflito social, inarredável, mostrava-se uma constante ameaça de dissolução permanente da sociedade. Necessária a presença de algo, de algum instrumento capaz de evitar e eliminar os perigosos conflitos que poderiam extinguir a sociedade, punindo os responsáveis. Eis o Direito.

A organização da produção gerava forças centrífugas que a comunidade eminente precisava neutralizar com outras. A moralidade positiva é insuficiente para fazer frente a um conflito social estrutural: pois deixa de ser uma só, cinde-se. Cada grupo social tem sua própria moralidade positiva.

A força *neutralizadora*, para conter ou limitar o conflito interno da sociedade, foi o *poder político* (supremamente detido pela instituição chamada <estado>). Esta tem, entre outros, o instrumento jurídico: o *direito*. A violência militar fundadora destes tipos de sociedades se metamorfoseia em instituições de coerção que asseguram a reprodução da sociedade tal como está organizada⁵.

Com efeito, não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de *poder* e de uma análise do fenômeno do poder, até porque, por longa tradição, o Estado foi definido como o portador do poder, da *summa potestas*.

O poder político é originariamente a institucionalização da força. O Estado, claro que ainda não conhecido como o é o Estado Moderno, detinha a capacidade de violência, ou melhor, o monopólio da violência; sustentava a regulamentação social mediante a ameaça da coerção, do

⁵ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade (trad.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 43.

uso efetivo da violência *autorizada* e até mesmo *querida* pelos membros da sociedade. O Direito é originariamente uma regulamentação do uso da força, da coerção, não sendo à toa a mezinha ligação que se faz do Direito à ordem coercitiva⁶.

Os atos do grupo eram dirigidos a um fim. Buscavam, sempre, algo que melhorasse a vida de seus membros. Na associação há em todo o tempo uma finalidade social, um objetivo a ser buscado por todos. Há uma finalidade social que, para ser atingida, imprescindível a presença não só de um elemento pacificador – o Direito – mas outro que, com base nas esperanças e anseios sociais, determinasse o Direito e monopolizasse o *poder* (e o uso da força, como apontado) a fim de dar-lhe unidade: o Estado⁷.

Aborda-se aqui o Estado *político*, aquele em que há um *poder superior*, ao contrário daquilo que Hobbes, posteriormente atacado por Locke, Rousseau e Kant, denominou *estado de natureza*. O *estado de*

⁶ Não se deseja afastar completamente do Direito o elemento *coação*. Pelo contrário: deseja-se manter tal característica, porém, destacando-se não ser a única que o diferencia dos demais instrumentos de controle social, notadamente com o advento do (neo)constitucionalismo. Hans Kelsen destacou: “uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros – um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto” (**Teoria pura do Direito**. 7 ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 35).

⁷ A denominação “Estado”, em seu sentido moderno, apareceu pela primeira vez em “O Príncipe”, de Maquiavel, escrito em 1513. Esta lição vem avalizada por Bobbio transcrevendo o início da obra em comentário: “Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” (**Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 65). Na mesma obra, Bobbio assevera: “o Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa)” (p. 73).

natureza, em Hobbes, constrói-se fazendo abstração de toda instituição política, imaginando a vida dos indivíduos em ausência de todo poder superior.

Já Locke “procura demonstrar, para contrapor-se a Hobbes, que o estado da natureza nada tem a ver com o estado de guerra”, no entanto acaba afirmando que, “no estado de natureza, por falta de leis positivas e de julgamento por parte da autoridade a que se possa apelar, o estado de guerra, uma vez iniciado, perdura”⁸. Mais adiante, Locke enfatiza que “a única forma com que as pessoas se desvestem da sua liberdade natural, assumindo os vínculos da sociedade civil, consiste na concordância com outras pessoas para reunir-se em comunidade”⁹. Neste ponto já tratava da teoria contratualista, do fundamento do poder político no pacto social, bem trabalhado este tema por Rousseau¹⁰.

Pois bem: destaca Bobbio, em que pese o elemento histórico que é fonte para o estudo, hoje “o Estado é estudado em si mesmo, em suas

⁸ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2 ed. Sérgio Bath (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1997. P. 177.

⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa (trad.). In Clássicos do pensamento político. Petrópolis: Vozes, 1994. P. 139.

¹⁰ Antônio Sidekum realiza análise pormenorizada acerca do pensamento de Rousseau. Sidekum reflete acerca da busca de um fundamento ontológico último para a relação ética e política, reformulando conceitos desde Aristóteles. Leciona: “nas bases da filosofia ocidental, o ser humano é considerado a medida de todas as coisas. Define-se a dimensão humana em relação à cosmovisão na qual está inserida. Desde cedo, como podemos já observar anteriormente, procurou-se estabelecer normas para a condição do homem, visto ser a pessoa humana considerada um *ser social*, isto é, um ser que faz parte de sua *polis*. (...) Assim, Rousseau, em sua obra *Do contrato social I*, escreveu: ‘O homem nasce livre e por toda a parte encontra-se a ferros... A ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros’. O pensador Rousseau estabelece um princípio para a visão da ética social, afirmando que ‘a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família, ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para própria conservação. Desde que tal necessidade cessa, desfaz-se o liame natural...’. A família é, pois, apresentada como o primeiro modelo das sociedades políticas” (**Ética e alteridade** – a subjetividade ferida. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. P. 27-28).

estruturas, funções, elementos constitutivos, mecanismos, órgãos etc., como um sistema complexo considerado em si mesmo e nas relações com os demais sistemas contíguos”¹¹.

Até porque já se está a falar em Estado Contemporâneo, não mais aquele confundido com a família, com a sociedade. O Estado, aqui, na concepção de sociedade política organizada, como um produto voluntário dos indivíduos, com poder hierárquico único, absoluto, poder jurídico para fins jurídicos, indivíduos “que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo”¹².

O estado caracteristicamente moderno, correspondente à fase concorrencial do capitalismo, adota como normal alguma das formas políticas correspondentes ao sistema representativo. Cria ademais grandes corpos burocráticos ou administrativos adequados às funções que há de desempenhar. Assume tarefas mais complexas que as da fase anterior. Origina corpos jurídicos modernos, quer dizer, *direito* no sentido atual da palavra. Por último, a propósito deste mesmo estado se dá uma luta contra as imunidades do poder: se intenta levar os ideais rousseauianos até suas últimas conseqüências com o conceito de <estado de direito>.¹³

Na senda da “luta contra as imunidades do poder”, tratando do Estado de Direito, Eduardo García de Enterría esclarece que “a idéia de submeter o Poder a um juízo no qual qualquer cidadão possa exigir-lhe justificações de seu comportamento diante do Direito é uma idéia que

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 55.

¹² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 64.

¹³ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade (trad.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 120.

surge do Estado montado pela Revolução Francesa”, baseado em duas premissas: o princípio da legalidade e o princípio da liberdade como garantia jurídica¹⁴.

Como ensina Jorge Miranda, “o Estado é o *resumo*, o ponto de condensação das contradições da sociedade; e daí que o político em geral se aproxime do estadual. Por outras palavras: o *estado político* exprime, nos limites da sua forma, todos os combates, necessidades ou interesses sociais”¹⁵.

Mesmo nesses primórdios da concepção de Estado, a figura do *poder* sempre apareceu como uma complicadora da própria existência e manutenção do Estado, considerando-se principalmente a tendência (humana) de exacerbação do uso e gozo desse poder, notadamente no distanciamento entre as reais necessidades de muitos e os interesses oblíquos e pessoais de poucos: “o problema de pôr limites à imunidade jurídica dos poderes públicos atravessa inteiramente a história do estado moderno”¹⁶.

Dentre as teorias fundamentais do poder (a substancialista, a subjetivista e a relacional¹⁷), destaca-se a relacional, que “estabelece que

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo** – poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974. P. 13-15.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 164.

¹⁶ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade (trad.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 144.

¹⁷ Bobbio relata sucintamente as três teorias acerca do poder para, ao final, destacar a teoria relacional como sendo “a mais aceita no discurso político contemporâneo”. Ensina que “nas teorias substancialistas, o poder é concebido como uma coisa que se possui e se usa como um outro bem qualquer”, indicando Hobbes como típico intérprete desta teoria. Já em sede de teoria subjetivista, indicando Locke como seu expositor, o poder “não é a

por *poder* se deve entender uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria”¹⁸.

A mais aceita no discurso político contemporâneo é, sem dúvida, a relacional, que implica a condição de mando e comando de alguém sobre outrem, na senda dos ensinamentos acerca do tema trazidos por autores como Carl Schmitt, Hans Kelsen e Carré de Malberg.

Kelsen indica o poder como sendo um terceiro elemento de constituição do Estado, ao lado do povo e do território. Define o poder do Estado como sendo sua soberania, destacando que “o poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo”¹⁹.

Correlacionando Constituição e Estado, Carl Schmitt trata do poder do Estado em um “conceito ideal de Constituição”, no sentido já de poder dividido, ou distinguido, como prefere denominar. O poder é inerente ao Estado, porém somente será “constitucional” quando limitado e dividido pela Constituição de um Estado²⁰.

Carré de Malberg defendeu a existência do poder como sendo um dos elementos do Estado, ao lado do território e do povo. Ao explicá-lo, propõe que o Estado não possui sobre seu solo uma propriedade, mas sim

coisa que serve para alcançar o objetivo mas a capacidade do sujeito de obter certos efeitos”, como o psicológico – ameaças de punição – e o mental – persuasão e dissuasão (**Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 77).

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 78).

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Luís Carlos Borges (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 364.

²⁰ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992. P. 58-60.

e unicamente um poder de dominação, uma potestade, a qual habitualmente se denomina “soberania territorial”²¹.

Malberg realizou profundo e extenso estudo sobre “soberania”, pois, segundo ele, imprescindível a obtenção de uma precisa significação do termo. Resultou que apontou uma acepção precisa, segundo o qual “la palabra soberanía designa, no ya una potestad, sino una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad. La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él”²². Anote-se que a soberania, atualmente, perdeu o valor que detinha até o fim do Século passado, principalmente diante de fatores econômicos e políticos, como a globalização e criação da União Européia.

Dallari, nominando *poder dominante*, caracteriza-o como originário “porque o Estado Moderno se afirma a si mesmo como o princípio originário dos submetidos”, evidenciando poder de dominação, de mando incondicionado e de possibilidade de exercício da coação “para que se cumpram as ordens dadas”²³.

O ensinamento de Bonavides evidencia a teoria que Bobbio chamou de relacional, já que insiste na relação entre dois sujeitos – governante e governado – e a capacidade/poder de mando de um sobre o outro: “examinada atentamente a natureza do poder estatal, verifica-se

²¹ MALBERG, R. Carre de. **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica: 1948. P. 94.

²² MALBERG, R. Carre de. **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica: 1948. P. 81.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 94.

que todo Estado, comunidade territorial, implica uma diferenciação entre governantes e governados, entre homens que mandam e homens que obedecem, entre os que detêm o poder e os que a ele se sujeitam”²⁴.

É neste ponto, no estudo do poder do Estado e suas funções, que surge a necessidade de encontrar limites à atuação do Estado e na exteriorização de seu poder, mesmo se considerando a concessão aos submetidos de um relativo poder de independência. As modalidades de Estado – liberal, social e democrático de direito – afetaram e foram afetados pela busca por limites (característica da idéia democrática), pelas manifestações sociais efusivas e até mesmo armadas, no intuito de clarificar o papel do Estado e os limites de interferência deste para com a sociedade e o indivíduo.

Passa-se a analisar, desta forma, a divisão dos Poderes do Estado e, ao final, o controle deste poder, encontrado nas mãos da administração pública.

2.2 A divisão de Poderes no Estado

O Estado oitocentista possui como base histórica, social, cultural, filosófica e jurídica, diversos movimentos e eventos que acabaram por influenciar a humanidade como um todo: o Renascimento,

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 108.

a superação do Cristianismo, as Revoluções liberais, enfim, vários acontecimentos sociais que afetaram as diversas áreas do conhecimento.

A partir daí o Estado passou a ser fortalecido, a ser visto como monopolizador do poder, até porque a Revolução Francesa ditou os caminhos a serem perseguidos, obedecendo-se ao movimento constitucionalista que obteve seu cume no evento revolucionário²⁵.

Com o declínio e dissolução do corporativismo medievo e conseqüente advento da burguesia, instaura-se no pensamento político do Ocidente, do ponto de vista histórico e sociológico, o dualismo Sociedade-Estado.

A burguesia triunfante abraça-se acariciadora a esse conceito que faz do Estado a ordem jurídica, o corpo normativo, a máquina do poder político, exterior à Sociedade, compreendida esta como esfera mais dilatada, de substrato materialmente econômico, onde os indivíduos dinamizam sua ação e expandem seu trabalho²⁶.

Em princípio, o poder do Estado é uno. Consiste no poder que detém o Estado de querer e impor sua vontade aos indivíduos. Quaisquer que sejam o conteúdo e a forma dos atos por meio dos quais se exerce o poder estatal, todos estes atos se reduzem a manifestações da vontade do Estado que é una e indivisível. No entanto, é imperioso não apenas estabelecer a unidade do poder do Estado, como também que este poder

²⁵ O constitucionalismo será tratado mais adiante. No entanto, é conveniente citar, neste momento, na senda de Matteucci, que com a Revolução Francesa terminou a grande fase constituinte da histórica ocidental, na qual se estabeleceram procedimentos e se ofereceram modelos de Constituição nos quais se inspiraram as forças políticas de oitocentos e novecentos (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad** – historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998. P. 285).

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 60.

possui múltiplas funções e múltiplos órgãos. As funções do poder são as diversas formas de manifestação da atividade dominadora do Estado²⁷.

Por mais que a Montesquieu seja imputada a criação e defesa da teoria da tripartição de poderes, é certo que sua constatação acerca da necessidade de tripartir as funções do Estado, os poderes do Estado, e retirar das mãos de uma única pessoa a capacidade de executar, legislar e julgar, dependeram de alguns pensamentos de seus antecessores, como Cromwell, Harrington, Grócio, Hobbes, Locke e Bolingbroke²⁸.

Carl Schmitt resgata as experiências vividas pelo povo inglês na primeira revolução inglesa, que conduziram a tentativas teóricas e práticas de distinguir e separar os distintos campos de atuação do poder do Estado. Criou-se, a partir de então, a idéia fundamental de que a lei é uma norma permanente, obrigatória a todos, inclusive ao próprio legislador, que não pode debilitar-se para casos particulares. Cromwell se esforçou em criar, em seu *Instrument of Government*, frente ao Parlamento, um Governo forte e capaz de atuar. Harrington planejou um extenso e complicado sistema de freios e controles recíprocos.

²⁷ MALBERG, R. Carre de. **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica: 1948. P. 249.

²⁸ Não se poderia deixar de citar Aristóteles, o primeiro a tratar das funções do Estado.

A idéia de um equilíbrio, de um contrapeso de forças opostas, domina o pensamento europeu desde o Século XVI; se manifesta na teoria do equilíbrio internacional...; do equilíbrio de importação e exportação na balança do comércio; na teoria do equilíbrio de afetos egoístas e altruístas na filosofia moral de Shaftesbury; na teoria do equilíbrio de atração e repulsão na teoria da gravidade de Newton, etc.

O autor efetivo da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio de poderes é Bolingbroke, que divulgou a idéia de um equilíbrio e controle recíproco somente em escritos políticos de caráter polemico e memórias, mas não em uma exposição sistemática. As expressões empregadas por ele são: freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas recíprocas, etc.²⁹

Grócio destacou como fundamento do Direito e do Estado a sabedoria e o autocontrole do governante, sendo a reta razão e a sociabilidade humana indissociáveis:

Sendo a origem do Estado contratual, o povo transferia o poder para um governante, que passava a ter um direito particular de mando. Entretanto, o governante estava vinculado ao direito natural. Se o governante fizesse mau uso do poder, não poderia o povo revoltar-se contra ela, a não ser em casos de flagrante usurpação do poder, em que Grócio admitia o direito de resistência³⁰.

O Estado, visto por Hobbes como um *unificador que continha em si toda a sociedade*³¹, foi criado para tornar possível a convivência entre os homens, cabendo-lhe ditar o justo e o injusto. Claro está que, diante do pensamento hobbesiano (poder absoluto do soberano em pôr o Direito), não há que se falar em “limites” para a atuação do poder político do

²⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992. P. 186-187.

³⁰ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito** – Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. P. 37.

³¹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad** – historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998. P. 66.

Estado, que será tratado a partir de Locke, chegando em Montesquieu a seu apogeu.

Locke, abrigando um direito natural, defendeu o estado de natureza como estado de paz, liberdade e igualdade, ao contrário de Hobbes que o via como estado de guerra. Não obstante à máxima de que ninguém deveria lesar seu semelhante, o estado de natureza trazia diversas desvantagens, já que os direitos naturais eram constantemente violados e cada homem era “juiz da própria causa”, sujeito a exacerbações³². Então, para evitar o estado de guerra, os homens teriam criado a sociedade política.

Ora, o que caracteriza o contrato social de Locke, em confronto com o de Hobbes, é o fato de que a renúncia aos direitos naturais, em vez de ser *quase total* – abrangendo todos os direitos, exceto o direito à vida – é *parcial*, compreendendo somente o direito de fazer justiça por si mesmo, o qual era o motivo principal da degeneração do estado da natureza em estado de guerra: em vez de renunciar a todos os direitos, exceto um, na concepção de Locke, os associados conservam todos eles, com uma única exceção. A consequência dessa atitude é evidente: o Estado de Locke surge com poderes bem mais limitados do que o de Hobbes³³.

Ainda Locke, abordando tema relativo à limitação de poderes, estabeleceu sua divisão em legislativo, executivo e federativo, com o fim de impedir a tirania e a arbitrariedade governamentais³⁴. O poder legislativo,

³² GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito** – Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. P. 40.

³³ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2 ed. Sérgio Bath (trad.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. P. 223.

³⁴ Matteucci destaca que Locke se dedicou a destruir os princípios da monarquia senhorial ou paternalista, sob a égide de que, “de fato, o direito que os pais têm, por natureza sobre seus próprios filhos, não pode ser tão amplo até o ponto de se converter em domínio político, porque o poder supremo pode eximir um súdito de obediência

exercido por delegação do povo, consistia na elaboração de leis, iguais para todos. Ao executivo cabia o cumprimento das leis produzidas pelo legislativo. O poder federativo era aquele que mantinha o Estado unido, para, nas lesões contra o seu cidadão por parte de um outro Estado, engajar toda a sociedade na reparação³⁵.

Repetidamente Locke afirma que el legislativo, a pesar de ser el poder supremo de la sociedad política, está siempre limitado; y limitado no sólo por los derechos naturales y por la finalidad para la que ha sido instituido (la certeza de la ley), sino también por aquella <primera y fundamental ley positiva> que lo instituye, esto es, por el contrato social, que aparece así como un auténtico y propio poder constituyente, superior al poder legislativo...Es firme el principio de que las personas, que tienen la autoridad de legislar, no deben tener en sus manos el poder de ejecutar las leyes, porque, si no fuera así, los legisladores podrían exonerarse de la obediencia a las leyes establecidas para todos e interpretarlas en su propio beneficio...³⁶

Influenciado por todos seus antecessores, notadamente por Bolingbroke, Montesquieu pregou ser a separação dos poderes a garantia da justiça: “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o

política a um pai, também súdito; enquanto que o magistrado não pode eximir os filhos do dever de honrar aos pais, desde o momento em que esta é uma lei eterna. É necessário distinguir poder paterno e poder político, porque, de outra maneira, ou há somente um pai (o rei), e então os súditos, enquanto pais, não podem ter poder algum sobre seus filhos; ou se todos os pais, enquanto pais, têm um poder político, então se destrói o poder do rei e á a anarquia” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad** – historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998. P. 121).

³⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito** – Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. P. 40.

³⁶ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad** – historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998. P. 135-136.

de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”³⁷.

As palavras de Montesquieu são enfáticas:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor³⁸.

Os três poderes do Estado, ou suas três funções (legislativo, executivo e judiciário), segundo Montesquieu, deveriam ser entregues a pessoas diferentes, para que não houvesse usurpação e para que, principalmente, um poder controlasse o outro. A separação de poderes tornou-se, após a Revolução Francesa, dogma do nascente Estado Constitucional Democrático, como forma de garantia da soberania popular, juntamente com o surgimento da Constituição moderna.

³⁷ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 168.

³⁸ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 168.

En la *Revolución francesa* de 1789 surge la Constitución moderna, mixta de elementos liberales y democráticos. Su supuesto mental es la teoría del Poder constituyente. La Teoría del Estado de la Revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente, sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna Teoría de la Constitución. El poder constituyente presupone el Pueblo como una entidad política existencial; la palabra <Nación> designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política³⁹.

Nesta vertente, Sérvulo Correia salienta que a idéia democrática da lei constitui elemento integrante da doutrina da soberania popular: “Rousseau, juntamente com Locke e Montesquieu, forneceram a parte mais importante do substrato teórico do Estado Constitucional novecentista... o Soberano é o povo, detentor do único e verdadeiro poder do Estado, que consiste em estabelecer regras gerais”⁴⁰.

À guisa de conhecimento, já se está a falar do poder nas *mãos* do Estado devidamente fortalecido e que abarca sociedades menores, descurando-se de uma realidade histórica importante, que diz respeito à dualidade de poder chamada por Bobbio de “duas *potestates*: o Estado e a Igreja”⁴¹.

O poder político vai-se identificando com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados, tem o direito de ser servir da força, de modo que as prerrogativas do Estado vão se afastando da potestade da Igreja, cabendo

³⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992. P. 70-71.

⁴⁰ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. P. 23.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 80.

a esta o poder de ensinar a moral, as doutrinas cristãs, enfim, os bens espirituais.

O uso da força física, da coerção, elemento distintivo entre Igreja e Estado, bem como caracterizador do Direito em algumas doutrinas (como a kelseniana), passou a ser efetivamente uma exclusividade do soberano: “desde que a força é o meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso deste meio... é quem tem... a soberania”, sendo o uso da força “a condição necessária do poder político”⁴².

Com o absolutismo, o Estado identificou-se com o poder, com a soberania, com o Rei, e a sociedade aparecia à margem do político e sem projeção sobre o poder. Apenas na época liberal é que a sociedade voltou a afirmar-se, “se bem que em termos negativos, abrangendo tudo quanto se pretende que fique subtraído à ação do poder”⁴³.

Pelo menos os âmbitos de atuação do Estado, da Igreja e da Sociedade Civil já estavam melhor delimitados no que tange ao uso efetivo da força, o direito de se utilizar da coerção, não mais cabendo aos particulares, mas exclusivamente ao Estado. No entanto, este exercício efetivo do poder – coerção – mesmo nas mãos do Estado, não estava ainda *limitado*, de sorte que arbitrariedades eram comuns.

A fim de se visualizar e melhor compreender o poder do Estado e sua divisão, mister que se analise aquilo que se pode chamar de “evolução

⁴² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 81.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 171.

do Estado”, iniciando-se pelo Estado Absoluto, passando pelo Estado Liberal e sua doutrina (que possui como premissa fática ter sido, o Estado, “o fantasma que atemorizou o indivíduo”⁴⁴, exatamente pela ausência de limitações e controle do poder característicos do Estado Absoluto), chegando ao Estado Social.

O Estado absolutista surgiu na Europa ocidental no transcurso do Século XVI. Sua principal característica foi a centralização do poder político e militar nas mãos do Monarca soberano rompendo, portanto, com a soberania parcelada que caracterizava o vasto conjunto dos domínios dos senhores feudais.

O processo de centralização e absolutização do poder apresentou três momentos bem demarcados: uma etapa feudal, em que os reis se esforçaram para destacar-se dos vassallos; uma etapa moderna, do século XV ao XVI, em que os reis procuraram criar suas próprias instituições (Conselhos, corpo de funcionários, exércitos); e uma etapa de consolidação, séculos XVI a XVIII, em que a racionalização e a burocratização atingiram o apogeu e definiram a forma moderna do Estado.

Os Estados absolutistas introduziram os exércitos regulares, as burocracias permanentes, os sistemas tributários e jurídicos modernos e estimularam a formação de um mercado consumidor interno unificado e a burguesia se adaptou à nova situação. A função política permanente era reprimir as massas camponesas, esmagando qualquer resistência, e sujeitá-las a novas formas de dependência e exploração.

A França foi o modelo mais acabado de absolutização do poder. O Estado avançou devido à crise da Baixa Idade Média: as revoluções camponesas e urbanas punham as classes dominantes em xeque e criavam obstáculos ao próprio desenvolvimento econômico. O Estado forte continha as rebeliões e dinamizava a expansão comercial, promovendo a retomada do desenvolvimento econômico⁴⁵.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. P. 40.

⁴⁵ ARRUDA, José Jobson de Andrade. **Nova história** – moderna e contemporânea. Bauru: Edusc, 2004. P. 77-82.

O conflito entre as classes sociais foi condição fundamental do poder absoluto. O próprio rei instigou o conflito, procurando sobrepor-se a ele e dele tirar proveito. Protegeu a alta burguesia, deu-lhe monopólios comerciais e industriais, arrendou-lhe impostos, garantiu-lhe ascensão social, apoiando-a contra clero e nobreza. Reciprocamente, concedeu privilégios ao alto clero e domesticou a nobreza, atraindo-a a seus palácios por meio de cargos e pensões. Também protegeu as corporações dos artesãos contra os grandes capitalistas, assegurando-lhes os direitos, ao mesmo tempo em que defendeu artesãos e capitalistas contra os assalariados. Garantiu aos camponeses direitos de posse e propriedade adquiridos pelo costume. O poder real, em suma, descansava sobre o conflito generalizado que tendia a equilibrar as forças sociais, especialmente o conflito entre as duas classes mais poderosas, nobreza e burguesia⁴⁶.

O Estado Absoluto descurava-se dos direitos básicos do homem, em nome do Monarca soberano e de suas avarizas. Nicolau Maquiavel dizia na obra *O Príncipe* que o rei tinha de ser racional na busca do interesse do Estado, mesmo no uso da violência. Jean Bodin, em *A República*, afirmava que a autoridade do rei se assemelhava à do pai: era por isso ilimitada. Thomas Hobbes considerava que a sociedade inicialmente tinha vivido em anarquia e que os indivíduos formaram o Estado civil para se proteger da violência; daí teria resultado o poder ilimitado do Estado, fruto do consentimento espontâneo dos súditos. A

⁴⁶ ARRUDA, José Jobson de Andrade. **Nova história** – moderna e contemporânea. Bauru: Edusc, 2004. P. 77-82.

essência do absolutismo implicava, portanto, em conceder ao titular do poder um *status* acima de qualquer exame por parte de outro órgão (se existisse), fosse ele judicial, legislativo, religioso ou eleitoral.

O homem não era livre, em uma concepção moderna de liberdade, como adverte Sartori. Salienta que somente o Século XIX obteve uma vitória geral com o princípio “o homem é uma pessoa”, influenciado pelo cristianismo, Renascimento, protestantismo e pela escola moderna do direito natural⁴⁷. Diante disso, o Estado extremamente fortalecido não encontrava resistência em se impor perante todos, de modo habitualmente arbitrário. Chega-se a afirmar que a “democracia não respeitava o indivíduo: ao contrário, tendia a suspeitar dele”⁴⁸.

Já era possível perceber-se a justificação e consolidação da doutrina da soberania, pois com esta “se chegará à solução política da existência do Estado moderno, distinto do antigo Estado medievo”⁴⁹.

Na lição de Bobbio, o Estado Liberal mostrou-se como um avanço em relação ao Estado Absoluto, limitando sua atuação em nome dos direitos do homem, no sentido de que o Estado detinha o poder legítimo de exercer a força, mas, ao mesmo tempo, passou a deter a obrigação de respeitar e proteger o indivíduo⁵⁰. O liberalismo é uma

⁴⁷ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. P. 43-44.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. P. 43-44.

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 135.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004. P. 11.

doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes, quanto às suas funções.

No entanto, a palavra “liberalismo” é de difícil definição, como observa Sartori. Correlacionando liberdade e democracia, Sartori aplica o termo “liberalismo” em um contexto específico, qual seja, o da liberdade política. Salientando que as pessoas que nunca conheceram ditaduras e tiranias cedem facilmente a uma retórica de liberdade distante da realidade simples da verdadeira opressão, esclarece Sartori:

... que (a) falar de liberdade política é preocupar-se com o poder dos poderes subordinados, com o poder das pessoas sobre quem é exercido; e (b) o enfoque adequado ao problema da liberdade política é perguntar como o poder desses poderes menores e potencialmente perdedores pode ser salvaguardado. Temos liberdade política, isto é, temos um cidadão livre na medida em que são criadas condições que possibilitem a seu poder menor resistir ao poder maior que, caso contrário, dominá-lo-ia ou, de qualquer forma, poderia dominá-lo com facilidade. É por isso que o conceito de liberdade política assume, antes de tudo, uma conotação de antagonismo. É liberdade *em relação a* porque é liberdade *para o* mais fraco⁵¹.

Touraine leciona “que na idéia democrática, o princípio mais importante é o da limitação do Estado que deve respeitar os direitos humanos fundamentais”⁵², combatendo, deste modo, o totalitarismo. E prossegue afirmando que reconhecer os limites do poder do Estado é condição para que este não se limite a organizar a sociedade, mas torne-se

⁵¹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. P. 65.

⁵² TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 1996. P. 56.

“um ator central da mudança, da acumulação e também da redistribuição social”⁵³.

Um marco importante na luta contra as imunidades do poder foi uma criação napoleônica, o Conselho de Estado – *Conseil d’État*. Napoleão advertiu que no curso da atividade administrativa normal, os poderes públicos cometem erros ou atuam contra o previsto pelas leis. Dispôs, portanto, que em determinadas circunstâncias seria possível iniciar um *recurso* contra a atuação da administração.

A jurisdição contencioso-administrativa não se desenvolveu também facilmente na França. Para começar, o *Conseil d’État* napoleônico é um órgão da administração (e não do Poder Judiciário). Que a administração decida contra si mesma já é difícil, e mais, que o próprio governo faça cumprir as decisões do *Conseil d’État* quando são contrárias a outros órgãos da administração... Ainda que os governos franceses da Restauração pós-napoleônica não aboliram o *Conseil d’État*, este só pode sobreviver a base de curvar-se – por dizê-lo suavemente – ante o poder. Mas sobreviver àquela temível restauração absolutista deu solidez absoluta ao contencioso-administrativo no direito francês⁵⁴.

Cabe, agora, considerando que o poder já está nas mãos de um ente intitulado Estado, analisar como este passou a utilizar e usufruir dele, principalmente no que diz respeito aos seus limites e controles.

⁵³ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 1996. P. 57.

⁵⁴ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade (trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 144.

2.3 O controle da administração pública no modelo positivista

A fim de conceder ao Estado essa versão que hoje se conhece, devidamente organizado, estruturado, pautado em normas de conhecimento prévio e acessíveis a todos, no Século XIX desenvolve-se o “Estado de Direito” ou, segundo a expressão alemã, o *Rechtsstaat*. O Estado de Direito, ou o Estado submetido ao regime de Direito, se distingue do Estado Absoluto (característico do Século XVII) – *Polizeistaat* – exatamente na questão atinente à eliminação das arbitrariedades por meio de limites impostos a todos, limites que se encontram no Direito.

As ações do Estado, sobretudo no exercício de suas funções tipicamente executivas, pressupõem permanente tensão entre a liberdade dos indivíduos e a ordem jurídica, entre os direitos individuais e o atuar administrativo, entre o interesse individual e o interesse público, entre, enfim, o direito e o poder.

Daí, buscando-se o cumprimento da lei e dos princípios constitucionais informadores da administração pública, a função de controle se impõe para limitar o poder dos entes estatais, os quais não são livres para agir, mas não podem deixar de agir quando, como, onde e nos limites que a lei – o Direito – fixar.

No entanto, essa imposição de cumprimento do Direito – entendido como ordenamento jurídico, lei e justiça – essa *limitação* imposta pelo direito à administração nem sempre foi assim. O princípio da legalidade, como hoje é conhecido e aplicado no dia-a-dia administrativo,

não se fundamentou instantaneamente, pelo contrário, passou longo período de maturação.

Somente com o advento do Estado de Direito é que se pode afirmar que o Direito passou a informar o atuar do Estado. Entretanto, mesmo no Estado de Direito, nem sempre a administração se auto-limitou substancialmente, materialmente ao direito (inicialmente, havia mera imposição formal do Direito), porque muitos matizes e influências acabaram por formatar esse modelo de Estado: de Estado legal a Estado de Direito muito se passou.

A noção de Estado de Direito “como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico é atribuída a tarefa de ‘garantir’ os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária”⁵⁵, começou a ser desenvolvido na Alemanha, ainda no Século XVIII. “É exatamente na Alemanha que, no decorrer do século XIX, a expressão ‘Estado de Direito’ sai da ‘pré-história’ e entra oficialmente na ‘história’, tornando-se objeto de uma elaboração que exercerá uma forte (mesmo que tardia) influência na cultura jurídica...”⁵⁶.

Em um primeiro grande momento de seu surgimento, de viés fortemente liberal, cuja fonte do direito era apenas o Poder Legislativo, a teoria do Estado de Direito contrapõe-no ao Estado absolutista, notadamente na busca de defesa e efetivação, por parte do Estado, dos

⁵⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 11.

⁵⁶ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 117.

direitos fundamentais e da separação dos poderes. “Apelar-se ao Estado de Direito poder servir, conforme os pontos de vista, para opor a liberdade ao totalitarismo, ou para reivindicar a importância dos direitos ou, ainda, para exaltar a autonomia dos indivíduos...”⁵⁷.

Diante da “concepção estatalista dos direitos individuais”⁵⁸, o direito pertencia ao Estado, e o Estado, por seu Poder Legislativo, decidia e disciplinava a atribuição dos direitos subjetivos, em especial, os direitos fundamentais.

Nessa época, com efeito, já se podia vislumbrar, ainda de maneira embrionária, a tradução do princípio da legalidade, “por força do qual o sistema de regras estatuído pelo Parlamento deve ser rigorosamente respeitado pelo poder executivo e pelo poder judiciário, como condição de legitimidade”⁵⁹.

Esse Estado alemão, o *Rechtsstaat*, nada mais era, como dito, não um Estado de Direito, mas um Direito do Estado (*Staatsrecht*), já que não havia qualquer controle judicial de suas atividades, pois o Poder Legislativo detinha as *rédeas* e era tido como a única fonte do Direito. Logo, inclusive por concepções trazidas pela teoria positivista do Direito, esse Direito do Estado alemão era meramente procedimentalista, desvinculado de qualquer valor ético e político.

⁵⁷ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 95.

⁵⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 12.

⁵⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 13.

Já no Estado de Direito inglês, o *rule of law*, a busca de igualdade jurídica dos sujeitos mostra-se oposta exatamente ao exercício arbitrário do Poder Executivo. Mesmo havendo duas fontes do Direito – o Parlamento, meramente formal, e a *common law*⁶⁰, efetiva – ainda assim as Cortes não controlavam o Parlamento.

No *rule of law* o poder executivo perde grande parte de sua discricionariedade, pois o Parlamento passa a controlá-lo e a lhe impingir obediência à lei:

A soberania da lei, quer emane diretamente de um ato do Parlamento (*statute law*), quer surja da mediação jurisprudencial das cortes do *common law*, é, portanto, concebida e exercida essencialmente em relação às prerrogativas discricionais do Executivo no interior de um quadro institucional que foi significativamente chamado de “reino da lei e dos juizes”⁶¹.

Pela versão norte-americana do *rule of law* é que se percebeu uma grande virada no papel do Direito na limitação do atuar administrativo. Atribui-se ao Judiciário a tarefa de proteger os direitos individuais contra os possíveis abusos do Executivo ou do Legislativo, por meio da concessão de força, de soberania à Constituição.

⁶⁰ Os direitos e os deveres dos sujeitos acabem por depender de um sistema normativo amplamente independente de um único centro de “vontade”. O modelo “dicotômico” (a idéia de uma estrutura sócio-jurídica fortalecida “por fora” da intervenção do governo) não é, portanto, um acréscimo “teórico” supérfluo separado da realidade, mas é a transcrição fidedigna da lógica profunda de uma estrutura, afinal, consolidada na Grã-Bretanha do século XVIII. Blakstone propunha – e o fez – conjugar jusnaturalismo e *common law* precisamente porque está convencido de que o direito natural (com a sua bagagem de direitos, liberdade, propriedade etc.) encontra a sua pontual e positiva realização no sistema jurídico-constitucional vigente (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 109-110).

⁶¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 16.

Por meio de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema, reforçou-se a capacidade dos juízes: “julgou-se, de fato, que o profissionalismo e o tecnicismo dos juízes especialistas estivessem em condições de garantir, melhor do que o Parlamento, uma correta interpretação do ditado constitucional e, portanto, uma tutela imparcial e matapolítica dos direitos individuais”⁶².

Na França, a tutela dos direitos subjetivos passou a ser a tarefa primordial do Estado de Direito. Pela auto-limitação do poder soberano submetido às regras jurídicas, o Poder Executivo estava limitado à lei. No entanto, não se confiou ao Judiciário o controle do Executivo ou do Legislativo tendo em vista o posicionamento que os juízes demonstraram quando a Revolução Francesa: os juízes não deviam se intrometer no exercício do Poder Legislativo e não tinham poder de suspender a execução das leis, já que o Parlamento ostentava a investidura popular direta.

Note-se que no modelo francês⁶³ o Parlamento detinha primado absoluto em relação aos outros Poderes do Estado, o que o conduzia à onipotência: muitas alterações no texto constitucional foram procedidas de maneira absolutamente ilimitada e desprovidas de fundamento material. Por certo, o Parlamento opunha-se à rigidez constitucional e ao controle judiciário. Havia um princípio da legalidade mais atuante, porém era inválido ao Poder Legislativo:

⁶² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 21.

⁶³ O direito, na França, era tido como expressão da vontade soberana, que pertencia ao povo (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 111).

Submeter os atos da administração ao princípio de legalidade é muito importante, mas não é suficiente para garantir uma tutela plena dos direitos individuais: o *État légal* não é, ainda, propriamente, um *État de droit*. Um autêntico Estado de Direito deve fornecer aos cidadãos os instrumentos legais para se oporem também à vontade do legislador, no caso em que os seus atos violem os direitos fundamentais dos primeiros⁶⁴.

Seguindo Carré de Malberg, noutros termos, o Estado legal perseguiu uma rígida e geral submissão da administração à lei, independentemente dos interesses individuais; o Estado de Direito serviu para fortalecer a esfera jurídica do indivíduo com características funcionais⁶⁵.

Até aqui, o Estado de Direito é caracterizado por uma ausência de controle, ou melhor, de absoluta submissão do Estado ao Direito⁶⁶: na Alemanha, o Parlamento era a fonte originária e ilimitada do direito, a constituição não estava supra-ordenada à lei ordinária; na Inglaterra, identicamente, apenas o Poder Executivo estava submetido à lei; nos Estados Unidos da América, surgiu um texto constitucional escrito e substancialmente rígido, que submeteu a limites todos os Poderes do Estado⁶⁷. Kelsen hierarquizou o ordenamento jurídico, submetendo-se a lei ordinária ao primado da Constituição, passando a existir um controle

⁶⁴ CARRÉ DE MALBERG *apud* ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 25.

⁶⁵ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 152.

⁶⁶ “No período histórico anterior à Revolução Liberal, existe a convicção generalizada da ausência de quaisquer mecanismos de controle do poder público” (OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. P. 13).

⁶⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 26.

judiciário de constitucionalidade⁶⁸ sobre os atos do Executivo e do Legislativo.

A proposta era a seguinte: por meio de um tribunal, de uma Suprema Corte controlar a assembléia legislativa. Esse tribunal assumiria o papel de guardião da constituição, controlando a conformidade das leis “com a lei fundamental que deve ser superior a todas as outras”⁶⁹. A partir daí pode-se falar de um verdadeiro Estado de Direito, nos moldes atuais:

Neste sentido, o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e o da “diferenciação do poder”⁷⁰.

É claro que esta idéia embrionária de subordinação hierárquica entre atos do poder público e a própria noção de invalidade, não acarretavam a institucionalização de mecanismos gerais de fiscalização

⁶⁸ Ao tratar do controle judiciário de constitucionalidade, delimitando o tema como sendo a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional, Mauro Cappelletti o intitula de “justiça constitucional”. Não deixa de fazer alusão ao fato de que, em alguns Países, em lugar de um controle judicial, existe um controle exercido por órgãos políticos, não judiciários: “usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Aroldo Plínio Gonçalves (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. P. 25-26).

⁶⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 120.

⁷⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 31.

das decisões do poder público, já que a anulação judicial era circunscrita a certos atos, inexistindo a noção de garantia da legalidade⁷¹.

Embora o Estado de Direito adotasse como um de seus dogmas fundamentais o princípio da legalidade ao qual se submete a Administração Pública, é certo que no período do Estado Liberal esse princípio teve uma concepção diversa. Era uma concepção mais restritiva, porque procurava compatibilizar a regra da obediência à lei com a idéia de discricionariedade administrativa, já que isentava do controle judicial uma parte dos atos da Administração, do Estado. Como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial. O poder da Administração Pública, no mais das vezes, não era jurídico, mas sim um poder político⁷².

No Estado liberal, regra geral, buscava-se abstenção do Estado, buscava-se um distanciamento do Estado às atividades individuais, permitindo à sociedade e ao indivíduo uma esfera maior de liberdade. No entanto, o Estado liberal acabou por se abster além da conta e daquilo que se desejava, gerando, em meados do Século XIX, reações a ele. A miséria, a doença, a ignorância e o abandono acentuaram-se com o não-intervencionismo estatal. “Os princípios do liberalismo, voltados para a

⁷¹ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. P. 17.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 26-27.

proteção da liberdade e igualdade, mostram-se insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram”⁷³.

Como no Estado Social de Direito o Estado foi chamado a agir em áreas antes esquecidas, a liberdade individual passou a estar em perigo exatamente pela crescente intervenção estatal. Mister que se adotasse uma nova concepção de legalidade, a saber:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite⁷⁴.

Esse modo de interpretar e aplicar o princípio da legalidade, no Estado social, fez com que se substituísse, portanto, a anterior doutrina da vinculação negativa pela da vinculação positiva da Administração à lei. Deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico limitado pela lei⁷⁵.

Logo em seguida, com a preocupação e mote de adaptar a figura do Estado a uma melhor justiça social, com a participação social “no processo político, nas decisões de Governo, no controle da Administração

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 28.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 37.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 38.

Pública” – objetivos não alcançados pelos predecessores Estado liberal e Estado social – é que surge o Estado Democrático de Direito, um *plus* em termos de formatação, considerando-se a *participação popular* (“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” – artigo primeiro, parágrafo único) e a *justiça material* (Estado de Direito)⁷⁶.

Diz-se que o Estado Democrático de Direito soma-se ao Estado social, pois fundamenta-se neste [dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo terceiro da Constituição Federal), marcando como objetivos da República o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sem falar, ainda, na ordem social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais] e no Estado de Direito, significando que toda atividade estatal está submetida à lei e ao Direito, cabendo a cada Poder o exercício de suas atribuições e ao Judiciário apreciar a legalidade dos atos emanados por todos os Poderes.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 42.

A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal... ao direito... Por separação dos poderes, entendo – em sentido lato – não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos... O segundo processo foi o que deu lugar à figura... do Estado de Direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam... suas decisões.⁷⁷

O princípio da legalidade vem expressamente previsto no texto constitucional e, ao mesmo tempo em que concede maior autonomia à Administração até mesmo por incluir princípios em seu texto, *pari passu*, exige maior responsabilidade do administrador pelos resultados de seus atos, em um melhor agir.

Nesta quadra da história, em que todos os Poderes do Estado já se encontram vinculados ao Direito, em que os direitos dos cidadãos passam a ser dever da autoridade pública (de reconhecê-los, de tutelá-los e de promovê-los) e esses mesmos cidadãos são considerados como *titulares de poderes*, o princípio da legalidade encontra-se constituído, devendo ser entendido de forma que qualquer ato administrativo deve ser “conforme” a norma geral precedente, a Constituição e a legislação infra-constitucional.

Por certo que este princípio da legalidade não pode ser visto em um mero sentido formal: a um, diante do fato de as teorias procedimentalistas serem falhas, pois elas próprias sustentam-se em

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Regina Lyra (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P. 156.

teorias substancialistas⁷⁸; a dois, de nada adiantaria aplicar-se um princípio da legalidade desprovido de valores ético-políticos, o que resultaria impossibilidade de controle, sabendo-se que o fim último do Direito é a justiça, e o do Estado, o interesse público (valores).

... a fórmula do Estado de Direito reduz em parte as suas pretensões, tornando-as em parte mais concretas e alcançáveis: não aspira a um limite “global” que, em nome do direito, possa ser oposto ao soberano arbítrio, mas, simultaneamente, vai para além da “formal” solução de Stahl (o Estado de Direito como “Estado que se expressa na forma do direito”) e põe em evidência um setor onde o jogo das regras e dos controles pode ser claramente fundado e dar lugar a uma precisa organização institucional⁷⁹.

Leciona Sérvulo Correia, o princípio da legalidade administrativa significa, em um primeiro momento, que os atos da Administração não devem ir de encontro às normas legais. Não basta, como afirmado, esta singela concepção formalista do princípio da legalidade: hodiernamente, os conflitos sociais exigem uma obediência formal à lei, mas principalmente o materializar de certas promessas contidas nos textos constitucionais, ou melhor, a realização daquilo que a Constituição dispõe como meta a ser atingida pelo Estado, pela Administração Pública⁸⁰.

Diante de toda essa evolução pela qual passou o Direito e, *pari passu*, o Estado, notadamente enquanto Estado de Direito – de liberal a social e, por último, democrático de direito – vislumbrou-se que toda

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 151.

⁷⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 128.

⁸⁰ SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. P. 18.

atividade estatal está submetida ao Direito, não de maneira meramente formal, mas acima de tudo material, substancial.

Esta submissão das atividades administrativas se deve ao surgimento do princípio da legalidade, “fruto histórico do liberalismo”⁸¹, movimento esse – o liberalismo – que sempre pregou, com relação ao Estado, o controle do poder político, a concessão e efetivação dos direitos dos indivíduos.

O princípio da legalidade possui dois matizes: a precedência de lei às atividades administrativas, o que está ligado à formalidade, ao procedimentalismo no sentido de haver *lei anterior autorizadora* e, de caráter material, a compatibilidade, esta no sentido de que a atividade administrativa, além de autorizada por lei, encontre-se de acordo com o ordenamento jurídico, com o disposto principalmente na Constituição Federal.

O princípio da legalidade, ou da reserva de lei, diz respeito à obediência que a Administração deve às normas jurídicas que regem suas relações com os particulares e às normas jurídicas que regulam sua atividade e organização internas.

Diante de um princípio basilar ao Estado e ao Direito, o princípio da democracia, cabe ao Poder Legislativo, em nome de seus mandatários, o povo, a função de editar as regras jurídicas, os textos jurídicos que orientam e ordenam a atividade estatal. Portanto, é o Legislativo quem

⁸¹ A administração autoritária, atuando como Estado polícia, acabava por desenvolver suas atividades de forma autoritária, à margem de regras jurídicas e de controle judicial (SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. P. 19-20).

aponta o *caminho* a ser obrigatoriamente seguido pela Administração à busca do bem comum.

É o Legislativo que dá ao princípio da legalidade suas *formas*, seu âmbito de existência, os valores sociais que serão integrados às normas jurídicas. O legislativo, então, *sentindo* os valores éticos e sociais envoltos na sociedade, deverá agir de forma a integrá-los aos textos normativos, aos quais estará ele próprio submetido e a administração.

A reserva da lei não se limita à proteção da esfera individual do cidadão em face do poder do Estado: mantém viva a Democracia, já que faz publicidade das importantes decisões da vida em comunidade.

“O princípio da legalidade administrativa se articula com o imperativo do respeito dos direitos, liberdades e garantias pela Administração, em especial no que toca à emissão de normas regulamentares sobre a matéria”⁸². Esta idéia que o Estado “tem suas atividades permeadas pela valorização dos direitos e garantias do indivíduo”⁸³ conduziu as mais conhecidas doutrinas administrativistas que tratam do tema.

⁸² SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. P. 36.

⁸³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 23.

Não é objetivo tentarmos determinar aqui as relações entre o Estado e o Direito. Sim, dizer-se, porém, que toda organização política apóia-se necessariamente em uma concepção determinada do Direito e atua desde e em virtude da mesma. Na medida em que todo poder pretende ser “legítimo” (nenhum poder se apresenta como usurpador e ilegítimo, todos pretendem “ter direito” ao mando), todo poder é um poder jurídico, ou em termos mais categóricos, toda forma histórica de Estado é um Estado de Direito. A formulação kelseniana de uma identificação entre Estado e Direito é uma simples expressão, mais ou menos afortunada, deste postulado⁸⁴.

No Brasil seguiu-se a doutrina européia, pondo-se a legalidade como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*). Significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. é o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

A partir desta constatação, Medauar destaca que o princípio da legalidade pode ser traduzido em uma simples fórmula de que “a administração deve sujeitar-se às normas legais” e indica outros significados, tais como a administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza e “somente são permitidos atos cujo conteúdo

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. P. 366-367.

seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa”⁸⁵. Di Pietro acrescentou que esse princípio – o da legalidade – “juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”⁸⁶. E destacou que com dito princípio, além de definir os direitos individuais, automaticamente estar-se-ia indicando e definindo os limites da atuação administrativa.

Pelo termo *controle* entenda-se

a verificação da conformidade de uma ação ou atividade administrativa a uma norma, que pode ser jurídica ou principiológica (princípios gerais), em controle de legalidade; uma norma de boa execução, em controle de eficácia; ou confrontando com o interesse público, em controle de oportunidade ou conveniência⁸⁷.

Vários outros entendimentos poderiam ser lançados quanto ao termo, porém simplifica-se-o no sentido de verificação, direção, limitação, vigilância do agir administrativo. A existência de um controle da administração, do controle de poder, é indissociável da atividade administrativa. É no exercício da função administrativa que o Estado se põe diretamente em relação com o indivíduo, daí se originando os conflitos.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 139.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 67.

⁸⁷ MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. P. 145.

Tendo em vista os princípios que norteiam a Administração Pública, é imprescindível que o controle esteja presente, para garanti-los, o que afirma e confirma o papel de preponderância que ele assume na atividade administrativa do Estado.

Em um primeiro momento, o conceito de controle judicial limitou-se à formalidade do ato administrativo, considerando-se a existência de dois grandes sistemas de controle da administração: o da unidade e o da dualidade de jurisdição.

Dois são os sistemas adotados para o controle jurisdicional dos atos administrativos nos diferentes países. A primeira forma de controle é efetuada pela *jurisdição comum* e consiste no denominado *sistema de jurisdição única*, em que a fiscalização dos atos administrativos incumbe a um único órgão. A segunda forma de controle é realizada pela *jurisdição especial*, o qual é conhecido como *sistema de jurisdição dúplice*, onde a fiscalização é exercida por mais de um órgão (administrativo e judicial), e os atos administrativos se submetem ou não, em pequeno número, ao Poder Judiciário⁸⁸.

Pelo sistema da unidade da jurisdição, cabe a um único Poder a verificação e controle da atividade administrativa. É o caso do Direito brasileiro, no qual o Poder Judiciário é incumbido de fazê-lo. Já pelo sistema da dualidade, menciona-se o *contencioso administrativo*, como ocorre na França, Alemanha e Itália. Nesses países, há um órgão especializado em realizar o controle da administração, de forma absolutamente independente e imparcial.

⁸⁸ LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público** – os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. P. 108.

O controle da administração pública somente foi possível a partir da consagração do princípio da legalidade, pelo qual conferiu à função administrativa a subordinação e execução da vontade parlamentar, bem como permitiu aos Tribunais controlar a validade dos atos administrativos em perspectiva de defesa da legalidade⁸⁹.

2.4 O princípio da legalidade da administração

Para tratar da legalidade, ou princípio da legalidade, mister abordar, mais uma vez, a co-relação indissociável entre o Direito e o Estado, de modo que a análise do atos do Estado, ou atos administrativos, passa pelas considerações a respeito da vinculação do Estado ao Direito. Para tanto, em rápidas linhas, analise-se o Estado de Direito.

No plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito⁹⁰.

⁸⁹ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. P. 23.

⁹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. *Passim*.

Parafraseando Bonavides, Bolzan de Moraes destaca que o Estado de Direito nasce da oposição histórica e secular na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca⁹¹.

O Estado de Direito objetiva a proteção das pessoas frente à arbitrariedade da Administração, e a organização estatal passa a se submeter à liberdade da sociedade, dentro de um primado estabelecido pela lei.

Contudo, algo mais interessa além desta roupagem institucional normativa que o estabelece, pois para além da legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referencia um conjunto de direitos fundamentais que constituem o seu conteúdo jurídico. Canotilho corrobora este entendimento, ditando:

O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. Ao <<decidir-se>> por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito⁹².

Desta forma, dependendo do conteúdo jurídico que se agrupará ao modelo de Estado de Direito, tem-se o desdobramento dos seguintes Estados: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

⁹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. P. 41.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 239.

O Estado de Direito será um tanto mais próprio ao momento cultural de uma sociedade, dependendo do conteúdo jurídico que o qualificar. Assim, para o Estado de Direito não é suficiente sua forma Legal, mas que seu conteúdo reflita um certo ideário.

Se não houvesse essa qualificação do Estado de Direito pelo seu critério de conteúdo, conhecer-se-ia apenas um modelo legalista, decorrente do positivismo jurídico que identifica o Direito à lei, e conseqüentemente, do Estado de Direito a um Estado Legal.

O Estado Liberal de Direito privilegia as liberdades negativas, e a lei, como instrumento de legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social por meio do não-impedimento de seu livre desenvolvimento.

O Estado Social de Direito decorre da necessidade de se ajustar ao ideário liberal as necessidades sociais não atingidas num modelo industrial e desenvolvimentista. São garantias e prestações positivas que se implementam na busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. O Estado passa a ser o intermediário entre as necessidades sociais e o acesso à satisfação de tais necessidades pelos indivíduos.

O Estado Democrático de Direito apresenta conteúdos já identificados tanto no modelo liberal como no social, mas com uma característica própria, o primado da igualdade como elemento transformador e assegurador da evolução das sociedades, representado pelo respeito ao projeto político de uma constituição, manifestado pelos direitos fundamentais.

Esse panorama evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da idéia política de democracia representativa – cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo – dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como ‘Estado Democrático de Direito’, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes⁹³.

Os direitos naturais, considerados como inalienáveis, imprescritíveis, permanentes, anteriores à Constituição e dotados de eficácia *erga omnes*, vão se positivar nos grandes textos constitucionais surgidos com as revoluções do fim do Século XVIII, máxime nos Estados Unidos e na França. Assim dá-se a positivação dos direitos naturais nas declarações fundamentais que os proclamam e lhes garantem a eficácia. É nesta linha que Jorge Miranda aponta serem as funções das Constituições liberais o garantir os direitos fundamentais e a limitar os poderes do Estado (da administração).

Surge, então, a idéia da supremacia da constituição. O Estado de Direito é um Estado Constitucional, pois pressupõe a existência de uma constituição que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos⁹⁴. E os direitos não pairam abstrata e eternamente com o mesmo conteúdo, eis que sofrem modificações e se adaptam às novas realidades históricas.

⁹³ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1999. P. 32.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 241.

Há diversas gerações de direitos, adotando-se aquela preconizada por Bobbio: direitos da liberdade (1ª Geração); direitos sociais (2ª); direito de viver num ambiente não poluído (3ª) e direito contra as manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (4ª)⁹⁵. Em acréscimo ditado por Oliveira Junior, ainda se encontra uma geração de direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento das fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo (5ª)⁹⁶. E Bobbio ainda defende a idéia de que os direitos naturais são direitos históricos, pois que não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. E em face aos Poderes constituídos, estes direitos elencam duas espécies de condicionantes: impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios⁹⁷.

A *fundamentalização* dos direitos é tratada por Canotilho como um reflexo da especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. No sentido “formal”, associam-se quatro dimensões relevantes: a) as normas consagradoras de direitos fundamentais estão colocadas no grau superior da ordem jurídica; b) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; c) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. P. 5-6.

⁹⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. P. 166.

⁹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, em seu “A eficácia dos direitos fundamentais”, trata do tema nominando-o de “dimensões” de direitos, ao invés do termo “gerações” utilizado por Bobbio. No entanto, em termos conteudísticos, não há maiores variações de concepção.

da própria revisão; d) como normas dotadas de vinculatidade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

No sentido “material”, a idéia de fundamentalidade insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Esta idéia pode fornecer suporte para: a) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados; b) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; c) a abertura a novos direitos fundamentais.

E é no aspecto da fundamentalidade material que se situa o objeto do conteúdo do modelo de Estado de Direito. De uma evolução de “liberdades” à “conquista de direitos”, e de “mecanismos que garantam a efetividade” destes direitos, se estabelece um Estado Democrático de Direito.

É assim que se pretende qualificar o Estado Democrático de Direito, como algo vinculado ao primado da democracia, que absorve os ideários liberais e sociais, mas que se diferenciam pelo seu conteúdo de subordinação aos direitos fundamentais, negando aplicação ao critério “da maioria” sempre que se tratar do conteúdo normado, ou seja, da validade “substancial”. As garantias democráticas idôneas postulam a existência de certos direitos na qual nem a maioria pode decidir, pelo fato de serem

invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis, e neste sentido também não poderá ser violada a igualdade de direitos entre todas as categorias de cidadãos.

Nesta senda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto consagra que a qualificação de Estado Democrático de Direito contém uma “dupla remissão: à legalidade (na expressão “de Direito”) e à legitimidade (na expressão “Democrático). Verbera o administrativista que

A referência original novecentista ao Estado de Direito pressupõe a observância da lei, com todo o conteúdo de juridicidade quanto à substância – os valores positivamente assentados da sociedade a serem efetivamente satisfeitos – e quanto à forma – os valores instrumentais de que o direito se vale para fazer prevalecer os valores substantivos⁹⁸.

Neste Estado Democrático de Direito é que se pode esquematizar a orientação do princípio da legalidade com o contraponto do Estado de Direito, dando-se conseqüência de que o Estado caracteriza-se *per leges* e *sub lege*⁹⁹.

O governo *per leges* age por meio de ordens gerais e abstratas, com uma subordinação do Estado a normas superiores que não lhe é dado suprimir ou violar. De seu lado, o governo *sub lege* equivale à submissão de todo Poder ao Direito, desde o nível mais baixo até os superiores, pelo processo de legalização de toda e qualquer ação de governo.

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 155/187.

⁹⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1999. P. 19.

Assim, o governo *per leges*, enquanto conjunto de formalidades que o poder deve respeitar para expressar-se, e o governo *sub lege* como vinculação do Poder ao Direito, à lei que é a forma mínima de impedir a disponibilidade plena do poder sobre o Direito, determina que ainda quando o Poder possa mudar a norma – por meio de sua revisão – enquanto ela for válida, aquele lhe ficará submetido¹⁰⁰.

Esta configuração do poder político leva a uma necessária reflexão sobre a possível centralidade do princípio de legalidade como instância de esgotamento do âmbito jurídico. Então, no governo *per leges*, ter-se-á as seguintes características:

a) a generalidade da norma, na medida em que esta se apresenta conectada a todos os sujeitos ao ordenamento.

b) a abstração, enquanto segunda exigência dirigida à lei, supõe que a mesma deverá referir-se a situações normativas nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se.

c) além disso, a norma deve ser fruto da vontade geral, para que assim se evite que aqueles governos absolutistas ou autoritários que se expressem por meio de normas gerais e abstratas possam ser considerados Estados de Direito.

A lei, assim, assinala a cada um de forma objetiva e geral o seu âmbito de atuação, suas possibilidades e limites na sua relação com os outros e com a sociedade, além de ser um limite intransponível ao

¹⁰⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1999. P. 20.

exercício do poder, não podendo este agir à margem da norma, mas sim dentro dos limites traçados pela mesma.

No governo *sub lege* a vinculação e a submissão dos poderes públicos ao Direito, com a apresentação das condições de validade normativa, são as suas características necessárias. São dois os sentidos:

a) em sentido lato, fraco ou formal: qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos estabelecidos por ela própria.

b) em sentido estrito, forte ou substancial: todo poder deve ser limitado pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode, ou não, dispor.

Os Estados modernos são, na sua maioria, Estados de Direito no sentido lato, pois seus sistemas de Direito estão moldados pela lei na sua ótica formal, ou seja, como método de produção do Direito (fruto do ainda reinante Positivismo Jurídico).

No entanto, a conquista maior se daria no aspecto estrito, visto que a substância do que pode ser legislado deve estar disposta de forma clara no diploma escrito pelo constituinte originário.

Seria dizer que muitas normas não poderiam sofrer mutações ou reformas, dado sua característica normativa forte, substancial, do qual nem mesmo a maioria poderia dispor no exercício da competência derivada.

É sobre o princípio da legalidade da administração que a teoria do Direito Público e a doutrina da separação de poderes erigiu o fundamento do Estado de Direito.

Vinculavam, no entanto, dois outros princípios fundamentais derivados: o princípio da supremacia ou prevalência da lei e o princípio da reserva da lei.

Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado Democrático-Constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva da lei)¹⁰¹.

Entre as fontes do Direito em geral, e, em particular entre as fontes do Direito Administrativo, ressalta acima de todas a lei. “Qualquer disposição jurídica contrária à lei se quebre contra seu rochedo de bronze”¹⁰².

Categoria histórica, condicionada pelo predomínio de certas formas de Estado, é a lei uma regra de Direito, fonte de obrigações e princípio de todo recurso em juízo, constituindo por excelência a fonte mais pura e profunda do direito administrativo.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 251.

¹⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 304.

A regra geral para a sociedade é a liberdade de ação. Para a Administração Pública a regra é a submissão do agir à lei, condição da convivência do Poder com o Estado de Direito.

A submissão do agir do Estado à lei é sempre exigida, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, *praeter legem*, obrigando-se a vinculação da ação¹⁰³.

No Direito Privado prevalece o princípio da liberdade, que confere aos indivíduos a autonomia da vontade, atuando a lei como um limite da ação. No Direito Público, ao revés, não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando a lei como seu único e próprio fundamento da ação.

Esta é a razão de ser, o Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis. O Estado, ao declarar o Direito, se auto-limita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva da certeza jurídica¹⁰⁴.

Com relação aos administrados, o princípio atua como uma reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista um lei que a isso o determine.

A legalidade assoma-se como o mais importante dos princípios instrumentais e informa, entre muitas teorias de primacial relevância na

¹⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 80.

¹⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 80.

dogmática jurídica, as da relação jurídica administrativa, das nulidades e do controle.

É que sendo expressão da vontade geral, a lei impor-se-á ao próprio Estado, quando este se ocupar do governo e da justiça. Nisto consiste a superioridade da lei: na virtude de ser superior, e, portanto, de condicionar aos atos administrativos e as sentenças. Desse modo, estabelecendo-se uma hierarquia entre a lei e os atos de sua execução, criam-se os meios técnicos indispensáveis ao funcionamento da separação dos Poderes.

A atividade pública deixa de ser vista como propriedade de quem a exerce, passando a significar apenas o exercício de um dever-poder, indissolúvelmente ligado à finalidade estranha ao agente¹⁰⁵.

Segundo a idéia de submissão do Estado ao Direito, todo ato ou comportamento do Poder Público, para ser válido e obrigar os indivíduos, deve ter fundamento em norma jurídica superior. O princípio determina não só que o Estado está proibido de agir contra a ordem jurídica como, principalmente, que todo poder por ele exercido tem sua fonte e fundamento em uma norma jurídica.

Assim, o agente estatal, quando atua, não o faz para realizar sua vontade pessoal, mas para dar cumprimento a algum dever, que lhe é imposto pelo Direito. O Estado se coloca, então, sob a ordem jurídica, nos mais diferentes aspectos de sua atividade.

¹⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 45-46.

A atividade legislativa – de produzir normas que inovem originariamente no universo jurídico – se desenvolve em obediência à Constituição. Só podem exercer essa atividade os órgãos nela previstos (o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas dos Estados, as Câmaras Municipais). O surgimento da norma legal depende da observância do processo legislativo, vale dizer, das várias etapas sucessivas previstas pela Constituição da República. O conteúdo que será normado, também, por sua vez, deverá sofrer controle de substancialidade, não podendo sucumbir ao desejo da maioria¹⁰⁶.

Além de legislar e julgar, o Estado exerce o poder de administrar, de governar. A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei, do Direito. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela.

O princípio da legalidade administrativa não é, no Direito brasileiro, mera decorrência lógica do dever de submissão do estado à ordem jurídica, tendo sido previsto explicitamente pela Constituição. De fato, o artigo 37, *caput*, reza que a Administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios obedecerá, entre outros, ao princípio de legalidade. Corolário

¹⁰⁶ A lei que deixa de atender à Constituição, por incompetência do órgão emissor, por desatenção ao processo de sua elaboração ou por seu conteúdo violar direitos, regras ou princípios consagrados no Texto Maior, é inconstitucional e por isso não obriga ninguém, sendo, inclusive, passível de anulação pelo Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, na esfera da atividade do legislador, a submissão do Estado à ordem jurídica se expressa no princípio da necessária constitucionalidade das leis (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 158-159).

lógico, também encetado no artigo 5º, II, onde há que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

As três *funções* do Estado – julgar, administrar e legislar – na verdade, podem ser materialmente desempenhadas pelos três Poderes, embora, formalmente, a cada um deles seja destinada a respectiva função específica, primordial. Como o Direito Administrativo, ramo do Direito Público interno, regula a atividade do Estado que se realiza em forma de função administrativa, é relevante indagar, em primeiro lugar, em que consiste a atividade pública¹⁰⁷.

A atividade pública – cujo exercício é regulado pelo direito público – constitui função. Função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima quando dirigido ao *atingimento* da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente. O legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: os poderes que receberam da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira.

O agir administrativo deve ser analisado sob uma ótica mais ampla, ou seja, não deve se limitar a simplesmente “aplicar a lei”, mas sim, aplicando a lei, o Direito, atingir o fim por todos desejado. Trata-se efetivamente de se visualizar a administração pública como uma fomentadora do crescimento de todos, como bem diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 3.

Ora, se é dever constitucional do Estado atingir resultados que concorram efetivamente para o atendimento daqueles objetivos governamentais, torna-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho das atividades de planejamento e de execução de políticas públicas referidas a tais objetivos¹⁰⁸.

Noutros termos, a atuação administrativa deve se pautar por uma legalidade finalística, por uma administração de resultados, donde se mostra necessária a abordagem acerca do ato administrativo, mais precisamente quanto aos seus conceitos, atributos (como a presunção de legitimidade, a imperatividade, a auto-executoriedade etc.) e elementos (competência, finalidade, forma, motivo/motivação, objeto), que deixam claro a transposição do controle da legalidade da vontade ao resultado da atuação administrativa¹⁰⁹, na finalidade.

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 166.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 182-185.

3 OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO

3.1 O ato administrativo – conceitos, atributos e elementos

Para atingir os fins a que se propõe e em virtude dos quais existe, o Estado necessita desenvolver ininterrupta série de atuações, manifestando sua vontade, traduzida na edição de atos e concretização de fatos. A Administração efetiva, por meio dos atos administrativos, as funções do Estado¹¹⁰, notadamente o atuar para atingir o sempre perseguido bem comum.

Diante dessa clara importância do ato administrativo ao Estado, à Administração, é que se chega a apontar o estudo do ato administrativo como sendo a noção fundamental do direito administrativo. Anote-se que deve ser visualizado o estudo do ato administrativo em termos de *processo administrativo*, haja vista *processualizar o agir da administração é a garantia de frear arbitrariedades e permitir o efetivo controle de seu atuar.*

Para atingir os fins a que se propõe, a Administração Pública pratica diversos tipos de atos, dos quais o que mais interessa é o ato

¹¹⁰ Com o objetivo de diferenciar Estado, Governo e Administração, Edmir Netto de Araújo, de maneira simples e objetiva, disserta que a matéria-prima do Direito Administrativo é o Estado, sendo o ato administrativo o seu porta-voz. A idéia de Estado tem origem na constatação da necessidade de disciplinar-se o comportamento humano em comunidades, para assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos, restringindo a liberdade integral em favor da coletividade. Para tanto, imprescindível a presença de um poder organizador, o governo, que significa as funções executiva, legislativa e judiciária. O governo desempenha uma ampla gama de atividades, das quais a de administrar, ou seja, realizar as tarefas concernentes à concretização do interesse público e o bem estar social (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 54-55).

administrativo, jurídico que é, “como expressão de certo regime jurídico ditado pelo Direito Público”¹¹¹.

Afirmando ser o ato administrativo um ato jurídico por excelência, Gordillo chega a defender a eliminação do nome e da teoria dos atos de governo para inseri-los no conceito e regime jurídicos dos atos administrativos. Considera tal possibilidade exatamente diante da conformação que tais atos administrativos devem possuir para com a Constituição Federal, bem como à legislação infraconstitucional, de modo que, ao autor, não mais existiriam atos políticos desprovidos de juridicidade, todos estando englobados na noção de ato administrativo¹¹².

García de Enterría e Fernández destacam dois sentidos ao ato administrativo, afastando-o da pretensão de ser uma espécie de célula básica do Direito Administrativo, colocando-o como mais uma instituição do Direito Administrativo e não “a instituição”. Haveria o ato administrativo em um sentido amplo (todo ato jurídico ditado pela Administração e submetido ao Direito Administrativo) e um sentido conceitual reduzido, estrito (ato jurídico unilateral da Administração diferente do regulamento e consistindo precisamente em uma declaração)¹¹³.

Enfim, a Administração Pública, por seus órgãos e entidades, exerce e executa suas funções por meio de atos. Estes atos são

¹¹¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 58.

¹¹² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – la defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. VIII-33.

¹¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 466-467.

denominados de atos administrativos, que desempenham suas atribuições específicas de execução, legislação e jurisdição, objetivando como agente meio o critério da finalidade pública.

Ato administrativo “é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”¹¹⁴.

...podemos conceituar o ato administrativo como sendo toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário¹¹⁵.

Esta conceituação se aproxima bastante da deixada por García de Enterría e Fernández: “ato administrativo seria assim a declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo realizada pela Administração em exercício de uma potestade administrativa distinta da potestade regulamentar”¹¹⁶.

Preocupado com o menosprezo à faticidade e às circunstâncias históricas que envolvem qualquer situação jurídica, a fim de evitar um

¹¹⁴ CRETILLA JÚNIO, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 229.

¹¹⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 60.

¹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 468.

conceito apriorístico ao ato administrativo, Gordillo prefere analisar a realidade que o mundo nos apresenta a fim de determinar, em função de suas características, o conceito e classificação do ato administrativo:

Preferimos entonces tratar de armonizar las nociones de función administrativa y acto administrativo, para que mejor cumplan, en nuestro entender, su función explicativa de esta parte del sistema jurídico administrativo.

Por ello partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce... A este elemento se le agregan luego otros, con el resultado final de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa¹¹⁷.

Os atos administrativos são unilaterais, utilizando-se da supremacia de Poder Público por meio de da vontade da Administração, para que possa produzir efeitos jurídicos para com os administrados, por meio de agentes competentes, revestidos pela forma legal.

Este conceito mantém uma estrita relação com os fatos administrativos, sendo que estes apenas refletem no Direito e consistem em uma atividade pública material, não dispendo de conteúdos de Direito. No universo da administração, como setor mais restrito do mundo jurídico que repercute nos atos do homem, advém a teoria dos atos e fatos administrativos:

¹¹⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. I-10.

Aos pronunciamentos administrativos matizados de juridicidade damos o nome de atos administrativos, desde que preencham determinados requisitos, de forma e fundo, dirigindo-se a fins de interesse público, sem o que seriam atos jurídicos, idênticos aos que se praticam no campo do direito privado.

(...)

... o fato administrativo é considerado pelos autores, em acepção absolutamente técnica e peculiar, como toda atividade material que tem, por objetivo, efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a Administração, por intermédio de seus agentes¹¹⁸.

Quando o fato não produz um efeito jurídico para o Direito Administrativo, ele é um fato da administração, como exemplo o afastamento de um funcionário por problemas relacionados à sua saúde, que causa com o decurso do tempo a vacância no cargo em que exerce, produzindo a prescrição administrativa. Logo, o fato administrativo resulta sempre de um ato administrativo que o determina, daí surge a relação entre o ato e o fato administrativo.

No que tange às funções da jurisdição constitucional, advém, com efeito, as possibilidades de imposição de limites formais e materiais aos Poderes públicos, de tal modo que haja a prevalência do pacto social retratado no texto da Constituição. Aos atos estatais devem ser compreendidos aqueles atos emanados de todos os Poderes do Estado. Sobre tais atos é que incidirá a atividade da jurisdição constitucional como a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, o depuramento

¹¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 188-189.

de normas inconstitucionais, bem como a manifestação sobre o exercício de competências fixadas constitucionalmente pelos entes federativos¹¹⁹.

Os atos administrativos possuem requisitos e atributos para serem considerados aptos a exercerem seus misteres. Existem elementos ou também denominados requisitos por alguns doutrinadores, que são necessários e constituem o ato administrativo, quais sejam, a competência, a finalidade/fim, a forma, o motivo e o objeto.

Ao lado de tais requisitos, há também os atributos dos atos administrativos, todos ligados ou até mesmo derivados da condição de a Administração Pública representar o Estado de forma dinâmica, em seu atuar diário. Tal afirmação se deve ao fato de, diante do Estado estar vinculado ao Direito, por certo que seus atos devem possuir certas qualidades que o diferem dos atos comuns particulares, que permitam o Estado, por sua Administração, atuar diretamente, não necessitando de, a todo momento, clamar pela manifestação judicial.

Atributos são as qualidades dos atos administrativos. Resolvendo a questão quanto ao conceito de atributos dos atos administrativos e requisitos dos atos administrativos, Alexandrino e Paulo destacam “enquanto os requisitos dos atos administrativos constituem condições que devem ser observadas para sua válida edição, seus atributos podem

¹¹⁹ OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. In **(Neo)Constitucionalismo** – Ontem, os códigos; hoje, as constituições. Vol. 1. N. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. P. 289.

ser entendidos como as características inerentes a estes atos administrativos”¹²⁰.

De modo geral, costuma-se apontar quatro atributos ao ato administrativo: a presunção de legitimidade, a imperatividade, a auto-executoriedade e a tipicidade. Bandeira de Mello faz questão de ressaltar que tais atributos não devem ser vistos como privilégios da Administração, mas sim de prerrogativas que possibilitem à Administração uma atuação eficaz. Delineia o administrativista que “não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à ‘força governante’ pelo mero fato de ser a força governante”, ou ainda, que hajam poderes incondicionados. Justifica tais prerrogativas no próprio Direito, esclarecendo não existirem favores à Administração (sujeito), mas favores concedidos aos interesses públicos, à função desempenhada, que cabe à Administração¹²¹.

O primeiro dos atributos dos atos administrativos intitula-se “presunção de legitimidade”, pelo qual se presumem verdadeiros os atos administrativos, conformes ao Direito, até prova em contrário. Trata-se de uma presunção de legitimidade indispensável à Administração para “exercer com agilidade suas atribuições, especialmente na defesa do interesse público. Esta agilidade inexistiria caso a Administração dependesse de manifestação prévia do Poder Judiciário quanto à validade de seus atos”¹²².

¹²⁰ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. P. 292.

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 386-387.

¹²² ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. P. 293.

Os atos administrativos são originados da presunção de legitimidade, atributo que resulta do princípio da legalidade, que no Estado de Direito dispõe de toda a atuação governamental, atento à exigência da segurança e celeridade das atividades do Poder Público.

Realizando percuciente estudo acerca da relação entre autoridade, poder, legitimidade e legalidade – verdadeiros paradigmas do Direito Administrativo – Raymundo Faoro esclarece que o “poder é um atributo necessário dos governantes, enquanto que a autoridade se baseia sempre nos governados”. A par disso, “a autoridade e o poder, a legitimidade e a legalidade, longe de se excluírem, se complementam”. Correlacionando autoridade com legitimidade e poder com legalidade, Faoro arrazoa no sentido de que o poder está fundamentado na legalidade (formal), enquanto que a autoridade “se apóia na probabilidade ou na chance de que um comando seja obedecido...” voluntariamente, ou seja, a legitimidade da autoridade possui um fundamento de ordem material, e não meramente formal como ocorre com o poder. A autoridade legítima “adquire relevo especial, com o predomínio da estrutura de valores sobre a lei. Não se obedece à lei porque ela é lei, mas porque ela se afirma no consentimento que, previamente e por sua vigência, a ela se concedeu”¹²³.

Como esclarecem García de Enterría e Fernández, a Administração define direitos e cria obrigações de forma unilateral e executória, de modo que “suas decisões são imediatamente eficazes,

¹²³ FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte** – a legitimidade recuperada. 5 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. P. 44-51.

criando no destinatário das mesmas uma obrigação de cumprimento imediato... com independência de sua possível validade intrínseca”¹²⁴.

Gordillo realiza profunda análise dos atributos do ato administrativo, destacando, de forma crítica, haver muita dispersão da doutrina quanto ao tema, devendo, na verdade, considerar duas características fundamentais do Estado de Direito para se concluir acerca de tais atributos: a estabilidade e a impugnabilidade. Para ele, não se trata de apontar notas conceituais sobre o assunto, devendo-se “investigar o direito positivo a fim de averiguar como está regulado” o tema¹²⁵.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Da presunção da legitimidade ocorre a transferência do ônus da prova da invalidade do ato administrativo, quando a prova ficará a cargo do impugnante.

Observa Gordillo que da presunção de legitimidade se deriva a obrigatoriedade ou exigibilidade do ato, o que faz com que os destinatários devam-lhe obediência¹²⁶. É o atributo chamado de “imperatividade” pelos

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 501.

¹²⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. V-1.

¹²⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. V-20.

doutrinadores nacionais, exatamente no sentido exposto pelo administrativista argentino.

Imperatividade – é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância¹²⁷.

É a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância obrigatória em relação aos seus destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência. Destarte, sempre que o ato administrativo for dotado desse atributo, impõe-se mesmo que contrarie os interesses do destinatário¹²⁸.

A imperatividade impõe para o seu cumprimento ou execução a coercibilidade, com a força impositiva própria do Poder Público. É decorrente da tão somente existência do ato administrativo, não dependendo de sua validade ou invalidade, pois o ato dotado de imperatividade deve ser cumprido.

Saliente-se que a imperatividade do ato decorre de sua mera existência, mesmo que eivado de ilicitude. Seu cumprimento é obrigatório até que seja retirado do mundo jurídico, já que o ato válido ou o viciado não se diferenciam, considerando que ambos vinculam igualmente.

A executoriedade, ou auto-executoriedade, consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial, a fim de possibilitar um atuar mais rápido da Administração.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 388.

¹²⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 74.

Como se vê, não é esse, também, atributo presente em todos os atos administrativos. Costuma-se apontar a auto-executoriedade como qualidade presente nos atos próprios do exercício de atividades típicas da Administração. A necessidade de defesa ágil dos interesses da sociedade justifica essa possibilidade de a Administração agir sem prévia intervenção do Poder Judiciário, especialmente no exercício do poder de polícia. A presteza requerida evidentemente faltaria se fosse necessário recorrer-se ao Judiciário toda vez que o particular opusesse resistência às atividades administrativas contrárias a seus interesses¹²⁹.

Realizando comparação do sistema administrativo argentino com o francês, Gordillo sugere que tais atributos se devem aos antecedentes franceses. Com isso, distingue uma dupla característica francesa que acabou sendo utilizada pelo Direito argentino (assim como no brasileiro, identicamente): que os atos administrativos devem ser cumpridos e que a administração tem a sua disposição os meios necessários para os fazer cumprir (coerção). No entanto, revê duas situações distintas:

En el derecho francés tradicional los autores distinguen dos tipos de supuestos: a) “cuando la ley de a la administración el poder de actuar de oficio, la administración no lo posee sino en la medida estricta en que la ley se lo reconoce” y b) cuando no hay ley reglamentando el punto, “la administración no puede asegurar ella misma la ejecución de su orden o de su prohibición sino cuando no hay sanción penal, ni sanción civil, e incluso ni sanción administrativa y aun en este caso ella no debe ir más allá de lo que sea necesario para la realización inmediata de la ley o del acto administrativo”¹³⁰.

Quanto à executoriedade do ato administrativo, ou sua auto-executoriedade, parte-se da premissa de que a Administração dispõe de meios jurídicos peculiares para realizar e assegurar o interesse público,

¹²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. P. 294.

¹³⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. V-26.

diverso dos que restam aos particulares. Não se trata de privilégios, mas de “poderes juridicamente regulados que assistem à Administração” considerando-se os “interesses que lhe incumbe prover”¹³¹. Suas prerrogativas.

Ao contrário dos particulares, que necessitam buscar manifestação judicial à consecução de determinados atos (notadamente aqueles taxados de “pretensão resistida”), já que não mais possuem o direito de ação de caráter material, a Administração dispõe do poder de “compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”¹³², limitado este poder pelo Direito, condicionado por ele.

Desta forma, a executoriedade deve ser reconhecida nos casos em que o interesse público estiver correndo perigo eminente, porquanto a Constituição Federal não banuiu o *jus imperium* da Administração Pública, pois para a harmonia dos Poderes prevê e determina a atuação ativa da Administração, dispensando, a cada exame prévio dos atos administrativos que os órgãos da administração desejassem executar, manifestação do Judiciário.

Tais atributos (que distinguem os atos administrativos dos atos de direito privado e que permitem afirmar a submissão daqueles a um regime jurídico administrativo) somente estarão ligados aos atos administrativos quando estes obedecerem a certos requisitos ou

¹³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 386.

¹³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 388.

elementos¹³³ que os revestirão de eficácia. Os elementos do ato administrativo são os meios pelos quais a vontade se estrutura e condiciona, para possuir eficácia jurídica¹³⁴.

No Brasil, a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29/06/1965) consagrou, ou melhor, positivou os cinco elementos do ato administrativo em seu artigo 2º. Além disso, conceituou-os nas alíneas de seu parágrafo único:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

¹³³ A terminologia utilizada pela doutrina diverge quanto ao uso de “requisitos” ou “elementos”. Cretella Júnior (*in Tratado de direito administrativo*. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001) esclarece que os requisitos de qualquer ato jurídico são os previstos pelo Direito Civil, indicando o agente capaz, o objeto lícito e possível, a forma prescrita ou não defesa em lei como tais. Explica que o ato administrativo, como uma modalidade especial de ato jurídico, evidentemente deve reunir, além dos requisitos civilistas, outros elementos a eles jungidos (a causa, o fim, o mérito, o motivo e o conteúdo) (p. 140). Este mesmo autor, desta vez na obra **Direito administrativo brasileiro** (2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000), ao abordar os elementos do ato administrativo, chama-os de “elementos do ato administrativo” que servem para estruturá-los. Diante disso, utilizar-se-á o termo “elementos” para tratar do assunto.

¹³⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. P. 29.

Diante de tal disposição legal, adotou-se que os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. Não fugindo muito desta linha de orientação, García de Enterría e Fernandez também os denominam de “elementos dos atos administrativos”, porém o fazem em três grandes grupos chamados de “elementos subjetivos” (Administração, órgãos, competência, investidura legítima do titular do órgão) e “elementos objetivos” (pressuposto de fato, objeto, causa, fim) e “elementos formais” (procedimento, forma da declaração)¹³⁵.

Lecionando tratem-se tais elementos do ato administrativo como uma “conquista do Direito Público na linha da juridicização da vontade da Administração”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma ser por demais limitado “o *quem* pode (competência), o *para quê* pode (finalidade), o *como* pode (forma), o *por quê* pode (motivo) e o *quê* pode (objeto) na manifestação da *vontade estatal*”, haja vista residir eventual controle da ação administrativa na “formação e na expressão da vontade administrativa”¹³⁶.

Pretendendo modificar o ponto de tensão do “controle de legalidade da manifestação da vontade” para o “controle do resultado da ação administrativa”, Moreira Neto propõe uma visão material no direito público, “pois que voltada a resultados e à busca da eficiência, informada pelo conceito de legitimidade, por uma nova visão do Estado”¹³⁷.

¹³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 472.

¹³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 183.

¹³⁷ Idem. P. 145.

Assim se chega à conclusão de que, nessas condições, se no plano moral o bom resultado é exigível e, do mesmo modo o é no plano do direito privado, com muito mais razão deverá sê-lo no plano do direito público, em que os recursos empregados e os interesses a serem satisfeitos não são os do agente e, nem mesmo, de particulares, mas são os da sociedade, ao que se acresce que as investidas públicas, que têm os ônus de sua satisfação a seu cargo, tampouco a ninguém são impostas, senão que, voluntariamente assumidas¹³⁸.

Não significa dizer que o estudo acerca dos elementos do ato administrativo perdeu, por completo, sua importância. Pelo contrário: com a mudança do pólo de avaliação da manifestação da vontade ao resultado desta manifestação da vontade, tem-se claramente que a co-relação entre os elementos do ato e o próprio resultado do ato ficou mais clara.

Com efeito, não há como se afastar das formalidades que devem permear a emissão da vontade da Administração, via ato administrativo. O que deve se buscar é a ampliação do controle de tal emissão da vontade, não se limitando aos aspectos formais, mas adentrando-se aos seus aspectos materiais, que acabam vindo à tona com a avaliação do resultado da tal emissão de vontade.

De forma bastante pioneira no Direito Administrativo brasileiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, mostrando “que os fatos que lastreiam as opções discricionários não estão imunes ao controle judiciário”, escreveu que a última palavra sobre os limites da discricionariedade cabe ao Poder Judiciário e que para chegar-se a este controle, imprescindível conhecer-se os motivos e objeto do ato: “para definir o que é legalidade e o que é mérito, só examinando os *motivos*, para buscar o que excede do

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 177.

juízo de oportunidade, e o *objeto*, para perquirir o que excede do juízo de conveniência”¹³⁹.

Quer-se dizer que os aspectos formais da emissão da vontade estarão umbilicalmente ligados ao resultado por eles e neles mesmo previstos, ou seja, aquilo que a Administração se propôs a fazer com a emissão do ato administrativo (no que diz respeito à finalidade, ao motivo e à motivação), deverá obrigatoriamente atingir o proposto formalmente. É fazer, noutras palavras, aquilo que foi *projetado* tornar-se realidade.

Ao lado do *Estado prestador* de atividades jurídicas – defesa, polícia e justiça – e atividades sócio-econômicas – serviços públicos, ordenamento econômico e social – há o *Estado propulsor*, “incumbido de desenvolver atividades de fomento público sob todas as suas modalidades”. “O dever do Estado é o serviço dos direitos e, portanto, dos direitos dos cidadãos derivam as tarefas do Estado e a missão da Administração”, que é a realização dos direitos das pessoas¹⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello realiza apresentação aprofundada dos elementos do ato administrativo e destaca a discordância terminológica doutrinária. Diante disso, prefere “sistematizar o assunto de outro modo”, afirmando serem ELEMENTOS do ato o *conteúdo* e a *forma*. Os demais são PRESSUPOSTOS (de *existência* – objeto e pertinência do

¹³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 59.

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 157-158.

ato – e de *validade* – sujeito, motivo e requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização)¹⁴¹.

Quanto à **competência**, condição primeira de validade de qualquer ato administrativo, ligada está à qualidade do agente de dispor de poder legal para praticar o ato. Como um requisito de ordem pública, é uma importante e necessária condição para que os atos administrativos obtenham sua validade de tal modo que o agente da administração disponha de poder para o exercício legal de suas funções. A competência administrativa resulta da lei que delega funções e por ela também é limitada. Todo o ato praticado por agente incompetente é inválido por lhe faltar o requisito de poder manifestar a vontade da Administração.

Noutras palavras, competência é um conjunto de faculdades que um órgão pode legitimamente exercer, em razão da matéria, do território, do grau e do tempo¹⁴². Ou, ainda, “que a competência é a medida da potestade que corresponde a cada órgão, sendo sempre uma determinação normativa”¹⁴³.

Bandeira de Mello aponta, como primeiro pressuposto/elemento do ato administrativo, o sujeito, do qual decorre a competência, já que o sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 360-363.

¹⁴² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. VIII-25.

¹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 472.

“Sujeito é o produtor do ato”¹⁴⁴ e somente pode sê-lo por expressa disposição legal.

A competência requer sempre texto expresso de lei para que possa existir, já que em direito administrativo a competência deve ser expressa, ao contrário do direito privado, em que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção. A competência deve derivar de expressa disposição legal, é de suma importância a fim de evitar arbitrariedades *ab initio*¹⁴⁵.

Importante destacar os ensinamentos de García de Enterría e Fernandez, extraídos do parágrafo que encerra a abordagem do tema em sua obra, que permitem claramente perceber o porquê dos autores espanhóis chamarem “administração, órgão, competência e investidura do titular do órgão” como elementos subjetivos do ato administrativo:

... não basta que o ato proceda da uma Administração e se ordene através do órgão competente; é necessário também que a pessoa ou pessoas físicas que atuem na correspondente declaração como titulares desse órgão ostentem a investidura legítima dos mesmos... mantenham íntegra sua situação abstrata de imparcialidade... e procedam nas condições legais...¹⁴⁶

Neste elemento, deve ser analisada a capacidade da pessoa jurídica de praticar o ato, a quantidade de atribuições do órgão que o

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 367.

¹⁴⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 280.

¹⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 474.

produziu, além das questões atinentes ao titular (pessoa física) do órgão do qual emana o ato.

Ao lado da competência (ou do sujeito), há um segundo elemento do ato administrativo, o seu **objeto**. O objeto caracteriza-se como o conteúdo do ato administrativo, que em decorrência dele cria-se, modifica-se ou se extingue um determinado direito. É a produção de efeitos jurídicos que o ato produz, devendo seu conteúdo ser “lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos)”¹⁴⁷.

O objeto é a atividade de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato. Por indicar aquilo que o ato dispõe, o que ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica, Bandeira de Mello prefere tratar o objeto como *conteúdo*: “Preferimos a expressão ‘conteúdo’ à expressão ‘objeto’, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o *conteúdo* dispõe sobre *alguma coisa*, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa *a respeito* de outra coisa”¹⁴⁸. Para o administrativista, o objeto é apenas parte do conteúdo.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 191.

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 364.

O objeto é a coisa sobre a qual o sujeito ou os sujeitos de direito incidem a relação jurídica. É a coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo.

Contrariando Bandeira de Mello, Gasparini aponta o conteúdo e o objeto como dois elementos distintos de validade do ato jurídico, exatamente discorrendo que o conteúdo “pode ser a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação, a extinção, a declaração de direitos, ou a imposição de obrigações aos administrados ou ao próprio Estado”, não admitindo a *confusão* entre os dois termos. O conteúdo, finaliza, “é a modificação do ordenamento jurídico”, sendo que o objeto é a coisa, o bem que faz parte do conteúdo¹⁴⁹. Para diferenciar ambos, Gasparini aponta exemplos de conteúdo (outorga de uso, desligamento do agente público, horário de funcionamento) e de objeto (um ato administrativo que abona as faltas dos servidores tem por objeto as faltas ocorridas; num ato administrativo de permissão de uso de bem público imóvel, o objeto é o bem).

Chamando-o de elemento objetivo, García de Enterría e Fernandez também enfocam o conteúdo e o objeto como elementos distintos, sendo o conteúdo a tipicidade jurídica do ato previsto no ordenamento e o objeto “da declaração da Administração pode ser um comportamento... um fato... um bem... sua própria organização...”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 67.

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 482.

Gordillo, ao contrário, utiliza os termos “objeto” e “conteúdo” como sinônimos, afirmando que “el objeto o contenido de lacto es aquello que el acto decide, certifica ou opina”¹⁵¹ (2003, Tomo 3, VIII-6). Com isso, deixa evidente que o objeto do ato administrativo está ligado não apenas à coisa, mas ao *status* jurídico determinado pelo ato.

A **forma** é outro elemento do ato administrativo. Trata-se de um requisito formal e sua inobservância o torna passível de invalidação. A Administração deve exteriorizar o ato administrativo obedecendo-se à forma prevista no ordenamento, como forma de garantia dos cidadãos¹⁵².

Como elemento do ato administrativo, encontra-se duas concepções à forma:

1. uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;
2. uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato¹⁵³.

Está-se a tratar de *como* o ato administrativo se mostra, vem a público, no sentido restrito, e de *como* o ato administrativo deve ser confeccionado, ou seja, o procedimento pelo qual deve passar, desde a

¹⁵¹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. VIII-6.

¹⁵² No Brasil, a Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir (art. 22).

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 192.

iniciativa, até a efetiva vigência. O certo é que as conseqüências da inobservância quanto à forma ou ao procedimento são as mesmas: conduzem o ato administrativo à ilicitude.

No entanto, a forma do ato administrativo deve ser concebida de modo a englobar ambos os sentidos apresentados por Di Pietro, isto é, não minimizar a questão à mera formalidade extrínseca do ato, mas também as formalidades intrínsecas, substanciais do ato que devem ser cumpridas, em resguardo à legalidade/legitimidade. Diante disso destaca Gordillo que a forma do ato administrativo tem sua importância como mecanismo indispensável ao controle judicial e à tutela dos direitos¹⁵⁴.

Representam as formas real significado para o desenvolvimento da vida jurídica: oferecem ao juiz critério seguro para distinguir a vontade positivamente declarada de todos os atos que precedem à resolução final, garantem o homem contra deliberações precipitadas, provocando indiretamente em seu espírito reflexões acerca das conseqüências do ato que pretende realizar, asseguram a prova ulterior da existência dos atos e os revestem de publicidade, assinalam de modo preciso o momento exato em que o ato se realiza¹⁵⁵.

O procedimento e a forma de manifestação são, indiscutivelmente, elementos formais do ato administrativo ligados à sua motivação. É neste sentido que García de Enterría e Fernandez mencionam que os atos administrativos devem seguir um *iter concreto* (procedimento) e se manifestar segundo uma forma:

¹⁵⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. X-2.

¹⁵⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 152.

... o procedimento administrativo aparece como uma ordenação unitária de uma pluralidade de operações expressadas em atos diversos realizados heterogeneamente (pela função, pela natureza) por vários sujeitos ou órgãos, operações e atos que, não obstante sua relativa autonomia, se articulam em ordem à produção de um ato decisório final¹⁵⁶.

Ao dizerem que o procedimento é um caminho necessário para a produção de atos administrativos dando-lhes condição de validade, indicam ser o procedimento uma fase *interna* de produção do ato, já que imprescindível que esse ato administrativo se mostre, se manifeste externamente por meio de uma forma específica (normalmente escrita).

O silêncio também é uma forma de manifestação do ato administrativo, pois manifesta uma forma de expressão da vontade, normalmente quando uma lei fixa um prazo para determinado ato e, findo o prazo, o silêncio da Administração pode significar a concordância ou a discordância.

A partir da forma, perguntam-se os administrativistas espanhóis, qual será o conteúdo da forma dos atos administrativos, respondendo que um dos requisitos *mores* deste conteúdo é a motivação, que não pode ser confundida com o motivo do ato administrativo.

Motivar é explicar as razões, é fundamentar, é exprimir um juízo. É, nas palavras de Bandeira de Mello, a exposição dos motivos, “a fundamentação na qual são enunciados a regra de Direito habilitante, os

¹⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 484.

fatos em que o agente se baseou para decidir e a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado”¹⁵⁷.

A motivação vem a ser a exposição dos motivos que determinaram a prática do ato, a exteriorização dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato. Enfim, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos autorizadores da prática do ato realmente aconteceram. Na demissão de um servidor, por exemplo, o elemento **motivo** seria a infração por ele praticada, ensejadora dessa modalidade de punição; já a **motivação** seria a exposição de motivos, a exteriorização, por escrito, do motivo que levou a Administração a aplicar tal penalidade¹⁵⁸.

A motivação é, portanto, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato, a evidenciação dos motivos, das causas que levaram o administrador a agir, estando positivada no Direito brasileiro na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – em especial no artigo 2º, parágrafo único, inciso VII, que determina:

Art. 2º...

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

...

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

...

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 371.

¹⁵⁸ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. P. 286.

Pode até parecer, em um primeiro momento, que a motivação seja um elemento meramente formal do ato administrativo, já que estaria jungida à forma de se exteriorizar. Mas, ao contrário, a fundamentação está ligada à substância do ato administrativo, já que deve dar conta da conexão lógica entre o fundamento jurídico adotado, o objeto e o resultado obtido pelo ato, tudo isto em termos fáticos.

Enquanto todo ato administrativo tem o seu motivo, a sua motivação (fundamentação) constitui-se no atendimento do dever de enunciar expressa e objetivamente as razões ou motivos de fato e de direito do ato administrativo ao serem indicadas as premissas do silogismo em que a decisão corresponde à conclusão¹⁵⁹.

A motivação não é um simples requisito meramente formal, mas de essência e deve ser suficiente, ou seja, “tem de ser a razão plena do processo lógico e jurídico que determinou a decisão”¹⁶⁰.

É neste sentido que Gordillo concebe a motivação, não como um elemento formal, mas como um elemento substancial do ato administrativo, fruto da luta pela limitação e controle do poder. Para ele, a garantia de fundamentação do ato não é uma questão secundária, instrumental, prescindível: como uma sentença judicial, o ato administrativo deve expressar ao súdito, como meio de garantia de direitos, as razões de fato e de Direito que levaram a Administração a

¹⁵⁹ PELLEGRINO, Carlos Roberto. Acerca da motivação do ato administrativo. **Direito administrativo e constitucional** – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). São Paulo: Malheiros, 1997. P. 184.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 489.

decidir agir de determinada forma, possibilitando a análise da obtenção do resultado final em termos de vinculação à motivação do ato¹⁶¹.

A motivação é uma garantia da legalidade, pois a qualquer momento ela permite a verificação do ato, posto ser “a exteriorização das razões que justificam o ato”¹⁶². Deve ser, portanto, clara o suficiente para permitir a comunicação do ato administrativo a seus destinatários.

Já o **motivo** é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. É o dispositivo legal, o fundamento jurídico que baseia o ato, aliado às circunstâncias, acontecimentos e situações fáticas que levam a Administração agir¹⁶³. “É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”¹⁶⁴.

O motivo serve de fundamento ao ato administrativo, sendo um pressuposto de fato e de Direito que determina ou autoriza o cumprimento de determinado ato. Caracteriza-se pressuposto de fato às circunstâncias e acontecimentos que ficam a critério do administrador para a prática de determinado ato, ao passo que o pressuposto de Direito é aquele baseado no ordenamento jurídico.

José Cretella Júnior realiza proficiente cotejo entre causa e motivo, iniciando sua exposição pela origem filosófica do termo “causa” e

¹⁶¹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. X-13-14.

¹⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 98.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 195.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 367.

suas acepções ao longo dos tempos. Criticando os autores que se envidam a diferenciar causa e motivo, considera que, se efetivamente houver diferença, por ser esta tão sutil, não merece tanta discussão.

Salienta ser impossível separar de modo absoluto a causa do motivo, já que “a causa pode ser procurada no próprio fato gerador do ato (e aqui equivale a motivo) ou em razões de alta relevância que inspiram os pronunciamentos da Administração (neste ponto, equivale-se a fim)”¹⁶⁵. Nas explicações do doutrinador, quando a causa está ligada ao fato gerador do ato, equivale a motivo, ao conjunto de circunstâncias de fato ou de direito que condicionam o aparecimento do ato. Quando unida às razões que inspiram a Administração, a causa equivale ao fim, à intenção que a Administração Pública se propõe a obter.

Imperiosa a necessidade de citar o exemplo prático trazido por Cretella Júnior, com o mote de clarear os institutos da causa e do motivo:

Identificando causa e motivo, tomando ambos na acepção de fato em que se apóia a Administração para emitir seu pronunciamento, é possível exemplificar, na prática, a comprovação da teoria da causa...

Assim, nos casos em que a Administração impõe penas disciplinares aos funcionários públicos por terem incorrido em faltas, as causas estão nas próprias faltas, circunstâncias que dão nascimento ao ato administrativo disciplinar; quando um funcionário contrai moléstia que o impede de exercer função pública e é compulsoriamente licenciado, a circunstância que condiciona o nascimento do ato administrativo licenciatório é o fato da própria moléstia; quando um funcionário é promovido ou por antiguidade, ou por merecimento, o tempo decorrido ou o valor pessoal do agente promovido, respectivamente, condicionam o ato administrativo que concretiza a nomeação¹⁶⁶.

¹⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 166-167.

¹⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 167.

Diante disso, Cretella Júnior afirma que causa ou motivo é tudo aquilo que gera a obrigação, “é o elemento primeiro do ato, antecedente que o precede e o provoca, constituindo sua razão de ser e podendo consistir ou numa certa situação de fato ou de direito ou num ato que foi executado”.

Motivo é o que move, a causa motiva, é toda causa que produz ou tende a produzir uma ação voluntária. É o elemento consciente, a determinação do ato voluntário. É o que move ou pode mover a vontade. É o suporte fático da decisão, sua base, fundamento, apoio. As circunstâncias de fato ou de direito que, em cada caso, determinam a edição do ato administrativo.

Como não há antítese entre questão de fato e questão de direito, pelo contrário, integram-se, os vícios de motivo podem estar ligados à inexistência da norma jurídica que lastreie a sua prática (já que o motivo está ligado ao fundamento jurídico), à inexistência do fato que ensejaria sua criação (o motivo também está ligado ao pressuposto fático), bem como à inadequação entre os pressupostos de fato e os de Direito (em que se estaria falando da finalidade não atingida). “Assim, o contribuinte que excede o prazo legal estipulado para o recolhimento de tributo paga a sanção por este recolhimento intempestivo. Porém, caso o decurso do tempo se confine no prazo legal, então inexistente motivo para o ato administrativo sanção...”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. P. 45.

O motivo condiciona a formação do ato, estando intimamente ligado – inter-relacionado – ao objeto e à finalidade do ato. O desvio de poder ocorre quando há ocultação da verdadeira intenção do agente com a emissão do ato exatamente quanto ao seu motivo, pois se emite o ato administrativo com base em algum motivo falso ou inexistente, de modo que a finalidade do mesmo estará viciada, encobertando alguma imoralidade/ilegalidade. O desvio de poder encontra-se ligado, portanto, aos motivos do ato e a sua finalidade – a expressão “motivo” é tomada com o sentido de “finalidade” para se abordar os motivos determinantes.

Como se disse, o motivo é a situação de direito e/ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Para que haja a correta emissão do ato administrativo no que concerne ao motivo, por óbvio que deverá haver o elemento jurídico e fático em perfeita harmonia. Mister que haja lisura da providência adotada, de modo que o elemento fático efetivamente tenha existido.

Na lição de Bandeira de Mello, motivo legal e motivo de fato são distintos, porém harmônicos e interdependentes:

Devem ser distinguidos o motivo legal e o motivo de fato. Motivo legal é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, contida na regra de direito, ao passo que o motivo de fato é a própria situação fática, reconhecível no mundo empírico, em vista da qual o ato é praticável. Evidentemente, para validade do ato, impende que haja perfeita subsunção do motivo de fato ao motivo de direito; vale dizer, cumpre que situação do mundo fático, tomada como base do ato, corresponda com exatidão ao motivo legal¹⁶⁸.

¹⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 87.

Como apontado *en passant*, conectada ao motivo e à motivação está a teoria dos motivos determinantes que, de uma forma bastante simples, condiciona a prática do ato administrativo aos motivos expostos. Tais motivos, então, é que determinam e justificam a realização do ato – vinculantes – devendo haver correspondência entre tais motivos e a realidade prática do ato, sua efetivação. “De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte a sua decisão, integram a validade do ato”¹⁶⁹, de modo que o ato somente será válido se estes – os motivos – realmente ocorreram.

Superada uma fase bastante ortodoxa de se pensar que o dever de agir da administração independia de um motivo e de seu claro apontamento (motivação, fundamentação e justificação), o que ensejou entendimentos extremados e até mesmo radicais acerca da discricionariedade administrativa, hodiernamente defende-se que todo e qualquer ato administrativo possui um motivo *de fundo*, uma causa que o leva a acontecer, que serve de impulso ao atuar administrativo e o condiciona, devendo sê-lo expresso¹⁷⁰.

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 374.

¹⁷⁰ A Constituição Federal faz menção aos “motivos determinantes” ao determinar ao Presidente da República, em caso de solicitação de autorização para decretar o estado de sítio, que os relate fática e analiticamente (art. 137, parágrafo único).

Na expressão motivos determinantes, o vocábulo motivos tem outro sentido, que é o de finalidade. Ora, explicar os motivos é motivar o ato, consistindo, nisso, a motivação do ato administrativo. O princípio da motivação do ato administrativo constitui moderna tendência dos países democráticos. Motivando o ato é dar-lhe os motivos. Motivação é a justificativa do pronunciamento tomado. Em direito, o ato motivado é aquele cuja parte dispositiva ou resolutive é precedida de exposição de razões ou fundamentos que justificam a decisão, quanto aos efeitos jurídicos¹⁷¹.

Os Tribunais pátrios, notadamente os Superiores, têm admitido e até mesmo exigido que, independentemente de o ato ser estritamente vinculado ou possuir certa discricionariedade vinculada, sejam expostos os motivos e, principalmente, esteja o ato administrativo vinculado ao seu motivo para que se chegue e se cumpra sua finalidade.

O Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, relatando Recurso Especial (REsp 725537/RS), apontou de forma bastante límpida a exigência de observância aos motivos do ato, mesmo em sendo considerado discricionário, apontando a teoria dos motivos determinantes para fundamentar seu voto:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. RAZÕES. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. VINCULAÇÃO. VÍCIO. ANULAÇÃO. MOLÉSTIA. INCAPACIDADE DEFINITIVA. REFORMA EX OFFICIO. I - Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível a sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes.

¹⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 286.

No mesmo vértice, também do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Vicente Leal expressou-se: “ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legítima e confere validade ao ato administrativo discricionário” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1998/0065086-5).

Com um exemplo histórico datado de 1974, em decisão envolvendo situação incomum, o Ministro Bilac Pinto, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário número 76.163, de São Paulo, enfrentou situação provocada por Prefeito Municipal que determinou a retirada de “lápide tumular com inscrição irreverente¹⁷²”. Ao tomar tal decisão, motivou o ato administrativo explicitamente “de que o epitáfio nela inscrito feria princípios gerais e éticos”.

Utilizando-se da “teoria dos motivos determinantes”, o Ministro votou pela nulidade do ato administrativo prolatado pelo Prefeito Municipal, já que o “ferir princípios gerais e éticos” é por demais vago e, acima de tudo, não se verificou ou se justificou jurídica e faticamente a ofensa aos tais motivos.

¹⁷² A lápide assim estava marcada: “Bípede, meu irmão: eis o fim prosaico de um espermatozóide que, há mais de oitenta anos, penetrou num óvulo, iniciou seu ciclo evolutivo e acabou virando carniça. Estou enterrado aqui. Sou o Chico Sombração. Xingai por mim. Francisco Franco de Souza”.

A obrigatoriedade da existência, no mundo real, dos motivos alegados e que determinam a prática do ato administrativo, como requisito de sua validade, acabou por dar origem à *teoria dos motivos determinantes*. Por essa teoria só é válido o ato se os motivos enunciados efetivamente aconteceram. Desse modo, a menção de motivos falsos ou inexistentes vicia irremediavelmente o ato praticado, mesmo que não exigidos por lei¹⁷³.

Isto posto, a conclusão de que o motivo pode ser sindicado pelo Poder Judiciário é automática. As circunstâncias de fato e de direito que levaram a administração a emitir o ato – seus motivos – podem ser controlados pelo Poder Judiciário, eis que ligado ao controle da legalidade/juridicidade do ato, seja ele vinculado ou com discricionariedade vinculada. Dito controle ocorre não apenas sob a égide da “teoria dos motivos determinantes”, mas também do desvio de poder, que consiste na distorção dos motivos e das finalidades do ato administrativo.

Desvio de poder é o “afastamento na prática de determinado ato; poder exercido em direção diferente daquela em vista da qual fora estabelecido...”¹⁷⁴, que conduz o ato à nulidade. Pisado e repisado, com desvio de poder age o administrador que, fundando o ato administrativo em motivo ausente ou distinto da realidade, objetiva atingir finalidade imoral ou ilegal, explícita ou não.

¹⁷³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 65.

¹⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 211.

Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico. En efecto, se interpreta que las normas que confieren una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario satisfaga la finalidad expresa o implícita del ordenamiento jurídico, no para realizar lo que a él le plazca, con el fin que le plazca... Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el sistema, su conducta es por ello sólo antijurídica...¹⁷⁵.

Percebe-se que para se tratar do tema “desvio de poder”, analisou-se um dos elementos do ato administrativo, o motivo, mas se advertiu que junto a este elemento, outro deveria ser analisado *pari passu*, qual seja, o fim ou a finalidade.

Destacando que o desvio de poder, causa de nulidade do ato, Gordillo aponta teoricamente três hipóteses nas quais o funcionário atua com “finalidade” distinta da perseguida pelo Direito, donde se conclui a ligação que há entre os elementos *finalidade* e *motivo* para a configuração do desvio de poder¹⁷⁶.

A finalidade, ou **fim**, é o resultado que a Administração almeja a alcançar, pois para o Direito não existe um ato sem um fim público. A finalidade do ato administrativo é decorrente do Direito, implícita ou explicitamente. O supremo interesse da Administração é a satisfação do

¹⁷⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. IX-23-24.

¹⁷⁶ Os três casos de desvio de poder apontados pelo administrativista argentino Gordillo são: a) a situação em que o funcionário atua com uma finalidade pessoal, caso este em que o motivo destoa, de imediato, com o princípio da legalidade, fazendo com que a finalidade também padeça de vício; b) o funcionário atua com a finalidade de beneficiar a um terceiro ou grupo de terceiros; e c) o funcionário atua com a finalidade de beneficiar a administração ou o bem comum, no entanto, indevidamente (**Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. IX-27).

interesse público, estes a que devem atender os agentes administrativos editores do ato, o comezinho “bem comum”, seu fim mediato.

Não existe qualquer liberdade do administrador no que diz respeito à finalidade ampla – a busca do bem comum – implicando a nulidade daquele ato que fuja deste fim (o desvio de poder sob a modalidade de desvio de finalidade). Ao lado desta finalidade ampla, mediata, há a finalidade específica, que também pode ser violada e gerar a nulidade do ato.

Há, porém, outro sentido em que pode ser violado o requisito finalidade, que é o desatendimento da finalidade específica, prevista em lei, na prática de determinado ato. Ou, em outras palavras, a prática de um ato visando a finalidade diversa daquela prevista em lei. O exemplo típico é a *remoção ex officio* de servidor, como forma de punição. Ora, a lei prevê a remoção como modalidade de deslocamento do servidor para atender a necessidade de serviço, e não para ser utilizada como punição...¹⁷⁷

O fim último da administração é o interesse público; o fim visado pela autoridade há de ser o fim do serviço, o fim específico a que se propôs atingir. É o resultado final que o objeto do ato deve atingir. Se a finalidade é infringida, desobedecendo ao seu fim de interesse público, ocorrerá um ato ilegal característico de desvio de poder e haverá a invalidação do ato.

¹⁷⁷ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. P. 285.

Se inoerrem os motivos supostos na lei, falta à autoridade um requisito insuprimível para mobilizar poderes cuja disponibilidade está, de antemão, condicionada à presença do evento que lhes justifica o uso. É claro que, além disto, à míngua deles, não se alcançaria a finalidade legal. Não há como separar o motivo da finalidade, pois são noções inter-relacionadas¹⁷⁸.

García de Enterría e Fernández apontam à Administração uma potestade, dada-lhe pela norma que lhe define um fim público, mas que para cada caso, matiza-se com um fim específico. Como o ato administrativo somente ocorre no exercício desta potestade criada pelo Direito, o fim do ato não pode ser outro que não a finalidade pública¹⁷⁹.

Ao tratar dos “pressupostos jurídicos do ato administrativo”, Hartmut Maurer realiza a divisão dos conhecidos elementos do ato, como visto até o momento, em dois grandes grupos denominados por ele como o de “juridicidade formal” e de “juridicidade material”.

A juridicidade formal está jungida, segundo o administrativista alemão, à “realização do ato administrativo”, compreendendo a competência, o procedimento, a forma e a fundamentação. A juridicidade material diz respeito “ao conteúdo do ato administrativo e pede que a regulação, que se expressa no ato administrativo, corresponda às exigências jurídicas”¹⁸⁰. Em termos de juridicidade material, compreende-se a “concordância com as leis e princípios de direito existentes”, “fundamento da autorização”, “liberdade de vício no exercício do poder discricionário”, “princípio da proporcionalidade”, “princípio da precisão” e

¹⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 86.

¹⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 476.

¹⁸⁰ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. P. 275.

“outros pressupostos de juridicidade” (neste último item, Maurer relaciona Direito com Fato, afirmando que um ato administrativo somente poderá ser jurídico quando dirigido a um resultado possível faticamente).

Na esteira de Maurer, tem-se que seus pressupostos de juridicidade formal dizem respeito aos elementos competência, forma e motivação. Já em termos de juridicidade material, a abordagem é mais profunda e profícua, pois não se limita aos elementos finalidade, motivo e objeto. Tal acontece diante de uma concepção mais ampla de Direito, ou melhor, uma formatação que vai ao encontro do Direito em uma perspectiva contemporânea, pós-positivista, não só ligada a questões meramente formais, procedimentais.

Ao incluir em seu rol de pressupostos jurídicos de juridicidade material do ato administrativo, a “concordância com as leis e princípios de direito existentes” aumenta o campo de atuação e abrangência do princípio da legalidade, pois deve o ato ser compatível com as normas jurídicas, estas porém analisadas como prescrições jurídicas e princípios de direito, “inclusiva aqueles da constituição”.

O “fundamento da autorização” é consequência deste primeiro elemento de ordem material apontado, segundo o qual o ato deve apoiar-se em um fundamento legal.

Diga-se o mesmo com relação ao que chama de “liberdade de vício no exercício do poder discricionário”:

A autoridade tem, quando lhe é concedido um poder discricionário, sem dúvida, um certo espaço de atuação e de decisão, mas deve observar os limites do poder discricionário e exercer o seu poder discricionário correspondentemente à finalidade da autorização legal. Se essas vinculações ao poder discricionário não são observadas, o ato administrativo é vicioso no exercício do poder discricionário e, com isso, antijurídico¹⁸¹.

Maurer tratar os princípios jurídicos como elementos/pressupostos do ato administrativo. Ainda em sede de juridicidade material, os princípios da proporcionalidade e o da precisão fazem parte de sua classificação, indicando, o primeiro, conexão entre relação-meio-finalidade (medida idônea, medida necessária e medida proporcional em sentido estrito¹⁸²) e, o segundo, determinando a clareza para que o destinatário possa identificar e reconhecer inequivocamente o que a Administração deseja.

Expostos estes cinco elementos do ato administrativo, que variam em nomenclatura, quantidade e conteúdo, porém doutrinariamente e juridicamente próximas às exigências de validade do ato administrativo, há ainda seu mérito.

Em termos lingüísticos, a palavra “mérito” significa merecimento, valor moral ou intelectual, aptidão, capacidade, superioridade, qualidade do que é digno de louvor ou prêmio. Este vocábulo possui sentidos

¹⁸¹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. P. 276.

¹⁸² Para explicar o princípio da proporcionalidade em termos de medida idônea, medida necessária e medida proporcional em sentido restrito, Maurer apresenta um bom exemplo: “a autoridade ordena a elevação de uma chaminé de fábrica a 30 metros para impedir a importunação por fumo à imediação. Essa ordenação somente é idônea, se pela elevação as importunações por fumo faticamente são impedidas; ela somente é necessária, se uma outra medida não seria menos agravante (por exemplo, uma elevação da chaminé a 15 metros ou o encaixe de uma instalação de filtro mais barata fosse bastar); ela somente é proporcional no sentido restrito, se o custo não está fora da proporção para com o resultado” (MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. P. 276-277).

jurídicos diferentes, dependendo do ramo do Direito em que será empregado. Basta analisá-lo em sede de direito processual (que significará o conteúdo substancial da lide, o direito material subjetivo em discussão) e em sede de direito administrativo, em que o conceito passa a ter um sentido diverso, ainda que não tão claro.

De um modo geral, o mérito do ato administrativo está ligado à emissão de um juízo de valor da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a levam a decidir em um sentido ou noutro. É a apreciação, a título de reflexão, do agente administrativo frente à oportunidade e conveniência de seu atuar, estando relacionado tanto aos atos administrativos discricionários, quanto aos vinculados.

Oportunidade, conveniência e legalidade encontram-se imbricados na compreensão de mérito, já que a legalidade da decisão administrativa que emitirá o respectivo ato, obrigatoriamente, deverá estar presente, ou seja, o ato deve ser sempre legal (princípio da legalidade, conformidade do ato com o Direito como ordenamento). A obtenção do “melhor ao interesse público” com a decisão é o mote principal de todo atuar administrativo.

Por não realizar qualquer espécie de diferenciação de discricionariedades administrativas, como o fez Germana de Oliveira Moraes, Cretella Júnior e outros tantos doutrinadores administrativistas, a exemplo de Gasparini, Zanella Di Pietro e Alexandrino, ligam o mérito do ato administrativo à discricionariedade pura e simples (considerando-a como margem de liberdade concedida pela lei ao administrador – quando,

na verdade, haveria uma discricionariedade vinculada – Hartmut Maurer e Bandeira de Mello – ou uma discricionariedade parcial – García de Enterría – ou uma não-vinculação – Germana de Oliveira Moraes), olvidando-se de que todo ato administrativo possui “mérito”, possui um conteúdo substancial, alguns podendo ser revistos pelo Judiciário, outros não:

A revisão judicial dos atos administrativos não-vinculados, é certo, não pode ser plena e exaustiva, sob pena de atropelo ao princípio da separação de poderes, sobretudo à independência do Poder Executivo. A problematização se agrava, portanto, quando se procura traçar a densidade, os limites e as conseqüências desta controlabilidade referente à atividade administrativa discricionária, entendida, neste estudo, como aquela decorrente da concretização de normas que atribuem ao administrador pública certa margem de liberdade de decisão, mediante a ponderação valorativa de interesses, com o fim de integrar a norma, quer para valorar e aditar os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); quer para decidir se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); quer para escolher seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou ainda para colmatar o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa)¹⁸³.

Portanto, mesmo estando a Administração jungida ao Direito em termos formais e materiais, ao emitir o ato administrativo ainda estará realizando um juízo de valor à emissão do tal ato. Afirmar ser inexistente a discricionariedade administrativa, mesmo que com fincas no Estado Democrático de Direito e na apreciação dos litígios pelo Poder Judiciário, seria olvidar-se das realidades sociais e da impossibilidade de o Direito expressar, via regras, toda e qualquer possibilidade de ocorrência/fato

¹⁸³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 18.

social. Há, diante disso, a necessidade de se analisar a discricionariedade administrativa, o que se fará a partir de agora.

3.2 A discricionariedade administrativa

Para concretizar o interesse público é exigido uma certa flexibilidade de atuação, dada a morosidade do procedimento de elaboração das leis. Freqüentemente há discricionariedade quando a lei é omissa, quando a lei expressamente a confere à Administração e ainda quando a lei prevê uma determinada competência, mas não prevê a conduta a que se deve ser adotada devido a características diversas acerca de certas situações inusitadas a que o Legislador não pode prever.

..., tem-se que nos atos vinculados e nos conceitos jurídicos indeterminados a lei estreita a atividade administrativa; já que uma única solução é possível nestes, naqueles limita-se a operacionalizar o estatuído em lei. Nos atos discricionários, a parcela de liberdade conferida por lei é maior, motivo pelo qual a moralidade também deve presidir a escolha feita pelo administrador.¹⁸⁴

Diante destas considerações, nota-se da importância do ato administrativo vinculado e do ato administrativo discricionário, de modo a estabelecer pesos e medidas para que não aconteçam abusos por parte

¹⁸⁴ LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração lesivos ao patrimônio Público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. P. 115.

dos agentes no exercício das funções administrativas (vinculado) e ao mesmo tempo, para que os atos não sejam prejudicados nos casos em que a lei silenciar, for omissa ou prever espaço de discricionariedade.

Não obstante, a Administração além de estar jungida à lei, ela também o está aos princípios gerais do Direito para que se estabeleça o equilíbrio entre a liberdade individual e a justiça social pretendida pela Administração como forma de legitimar o Estado de Direito.

Com o aprimoramento do Estado Democrático de Direito e a idéia crescente de controle recíproco entre os poderes, o Poder Judiciário tem realizado importante papel na fiscalização dos atos administrativos sem a pretensão de a ele se substituir¹⁸⁵.

Caso seja conferida por uma norma de direito certa liberdade administrativa, isto não significa sempre a liberdade de escolha entre indiferentes jurídicos, ou até mesmo possibilidade de arbitrariedade. Pelo contrário, trata-se de verdadeiro dever jurídico funcional atento a uma questão de finalidade, de acertar a providência ideal a que seja capaz de atingir a finalidade da lei com exatidão, prestando a satisfação ao interesse coletivo ou de terceiros e não ao do agente.

¹⁸⁵ LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração lesivos ao patrimônio Público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. P. 121.

3.2.1. Poder discricionário da Administração na visão constitucional

O reconhecimento de um certo poder discricionário da administração não é incompatível com o Estado de Direito. Com ele pretende o legislador que a Administração disponha de um espaço de atuação autorizadora de escolhas e decisões responsáveis.

Segundo Canotilho, são reconhecidas às autoridades administrativas dois mecanismos de discricionariedade¹⁸⁶:

a) *um poder discricionário de decisão* – significa que a Administração pode, numa questão, atribuir certos efeitos jurídicos, legalmente previstos mas não prescritos. Exemplo: saber ou decidir, nos termos da lei, se uma manifestação perturba o trânsito.

b) *um poder discricionário de escolha* – ou escolher, dentro de várias medidas legítimas, qual aquela que lhe parece mais adequada, isto é, a melhor solução jurídica e administrativa para um caso concreto. É um poder discricionário que diz respeito aos resultados jurídicos de uma norma.

A discricionariedade pode se manifestar por meio de de um ato administrativo, de uma recusa de um ato administrativo, de um silêncio das entidades públicas, que agindo, podem ultrapassar os limites legais do exercício do poder discricionário.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 681.

Ainda, o exercício do poder pode não se destinar aos fins visados pela lei como desvio do poder discricionário ou utilização viciada. Em todos os casos, o Estado de Direito impõe a sua proibição e a possibilidade de controle do exercício da discricionariedade¹⁸⁷.

A tendência habitual da administração para, a coberto do poder discricionário, violar, mais ou menos, a exigência material da igualdade, conduz a que se considere o princípio de igualdade como irreduzível inimigo da discricionariedade.

Isto é por vezes esquecido quando se considera o princípio da igualdade como igualdade perante a lei e se esquece, afinal, a sua força vinculativa perante a administração. A igualdade imposta pelo princípio do Estado de Direito, constitucionalmente consagrada, é a igualdade perante todos os atos do Poder Público¹⁸⁸.

É neste contexto que se fala hoje do princípio da auto-vinculação da administração. Mesmo nos espaços de exercício discricionário o princípio da igualdade constitucional impõe que, se a Administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros e semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A prática administrativa ou o uso administrativo serão elementos

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 682.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 682.

importantes para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade.

Anote-se, como exemplo, o caso da Administração Municipal que, diante de vários pedidos de servidores públicos para gozarem do benefício de “licença sem vencimentos para tratamento de assuntos particulares”, passa a negar a todos. Entretanto, após várias negativas sob o mesmo fundamento (necessidade pública do servidor em exercício ou, ainda, déficit de servidores), um dos pedidos é deferido. Por mais que o Estatuto dos Servidores conceda à Administração a discricionariedade para deferir ou indeferir o benefício, uma vez que todos os outros pedidos foram negados, por questão de igualdade, o mesmo deveria ocorrer àquele que foi deferido, sob pena de antijuridicidade.

Com muita razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação, isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados¹⁸⁹.

Frise-se que a lei, no Estado de Direito, tem sentido formal – pelo fato de emanar do Poder Legislativo, afora as exceções admitidas pela Constituição – e sentido material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição como um todo, notadamente diante dos princípios por ela eleitos.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 683.

Na mesma linha de raciocínio, ao comentar o preâmbulo constitucional, que deixa claro estarem os representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, instituindo um Estado Democrático baseado em valores supremos como a igualdade, a justiça, a liberdade, a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento, Ferraz Júnior aponta que o respeito ao princípio da segurança já exclui, por si só, tratamento arbitrário, pois tal princípio exige uniformidade e tratamento isonômico¹⁹⁰.

Além da igualdade e da segurança, mister assinalar que, como a Administração está vinculada também ao princípio da legalidade, no Estado de Direito só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa¹⁹¹. É por meio da lei que vão sendo criados novos institutos que fornecem os instrumentos hábeis de que a Administração necessita e a eles resta vinculada.

Como aponta Jorge Miranda, “através da função administrativa realiza-se a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidade coletivas prescritas pela lei, sejam esses interesses da

¹⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. *In: Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia*. São Paulo: Atlas, 1989. P. 30-31.

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 631.

comunidade política como um todo ou interesses com os quais se articulem relevantes interesses sociais diferenciados”¹⁹².

Também, é clássica a distinção entre atos expedidos no exercício de competência vinculada e atos praticados no desempenho de competência discricionária. Haveria uma atuação vinculada quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo, qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento¹⁹³.

Opostamente haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Assim, dizem, a Administração disporia de um poder discricionário¹⁹⁴.

De forma mais sintética, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que a discricionariedade possui uma finalidade bastante simples: “integrar

¹⁹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 251.

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 10.

¹⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 10.

um ato abstrato no que seja necessário, em termos interesse público, para que possa ser executado”¹⁹⁵.

Já se sabe e muito foi dito, o Estado de Direito caracteriza-se em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade e da legitimidade¹⁹⁶. Inicialmente submetido aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público.

A atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sub-legal, infra-legal. No sistema constitucional brasileiro, a relação que se estabelece entre o administrado e a lei é menos cingida do que a relação que se estabelece entre a Administração e a lei. A atividade administrativa é uma atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares.

Esta idéia costuma ser sinteticamente expressa por meio da seguinte expressão: enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não

¹⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 23.

¹⁹⁶ Moreira Neto deixa bastante clara essa vinculação, realizando um questionamento: “ora, se toda e qualquer ação do Estado está *duplamente vinculada* – à legitimidade, que é o interesse público não legislado, e à legalidade, que é o interesse público legislado – como situar-se a discricionariedade?” (**Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 21).

lhe é proibido, estando em vigor o princípio geral da liberdade, a Administração somente pode fazer o que lhe é permitido¹⁹⁷.

Então, a relação existente entre o indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas também uma relação de subsunção¹⁹⁸.

Por esta razão é que o poder discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderia irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Não existe, portanto, um “poder discricionário livre, mas somente um ‘poder discricionário conforme o seu dever’, ou melhor, um poder discricionário juridicamente vinculado”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo:Malheiros, 2006. P. 13.

¹⁹⁸ Não se deseja utilizar o termo “subsunção”, neste caso, ao seu significado proposto pelo Positivismo Jurídico, qual seja, a mera aplicação do Direito ao caso concreto (da lei geral ao caso particular). Emprega-se-o para tratar de uma submissão da Administração ao Direito, de modo mais rígido se comparado com o particular. Parte-se, identicamente, da lei geral ao caso particular, no entanto, amplia-se a concepção de legalidade, esta vista como ligação não apenas à lei *strictu senso*, mas ao Direito como um todo.

¹⁹⁹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. P. 148.

En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión...²⁰⁰

Diante disso, admite-se facilmente os termos discricionariiedade vinculada (Bandeira de Mello e Maurer), ou discricionariiedade parcial (García de Enterría) ou, também, atividade administrativa não vinculada ou não completamente vinculada (Oliveira Moraes), que evidenciam não haver uma discricionariiedade absoluta, mas sim uma margem de liberdade concedida pela lei à Administração, sendo passível de controle judicial.

Comportamento administrativo que careça de tal sustentação, ou que contrarie a lei existente, seria puro e simples arbítrio, abuso intolerável, pois a discricionariiedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas²⁰¹.

O sistema jurídico manifesto por normas propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para todos os

²⁰⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – parte general. Tomo 1. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. X-21.

²⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 73.

agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever*, caracterizando uma função em sentido jurídico²⁰².

A Administração encontrará nas normas reguladoras previamente assinaladas, uma finalidade a ser atingida e que *deve* ser obrigatoriamente atendida, manejando para tanto, poderes indispensáveis à satisfação do interesse público. Pode-se assim afirmar que o Direito Público gira em torno da idéia de *dever* e não de *poder*²⁰³.

Nestes termos, tem-se que a noção de função administrativa pode ser definida como um *dever-poder* – competências – atribuídas a determinados órgãos para concretizar os fins do Estado sendo que, para correlacionar tal noção com a de Estado de Direito, é preciso afirmar que tais fins se encontram previstos na lei, em caráter abstrato, e que a produção de atos administrativos de natureza jurídica complementar, que é a forma de concretização do dever, somente pode se dar de forma circunscrita na lei em complementação dela própria.

É a margem de liberdade conferida pela norma ao Administrador, inerente à idéia de discricionariedade, reconhecida como uma necessidade do Estado de Direito. O legislador, a par de não poder ter uma visão exaustiva de todas as situações que virão ocorrer, ou seja, a impossibilidade material de prevê-las, em certos casos, deixará ao Administrador a possibilidade de, nos limites da lei, atuar segundo

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 688.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 690.

indiquem os padrões de razoabilidade exigidos pela situação que se lhe apresente, já que a atividade da Administração é uma constante atividade de subsunção de conceitos de fatos da vida real a conceitos extraídos de categorias legais.

O legislador, em certas situações, apenas traça limites, já que encontra obstáculo de prever, com a precisão e rigor de detalhes, as condições do agir dos órgãos administrativos.

Todavia, não se perca de vista o fato de que a norma quando atribui a determinado órgão uma função, assim o faz na pressuposição de que será exercida quando, no mundo dos fatos, certa ou certas realidades se verificarem²⁰⁴.

Nestes termos, se qualquer atividade da Administração se encontra delineada pela norma jurídica, a margem de liberdade conferida ao Administrador só pode ser vista dentro dos limites da norma.

Bem analisa a questão Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apontando que pelo princípio da legalidade não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos: “o princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, admitindo maior ou menor rigidez e, em conseqüência, maior ou menor discricionariedade”²⁰⁵.

²⁰⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em direito administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 47.

²⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 59.

A questão reside na definição do que consistiria essa *margem de liberdade* limitada pela lei, já que a grande maioria aceita como indiscutível a afirmação de que discricionariedade só se dá dentro da lei e que a ausência de norma prescritora de uma conduta para a Administração descaracteriza o instituto, transformando-o em arbitrariedade do administrador, noção que não é compatível com o conceito de Estado de Direito.

Bandeira de Mello chega a lecionar no sentido de que a discricção é a prova de que a lei impõe o comportamento ótimo, explicando que “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”²⁰⁶.

Duas posições podem ser chamadas a responder tal indagação:

a) o problema do poder discricionário é problema de interpretação. A norma, ao se referir aos fatos ou condições do mundo real, cujas ocorrências ensejam o exercício da função prescrita, assim o faz em forma de conceitos. No entanto, os fatos referidos nos conceitos podem pertencer a dois mundos distintos: o da realidade e o da sensibilidade.

Os fatos pertencentes ao mundo da realidade são aferíveis pelo auxílio das ciências, sendo que, no confronto entre tais fatos e os

²⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 32.

conceitos normativos (teoréticos), o juízo de pertinência será sempre passível de ser estimado segundo o valor *verdade*. Diferentemente, passa-se com os conceitos pertencentes ao mundo da sensibilidade onde predomina a incerteza. Em tal hipótese, ou seja, quando a norma se vale dessa espécie de conceitos (conceitos práticos – valor e experiência) o juízo de pertinencialidade não mais poderá ser valorado com a mesma categoricidade. Assim, quando a norma se utiliza de conceitos teoréticos, confere ao administrador uma competência vinculada; ao contrário, se se vale de conceitos práticos outorga ao Administrador uma competência discricionária. É na interpretação jurídica do órgão administrativo que, na execução do direito, distinguirá os dois campos diferentes de sua atividade, distinguindo as duas esferas diferentes de conceitos²⁰⁷.

b) de forma diversa, para quem os conceitos de vinculação e discricionariedade estão relacionados, respectivamente, ao fato de a norma prever, exhaustivamente, todas e cada uma das condições de exercício da competência (ausência de qualquer juízo subjetivo), ou, prever apenas algumas das condições de dita competência, remetendo as demais a um juízo estimativo.

A demarcação dos limites de liberdade estimativa que comporte a discricionariedade requer, em primeiro lugar, distinguir-se essa dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Contrariamente da posição anterior, não se pode confundir discricionariedade com conceitos jurídicos

²⁰⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. P. 62-63

indeterminados – conceitos de experiência ou de valor. Tais conceitos, apesar de imprecisos, são sempre susceptíveis de serem determinados. Em outras palavras, a imprecisão ou indeterminação só reside no conceito enquanto conceito, pois as realidades às quais se referem, por serem dados concretos, são responsáveis pela sua determinação no momento da aplicação da norma. A discricionariedade reside em uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas. No exercício da opção entre alternativas igualmente jurídicas utilizará o administrador de critério extra-jurídico, a oportunidade²⁰⁸, não apenas a oportunidade como limite de atuação da discricionariedade, mas também a razoabilidade, a boa fé, a teoria da “discricionariedade zero” e, por óbvio, o “agir sem prejudicar a ninguém”.

Afirmando estar o princípio da razoabilidade positivado no Direito pátrio, notadamente nas Leis número 4.717/65 (art. 2º, parágrafo único, alínea *d*) e 9.784/99 (art. 2º), Di Pietro o explica por meio do antônimo “irrazoabilidade”:

²⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 454.

A irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa... o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto²⁰⁹.

Gordillo aponta a razoabilidade à sustentação fática, junto aos motivos do ato administrativo, consignando que a decisão tomada pelo funcionário será ilegítima, mesmo concorde à norma, quando não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja lograr, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação com o que se deseja²¹⁰.

A razoabilidade e a proporcionalidade estão ligadas a um conceito/critério de agir segundo os ditames da Justiça, entendida esta exatamente nos mesmos moldes de equilíbrio, de proporção, de meio-termo, enfim, apenas no caso concreto é que se poderá analisar se ato administrativo foi, ou não, justo, razoável, proporcional.

Outra limitação à discricionariedade é o agir com boa-fé, ou seja, ainda na linha dos Princípios do Direito, não se admite que a Administração se utilize de má-fé para enganar ou levar a erro um particular. Este tipo de conduta é incompatível com o exercício da função administrativa, até porque foge daquilo que a anima, a busca incessante e

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 201.

²¹⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – parte general. Tomo 1. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. X-21.

incansável do bem comum. Não se obterá tal desiderato agindo contrariamente a este princípio de caráter moral – a boa-fé – positivado na Carta Magna (artigo 37, *caput*).

Paralelamente à boa-fé, pode-se citar o princípio *alterum non laedere*, que significa não prejudicar a ninguém, a menos que exista algum fundamento legal suficiente e razoável, com adequada sustentação fática, que leve a admitir uma exceção ao princípio jurídico geral²¹¹.

Há situações, também, em que o Direito concede margem de discricionariedade à Administração, porém, no caso concreto, vislumbra-se apenas uma única alternativa que permite a obtenção do melhor. Tem-se, nesses casos, a “redução do poder discricionário a zero”, ou “contração do poder discricionário”, ou “discricionariedade zero”.²¹²

Poder discricionário significa que a administração tem a escolha entre modos de conduta diferentes. No caso particular, todavia, a possibilidade de escolha pode se reduzir a *uma* alternativa. Isto é então o caso, quando somente ainda uma decisão é livre no exercício do poder discricionário, todas as outras decisões seriam exercício do poder discricionário vicioso. A autoridade está, então, *obrigada* a “escolher” essa uma decisão ainda permanente a ela...²¹³

García de Enterría aponta três “técnicas” de controle da discricionariedade: a) o controle dos fatos determinantes, ou teoria dos

²¹¹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – parte general. Tomo 1. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. X-25.

²¹² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – parte general. Tomo 1. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. X-17.

²¹³ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. P. 152.

fatos determinantes (considerando que toda atuação administrativa discricionária se baseia em uma realidade de fato, esta funciona como pressuposto fático de interpretação e aplicação da norma jurídica), b) o controle dos conceitos jurídicos indeterminados (afastando a ligação que comumente se faz entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, afirma o administrativista que tais conceitos, na circunstância concreta, ocorrem ou não, no sentido de que ou há boa fé ou não há boa fé no negócio, ou o sujeito é um bom pai de família ou não, ou há utilidade pública ou não há: há uma única solução justa na aplicação do conceito jurídico indeterminado a uma circunstância concreta) e c) o controle pelos princípios gerais do Direito:

Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho...²¹⁴

Afirmando ser necessária uma re-interpretação do princípio da legalidade, não mais limitado à lei, mas englobando o Direito como um todo, Luiz Henrique Cademartori destaca que os princípios assumem uma dupla “missão”, quais sejam, a de compensar as desigualdades que existem entre a Administração e o administrado, bem como a de se

²¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo** – poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974. P. 31 a 43.

apresentar como forma de proteção tendente a impedir as arbitrariedades dos poderes públicos²¹⁵.

Com base nestas lições, há discricionariedade quando a situação em que, da indeterminação legal, seja conceitual, seja pela previsão de múltipla possibilidade oferecida para a conduta administrativa, decorram, em termos concretos, várias alternativas que se constituam indiferentes jurídicos passíveis de sofrerem um juízo de preferência pelo órgão preconizado pela ordem jurídica como o titular da prerrogativa de aplicação dos critérios da boa administração (conveniência e oportunidade). A discricionariedade está “dada quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos”, pois “a lei não liga ao tipo *uma* consequência jurídica (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração... determinar a consequência jurídica, em que lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades”²¹⁶.

²¹⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa** – no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2005. P. 109-110.

²¹⁶ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. P. 143.

3.2.2. *A legalidade e a finalidade como orientação da ação discricionária*

A discricionariedade, sendo a margem de liberdade concedida pelo legislador ao administrador para que, fazendo uma valoração subjetiva, opte pela forma de satisfazer os interesses públicos que lhe parecer melhor, permite ao administrador vislumbrar mais de uma maneira igualmente satisfatória e lícita para alcançar as metas que lhe foram postas.

Na escolha daquela que lhe parecer, no momento, mais conveniente e adequada, reside a discricionariedade. Na hipótese de certa opção de agir configurar-se realmente mais propícia e eficiente que as outras, nem mesmo é cabível falar-se em discricionariedade, devendo o administrador adotá-la obrigatoriamente, haja vista o seu dever de bem administrar²¹⁷.

Evidentemente o poder decisório está confinado a certos limites, pois, do contrário, não passaria de mera arbitrariedade. Não se concebe, em um Estado de Direito, a concessão de poderes irrestritos, haja vista que todos os atos estatais devem estar em consonância com o princípio da legalidade, com o Direito. Assim, no momento da ação discricionária, o Administrador está inexoravelmente vinculado às amarras postas pela norma que a permitiu.

²¹⁷ LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 252

A importância de se fixarem os limites da discricionariedade reside no fato de ser questão essencial para a averiguação da oportunidade do controle judicial sobre a atuação da Administração Pública.

Comportando-se em obediência àqueles, descabe a interferência judicial, sob pena de invadir área privativa da Administração Pública. Porém, uma vez extrapolando-os, há necessidade de o Poder Judiciário ser chamado à correção da ação administrativa ilegal.

No passado, a opinião corrente da jurisprudência e da doutrina administrativa, somente seria possível ao Poder Judiciário, no pertinente aos atos discricionários, verificar a obediência aos aspectos formalísticos, sendo-lhe vedado adentrar ao seu mérito, ou seja, a avaliação a respeito da oportunidade e da conveniência. Entendia-se que qualquer decisão tomada pelo administrador estaria devidamente referendada pela lei²¹⁸.

Atenuava-se o Poder Judiciário quando se afirmava que sua função judicial seria limitada apenas ao controle das formalidades. Esquecia-se que o Estado e o Direito, no estágio de Estado Democrático de Direito, exigia do Poder Judiciário uma postura *ativa*, uma nova posição diante dos eventos sociais e do atuar administrativo.

Já dito, necessita-se atualmente de uma nova concepção não apenas do Poder Judiciário, mas do Direito como um todo, no sentido de que se lhe conceda uma visão substancial, “voltada a resultados e à busca

²¹⁸ LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 253.

da eficiência”, em nome de uma “legalidade finalística”, empedernindo um “dever funcional de proporcionar resultados”²¹⁹. Com isso, as possibilidades de controle judicial dos atos administrativos mostram-se não apenas possível, mas apta a conduzir a Administração à obtenção de resultados.

Hodiernamente, tem-se debatido a possibilidade de que o Poder Judiciário se embrenhe no mérito (ou na análise do *demérito*) dos atos administrativos, verificando-os com base na principiologia, mormente o caso da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

Esta última, a finalidade, no entanto, engloba todos os demais princípios informativos. É que o Direito, como técnica de controle social, no aspecto de organização da vontade do Estado, descreve sempre a finalidade da lei e esta deverá ser atingida com a observação da razoabilidade e proporcionalidade exigível ao agir administrativo.

Em rigor, a análise meritória somente se inicia quando o Administrador tem diante de si várias alternativas igualmente satisfatórias, lícitas, razoáveis e proporcionais. No entanto, necessário, em todos os casos, o atendimento à finalidade do Direito, da norma. É que a finalidade aponta para valores e as palavras, ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a

²¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 145 e 168.

conceitos plurissignificativos, ou vagos, também chamados de fluidos ou indeterminados, e não unissignificativos²²⁰.

Veja-se, *exempli gratia*, que valores ‘segurança pública’, ‘moralidade pública’, ‘higiene pública’, ‘salubridade pública’, ou simplesmente ‘interesse público’, comportam, realmente, intelecções não necessariamente uniformes, pois, como as realidades para as quais apontam são suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis, ensancham opiniões divergentes sobre o fato de haverem ou não chegado a se configurar.²²¹

A discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito por meio de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos.

Pode residir no comando da norma quando nele se concede ao Administrador certa margem de liberdade para decidir se pratica, ou não, dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas.

Finalmente pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a intelecção dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor, e se os valores não são

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 19.

²²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 19.

unissignificativos, a fluidez da finalidade refluí sobre o pressuposto de fato²²².

Se a lei disser, figure-se, que deverão ser expulsas da praia, a bem da moralidade pública, as pessoas que estejam trajando vestes de banho indecorosas, o pressuposto deste comando (hipótese da norma), impositivo da obrigação de expulsar, seria estar trajando uma veste pouco decorosa. Este seria o pressuposto de fato: a veste ser pouco decorosa. A finalidade seria a defesa da moralidade pública²²³.

O pressuposto é fluido porque a noção de veste pouco decorosa, sobre variável no tempo e no espaço pode ensejar dúvidas. Mas em rigor, se bem se atentar, poderá se perceber que a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si mesmo, mas “residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso”²²⁴.

Com relação à fluidez de alguns conceitos, seria impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Existe um limite além do qual nunca será possível a terceiros de verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião,

²²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 21.

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 20.

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 20.

mas não podem pretender que somente eles estejam com a verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa²²⁵.

Se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o Direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade com o Direito.

Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, em concreto, o Direito lhe facultava. Desta forma, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de Direito e não de procedimentos que lhe sejam conformes.

Tem-se que considerar então, que um conceito, por mais vago que seja, possui alguma delimitação, a qual deve ser percebida pelo administrador. A verdade é que não se trata de inexistirem fronteiras nos conceitos práticos, mas de elas serem de difícil percepção.

Quando, diante do conceito indeterminado fornecido pela norma legal, o administrador deve nele identificar um núcleo mínimo de certeza, terá condições de saber quais as situações que se enquadram ou não no conceito. Havendo incerteza, inicia-se a discricionariedade. É neste ponto, na necessidade de exteriorização dos motivos e finalidades do ato

²²⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. P. 31.

administrativo, que os princípios constitucionais da publicidade e da motivação das decisões administrativas viabiliza o controle judicial²²⁶, ainda em termos de emissão do ato. A emissão da vontade da administração, via motivos/motivação do ato, permitirá verificar se, com o ato em si, a administração obteve a finalidade do ato a que se dedicou a fazer.

Um fato que os administradores costumam ignorar é que essa zona intermediária, na qual podem atuar discricionariamente, não é tão extensa quanto eles pensam. Por meio de um processo interpretativo, empregando informações referentes ao conceito, extraídos de outros segmentos do ordenamento jurídico, e, por razão lógica, verificando qual a significação mais usual da expressão, o administrador pode chegar bem próximo do verdadeiro sentido do termo impreciso²²⁷.

A vagueza desse termo impreciso, portanto, reduz-se sensivelmente. Se o Administrador não pode fugir ao “espírito da lei”, o que certamente acontece quando há o desvirtuamento de um conceito legal, o Poder Judiciário tem legitimidade para verificar se aquele se apegou a uma significação pacífica ou, ao menos, plausível, já que pode, em caso de dúvidas, fazer uma opção discricionária. Justamente “...nos atos discricionários deve existir uma motivação suficiente das razões que

²²⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 107.

²²⁷ LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariiedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 259.

tenham determinado à Administração a eleger a solução concreta e a preferi-la às demais possíveis”²²⁸.

O Estado-Juiz fará este trabalho recorrendo ao mesmo processo interpretativo que o administrador se utiliza para diminuir a vagueza do conceito. O Juiz contará com subsídios para saber como o administrador movimentou-se na zona de certeza/incerteza. Nesse caso, tudo será plenamente lícito. Por outro lado, constatando que houve extrapolação, sua intervenção é obrigatória, visto estar se processando uma ilegalidade/antijuridicidade²²⁹.

Se o administrador, maliciosamente, aproveitando-se do fato de estar prevista a finalidade em termos vagos, pretenda ele, utilizar sua competência de forma indevida, desvirtuando aquela, ou mesmo dela se afastando totalmente, ocorrerá o chamado desvio de poder. Este consiste no uso de competência para atingir a finalidade diversa da legal.

Nesta linha de efetiva busca e concretização da finalidade do ato administrativo, já se está a tratar dos resultados do referido ato, ou seja, desloca-se o ponto de controle da emissão da vontade do administrador (ao motivar os “porquês” do ato e os fins que persegue com sua edição) e se passa a analisar o resultado efetivo do ato. Quer-se dizer que a materialização do ato administrativo deve estar plenamente concorde com os motivos e finalidades que lhe deram causa.

²²⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004. P. 108.

²²⁹ LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 259.

Controlar o resultado do ato administrativo é passar do plano formal ao plano material, pois já se está analisando o ato administrativo realizado e não mais a realizar (quando está no plano ainda da publicidade). Aqui, a “obra já está pronta” e se necessita verificar se dita obra/ação está obtendo os resultados a que se propôs.

... com a administração de resultado, se trata de ampliar o enfoque de controle de juridicidade, que ultrapassa os clássicos controles políticos de legalidade, instituídos nos processos da democracia representativa, assim como os tradicionais controles jurídicos de legalidade... para compreender um amplo controle jurídico de legitimidade...²³⁰

Moreira Neto enfatiza que no “Estado pós-moderno”, referindo-se ao Estado Democrático de Direito (o Estado de Direito nomina de “Estado moderno”), Estado Constitucional ou, ainda, ao Estado contemporâneo, o princípio da eficiência toma nova feição, pois a função administrativa do Estado passa a ter uma “vocação de bem servir”. Nesta fase de evolução e amadurecimento do Estado, eficiência significa “a efetiva produção dos resultados visados na escolha político-administrativa e, desse modo, cabalmente exaurida a finalidade do ato, contrato ou processo em que tal escolha veio a ser decidida”²³¹.

Portanto, o atuar do Estado encontra-se baseado em um Direito previsto, em seus contornos mais importantes, na Constituição Federal,

²³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 178.

²³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 179 e 185.

donde há de obedecer aos contornos da legalidade (formal), com o mote de satisfazer à legitimidade (substância) “da pretensão juspolítica garantida que têm as pessoas à eficiência; em síntese – a uma *boa administração*”²³².

3.2.3. *Discricionariedade e a busca da melhor solução*

Quando a norma jurídica vinculadamente estabelece um único comportamento perante situação definida em termos objetivos, ninguém duvida que se deseja um comportamento ótimo e que foi considerado possível pré-definir a conduta qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs a tutelar²³³.

Aqui a grande inovação do pensamento de Bandeira de Mello, no qual se distingue e muito da teoria administrativista adotada hodiernamente, mas que de tão lúcida, conforma e exige seguimento. Pergunta ele: “quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da

²³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 185.

²³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 32.

imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade?”²³⁴

A discricção é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo, a melhor escolha. A finalidade da lei deverá ser cumprida em qualquer caso, sendo exigido do administrador que encontre o melhor, o ótimo caminho a legitimar sua opção.

Em primeiro lugar, isso é postulado por uma idéia simplíssima. Não teria sentido, diz Bandeira de Mello, que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas.

É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, de escolha, que a conduta do administrador atenda excelentemente à perfeição, à finalidade que a animou.

Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionarietà, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.²³⁵

²³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionarietà e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 32.

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionarietà e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 33.

Se a lei regula vinculadamente a conduta administrativa, está com isto declarando saber qual o comportamento único que atenderá com exatidão, nos casos concretos, ao interesse público por ela almejado. Daí que pré-selecionou o ato a ser praticado e o fez obrigatório, excluindo qualquer interferência do administrador na apreciação dos fatos deflagradores da aplicação da norma e qualquer avaliação quanto à providência mais adequada para atender a finalidade legal.

Uma vez que, no comum dos casos de discricionariedade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma²³⁶.

Daí a outorga da discricionariedade para que o Administrador, que é quem se defronta com os casos concretos, pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.

É certo que a lei não assume indiferença quanto ao advento, nos vários casos concretos, ora de soluções ótimas, ora de soluções sofríveis ou mesmo ruins, pois, se assim fosse, haveria sido redigida em termos de vinculação absoluta. Se não prefigurou vinculação foi exatamente porque

²³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 42.

não se satisfaz com isto e não aceita senão a providência que lhe atenda excelentemente os objetivos²³⁷.

Exatamente porque a norma legal indica uma solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter multifário dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador, que é quem se confronta com a realidade dos fatos, certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.

Assim, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente e não a providência sofrível e

²³⁷ Figurem-se duas hipóteses de normas. Uma, que dissesse: terão direito a internamento gratuito nos hospitais públicos os doentes que ganharem apenas um salário mínimo. Seria uma forma possível de criar, para a administração, o dever de internamento gratuito de certas pessoas enfermas que recorressem aos hospitais públicos. Neste caso não haveria discricção nenhuma. Apresentar-se-ia o indivíduo que estivesse doente, comprovar-se-ia o fato por exame de natureza técnica e o paciente demonstraria perceber apenas um salário mínimo. Haveria vinculação no comando da norma e haveria vinculação também, com relação ao pressuposto: ganhar tanto. Seria uma possível maneira de regular tal assunto. Mas a lei poderia dispor sobre esse mesmo tema da seguinte forma: terão internamento gratuito nos hospitais públicos as pessoas doentes que forem “pobres”. Neste caso, o pressuposto para obter internamento gratuito seria a pobreza, não estando fixada por uma quantificação objetiva (um salário mínimo) a caracterização do pressuposto normativo. Verifique-se o que poderia ocorrer em uma e em outra hipótese dentre estas duas maneiras de regular a mesma matéria. Se a lei dispusesse que teriam direito a internamento gratuito apenas os que ganhassem até um salário mínimo, resulta, evidentemente, que careceriam de tal direito os que percebessem acima deste limite. Poderia ocorrer que se apresentassem, na mesma ocasião, dois indivíduos: um, cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legalmente estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido o internamento e ao segundo, como é natural, conceder-se-ia tal benefício. Agora, imagine-se que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. E suponha-se que este segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais ricos e morasse com eles. Se a lei estabelecesse em termos vinculados, fixando por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora da lei teria sido atendida? Evidentemente não. Então, se a lei houvesse estabelecido que terão direito a internamento gratuito as pessoas “pobres” (conceito vago), por que ela o faria nestes termos? Pura e simplesmente porque pretenderia garantir o perfeito atendimento de sua finalidade. Ela poderia dispor de outra maneira, porém, se o fizesse, em muitos casos, quiçá, na maioria deles, a finalidade da lei seria plenamente atendida, mas, em vários outros seria desatendida.

eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.

Por esta razão que se deve entender que a finalidade legal quer-se precisamente atendida tanto nos casos de vinculação quanto nos casos de discricção, se é impositivo concluir que a existência da discricção funciona exatamente como prova demonstrativa de que a lei só admite a solução ótima. Tem-se assim, que chegar a uma conclusão da qual não há como fugir: a conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, não é aquela pretendida pelo Direito. Se não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e, portanto, praticou um ato inválido.

Discricção administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta.

Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois

isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade²³⁸.

3.2.4. Discricionariedade e o dever da boa administração

Partindo-se da idéia de que existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral, porque a norma somente quer a solução excelente, ótima, se não for esta adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que ensejaria a correção judicial, dado que terá havido um vício.

Não há que se confundir com exame de mérito do ato administrativo. Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada²³⁹.

A Administração Pública tem o dever de ser gerenciada de forma efetiva e instrumental. A própria Constituição estabeleceu como princípio

²³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 37.

²³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 38.

a eficiência, corolário da efetividade e instrumentalidade. Por isto que há dever de boa administração.

Este dever somente poderá ser atingido se houver lucidez dos administradores no sentido de se cooptar todas as forças para o cumprimento da finalidade da lei, informado por todos os princípios jurídicos que aportam eficiência à obtenção do interesse social, do interesse de todos.

O princípio republicano, derivado da *res publica*, ou coisa pública, de todos, do povo, é aquele que estabelece a obrigatoriedade da boa administração.

Todas as disposições a respeito da coisa pública pertencem ao povo, dono que poderá dispor sobre o seu destino e dizer, quando e em que finalidades ela pode ser aplicada²⁴⁰.

No regime que se adota, os representantes do povo, portadores de mandato por ele outorgado, na forma institucional, decidem, de modo inaugural, genérico e abstrato, o que os órgãos do Estado haverão de fazer. Para tanto, fixam diretrizes gerais, ou traçam regras mais precisas. E o fazem de modo quase absoluto, somente presos à vontade constituinte, expressa na Carta Fundamental. Daí o especial significado que assume o princípio da legalidade, como expressão primeira da representatividade.

²⁴⁰ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 180.

Na sua conformidade, toda ação estatal subordina-se à lei e desta depende. Toda ação pública tem por base e limite a lei. Esta contém as decisões inaugurais, inovadoras e básicas do Estado.

A União Européia, por meio de sua Carta dos Direitos Fundamentais, publicado no Jornal Oficial em 14 de dezembro de 2007, traz em seu artigo 41º o “direito a uma boa administração”. Nas “Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais”, elaboradas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, embora não tenham em si força de lei, constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Ao abordar o conteúdo do artigo 41º, as “Anotações” apontam ser a “boa administração” um princípio geral de direito consagrado pela jurisprudência, indicando diversos acórdãos dos Tribunais da Comunidade.

Juarez Freitas, seguindo esta orientação advinda da Comunidade Européia, publicou obra integralmente dedicada ao estudo da “boa administração pública” como limite da discricionariedade administrativa e a conseqüente sindicabilidade judicial do ato administrativo diante de tal novo princípio.

Já esclarece ser crucial o “fim da discricionariedade sem controle”, pugnando pelo aprofundamento considerável da sindicabilidade

judicial, tratando a discricção administrativa como “discricionariiedade legítima”.

Para Freitas, o “Estado da discricionariiedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o *protagonismo da sociedade amadurecida* e do agente público que defenda a dignidade de todos”²⁴¹, bem como consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, sendo esta considerada:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.²⁴²

Evidencia Freitas que as formalidades legais devem ser observadas, entretanto, perquire com maior importância a substancialidade do Direito, ou seja, o conteúdo expresso pelo Direito que deve servir como alvo a ser atingido pelo atuar do Estado, da Administração Pública. Com isso, não poderia ser diferente o conceito de discricionariiedade administrativa, com vistas à legitimidade:

²⁴¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 19.

²⁴² FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 20.

... pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública²⁴³.

Freitas define, inclusive, na sua nova perspectiva de avaliar o Direito Público, o ato administrativo “legítimo como a declaração de vontade da administração pública *lato sensu*... com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, em harmonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz”²⁴⁴.

Ao tecer tal comentário, deixou claro que o ato administrativo possui uma natureza formal e, ao mesmo tempo, substancial, contenciosística. E o conteúdo deste ato administrativo, seja ele absolutamente vinculado ou discricionário, é a meta de “melhor atuação”. Mesmo diante da discricionariedade administrativa, o mote é a implementação das inovações, “rumo à eficácia e à eficiência”²⁴⁵.

Dos elementos dos atos administrativos, destaca Freitas que o Poder Judiciário deve controlar as motivações do ato a fim de verificar a compatibilidade deste ato com os princípios que inspiram e animam o atuar administrativo, em especial os princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade. Deve o administrador apresentar motivação suficiente e

²⁴³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 22.

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 25-26.

²⁴⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 29.

aceitável para sua escolha, sendo que a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam o ato, em especial, o discricionário²⁴⁶.

Para fugir de maiores debates – de natureza juspositivista – Freitas propõe que o Poder Judiciário, inapto a adentrar ao *mérito* do ato administrativo e, sendo o mérito, não diretamente controlável, realize o controle do *demérito* do ato, ou seja, a antijuridicidade do mesmo, considerando a intensidade de subordinação à legalidade (os atos vinculados encontram-se intensamente condicionados aos requisitos estabelecidos pelo Direito, enquanto os atos discricionários permitem ao administrador sua prática por meio de “juízos de conveniência ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa”)²⁴⁷.

Afirmando não poderem ser confundidos atos discricionários com atos arbitrários, ainda na lição de Freitas,

... o desafio fecundo e rico consiste em tornar visível o efeito vinculante não-determinista, mas determinável, do direito fundamental à boa administração pública e, simultaneamente, considerar a discricionariedade como não inteiramente descontínua e sem limites. O elo entre ambos os aspectos dos atos administrativos (discricionariedade e vinculação) reside na obrigatória referência ao direito fundamental em apreço²⁴⁸.

²⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 30/33.

²⁴⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 32.

²⁴⁸ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 40.

Chega-se, portanto, ao conceito de “direito fundamental à boa administração”:

O direito fundamental à boa administração pública vincula, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. Assim, a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem²⁴⁹.

Moreira Neto, como não poderia escapar aos seus olhos, também tratou do princípio da boa administração, colocando-o na esfera da moralidade administrativa. Para ele, a boa administração pública é um “imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude”²⁵⁰.

Como o administrativista Moreira Neto realiza todo um trabalho na tentativa de informar que o pólo de tensão e de controle judicial do ato administrativo, perpassa da emissão da vontade da Administração à perquirição do atingimento da finalidade que o ato administrativo se propôs a atingir (controle de resultados), resulta que a ele a “boa administração” ocorre somente quando “o agente da administração

²⁴⁹ FREITAS, Juarez. **Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 41.

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 72.

pública atende ao interesse público específico, seja de modo absoluto, seja pelo modo grosseiro ou precário de fazê-lo”²⁵¹.

Observe-se que o juiz não estará julgando a intenção do agente. Se ela era boa ou má, isso é juridicamente irrelevante para anular um ato da Administração Pública. O que importa é, objetivamente, o seu direcionamento finalístico. Se, ao confrontá-lo com o interesse público específico, que deveria ser satisfeito, o juiz concluir que o ato foi, considerados os limites do razoável, legalmente inadequado, deverá anulá-lo, pois a ordem jurídica repudia o uso do Poder estatal quando não se justifique finalisticamente²⁵².

O agir conforme o princípio da boa administração pública requer, leciona Moreira Neto, que o bom administrador satisfaça seu “dever moral interno”, analisando as relações entre motivo, objeto e finalidade do ato administrativo, ou do contrato administrativo, com olhos no resultado objetivamente obtido.

Tanto o administrador, quanto o controlador do ato jurídico (o Poder Judiciário), encontram-se “finalisticamente orientados pelos princípios constitucionais”²⁵³, devendo apresentar explícita justificação/motivação para possibilitar o controle finalístico do ato, como

²⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 73.

²⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 73.

²⁵³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 43.

dito, até porque “dar razões é um dos fundamentos da boa administração”²⁵⁴.

Neste contexto se encontra, sistematicamente, o dever da boa administração, já que balizadas, demarcadas, contidas e pautadas todas as prerrogativas e direitos atingíveis pela ação estatal.

A finalidade da lei, lembre-se sempre, no seu critério geral, ou seja, a proteção do interesse da sociedade, será sempre o norte seguro do intérprete. Não apenas a lei em seu sentido estrito, mas o Direito em todo seu complexo, ligada a atividade hermenêutica, notadamente, nos princípios jurídicos que passaram a integrar o Direito positivo.

²⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 48/56.

4 O CONTROLE JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO

O Direito e o Estado têm passado, nas últimas décadas, por consideráveis alterações em suas estruturas e características, fruto de novos traços sociais.

Com efeito, as soberanias estatais não mais possuem a força que detinham no Século XIX; a sociedade excedeu distâncias terrestres, coexistindo em proximidades nunca dantes vistas; valores e princípios deixaram de ser exclusivos à moral, à ética, à justiça, e se agregaram ao Direito, em seu todo; o Direito deixou de ser do Estado, com atributos meramente organizatórios e passou a ser um transformador da sociedade e do próprio Estado.

Este pluralismo vivenciado encontrou guarida nas Constituições, que obtiveram *status* de possibilitar soluções e coexistência desta sociedade pluralista e democrática. Os textos constitucionais integraram os valores exigidos pela sociedade hodierna, mostrando-se cada vez mais substancialistas por meio dos princípios.

A superação do Estado de Direito legislativo ao Estado Constitucional trouxe importantes conseqüências ao Direito e ao próprio Estado, até porque Teoria do Direito e Teoria do Estado vivem intimamente relacionadas.

O Direito, em um primeiro momento confundido com a lei e com a justiça, ganhou maior independência a partir do momento em que se reaproximou dos valores éticos e morais que o animaram por séculos e que restaram afastados devido ao Positivismo Jurídico.

A liberdade da sociedade, a luta por reformas sociais, a igualdade perante a lei, o reconhecimento dos direitos fundamentais individuais, o rigor da aplicação do Direito, o exigir da Administração Pública o “agir ótimo”, enfim, estes e vários outros valores passaram a integrar os textos constitucionais por uma nova técnica legislativa, como dito, pela utilização dos chamados princípios.

As insuficiências da regra na realização do Direito trazem à tona, então, uma importante discussão sobre a normatividade dos princípios, tendo-se assim, uma ampla discussão acerca de sua aplicação. A aplicação dos princípios remete a duas discussões importantes: a relação entre Direito e moral e como se dá a interpretação/aplicação do Direito.

Com relação à aplicação dos princípios tem-se notado a ocorrência de duas posturas: aqueles que partem de um método para garantir a sua correção normativa e aqueles que afirmam a discricionariedade judicial quando da sua aplicação. A hermenêutica filosófica denuncia os equívocos das duas posturas²⁵⁵.

²⁵⁵ Destaca Paolo Grossi que o intérprete/aplicador do Direito foi visto como um sujeito vinculado à inteligência do conteúdo de vontade encontrável no texto. A hermenêutica é uma “renovação metodológica que tende a superar os cânones da hermenêutica clássica, tentando tomar a relação entre um texto e o seu intérprete, individualizando a marca autêntica de todo processo interpretativo... o texto não é auto-suficiente, mas sim incompleto e não acabado...”. Prossegue elogiando a perspicácia de Gadamer que “quis olhar a fundo o interior do universo jurídico onde, desde sempre, o problema central está na relação entre regra e vida e no papel da interpretação/aplicação para traduzir em vida

Os princípios vêm sendo cada vez mais valorizados e sua aplicação têm se mostrado eficiente como forma de enfrentamento do Positivismo Jurídico. Contudo, não é pacífico o entendimento sobre a relação dos princípios e regras, havendo posturas que entendem os princípios como importantes apenas no suprimento das insuficiências da regras, o que representa uma limitação ao caráter normativo dos princípios, os quais expressam o Direito para além dos Códigos.

Perceber os princípios apenas com a função de suprir as insuficiências da regra não parece o melhor, pois os princípios revelam uma normatividade transcendente à regra, pois ela não representa a totalidade do Direito.

Em razão da importância dos princípios, surge o questionamento acerca da sua aplicação. A hermenêutica filosófica faz a crítica ao uso de métodos para aplicação do Direito, em razão da verdade acontecer de maneira diversa a uma descoberta, feita por meio de um método²⁵⁶. É possível estabelecer uma relação entre o pensamento de Dworkin, que entende o Direito como integridade, a ser expressa narrativamente e a hermenêutica filosófica para a qual a compreensão é um modo de ser-no-

a regra” (GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Ricardo Marcelo Fonseca (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 96-98.

²⁵⁶ Ernildo Stein realiza importante esclarecimento acerca da relação que há entre objeto e método à hermenêutica filosófica: “... método e objeto vão se corrigindo constantemente na medida em que os objetos do universo filosófico e do universo das ciências humanas são objetos altamente fluidos, altamente imprecisos na sua verificação. De tal maneira eles nos convocam, que nós somos obrigados a readaptar o método e redescrever constantemente o objeto. Atrás disso está uma espécie de circularidade. Sempre dispomos de um método provisório para chegar ao objeto. Mas na medida em que vamos desenvolvendo o objeto, podemos ir corrigindo nosso método...” (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. P. 58).

mundo, sendo que a verdade não é produto de um método, nem a interpretação se realiza por partes.

No tocante à Administração Pública, tem-se insistido que o controle do agir administrativo não mais se limita à análise da vontade do administrador, mas, acima de tudo, ao resultado obtido pelo atuar administrativo. Para tanto, já se abordaram o princípio da legalidade, o princípio da melhor solução, o princípio da boa administração, enfim, a palavra *princípio* surgiu reiteradamente ao longo do texto, de modo que parece ser útil enfatizar sua importância, já que o controle judicial do ato administrativo passa pelo estudo dos princípios que regem – ou devem reger – o agir da Administração.

4.1 Os princípios jurídicos: a nova posituação do Direito²⁵⁷

Crê-se que a utilização dos princípios no Direito se deve a uma forma especial de legislar absorpta pelo Estado Democrático de Direito e pelas suas Constituições.

No Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), assim como na maioria dos países da Europa continental, o Direito estava desvinculado

²⁵⁷ Gustavo Zagrebelsky, em sua obra “El derecho dúctil”, nomina um de seus títulos de “O Direito por Princípios”, com a finalidade de explanar a inclusão de valores éticos, morais, políticos, dentre outros, no Direito positivo. Sua inclusão neste estudo é fruto do estímulo gerado pela dúvida acerca da aplicação dos princípios e suas utilizações pelo Direito, principalmente com o objetivo de (tentar) clarear sua importância e possibilitar seu adequado uso, notadamente quanto à Administração Pública.

de qualquer referência a valores éticos e a conteúdos políticos²⁵⁸, principalmente porque não havia a concepção da constituição como norma principal, como norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico. Isso conduziu o Direito a ser entendido como um conjunto de regras distantes de qualquer valor ético e moral.

A partir do momento em que se hierarquizou o ordenamento jurídico, passando a Constituição a ocupar lugar de destaque, a forma adotada em escrever as constituições foi a de incluir em seu texto não mais simples regras como feito até então. Era necessário se utilizar de um novo método, de algo, de uma fórmula que exprimisse valores que haviam sido afastados do Direito devido ao Positivismo Jurídico.

Nos Estados Unidos e no continente europeu, embora com modalidades diferenciadas e em tempos diversos, prevalece o modelo de uma Constituição escrita e de um explícito catálogo de direitos fundamentais tendencialmente “universais”. (...). E toma corpo uma tendência a hierarquizar o ordenamento jurídico, de modo que submeta a lei ordinária ao primado da Constituição e, portanto, enrijeça princípios e regras constitucionais. Essa tendência se desenvolve no decorrer do Século XX, dando vida, principalmente graças à obra de Hans Kelsen, a um verdadeiro e próprio controle judiciário de constitucionalidade sobre a legislação ordinária, ...²⁵⁹

Pode-se dizer que o Positivismo Jurídico não admitia a existência de princípios no texto de lei, tendo em vista que os princípios estão imersos e submetidos a valores e que as normas jurídicas em termos

²⁵⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. *In: O estado de direito* – história, teoria, crítica. Pietro Costa e Danilo Zolo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 14.

²⁵⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. *In: O estado de direito* – história, teoria, crítica. Pietro Costa e Danilo Zolo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 29-30.

positivistas não admitem “fórmulas vagas” ou qualquer referência/aspiração ético-política²⁶⁰.

O direito por regras do Estado de Direito do Século XIX é algo bastante distinto desta fórmula de escrever o Direito utilizada no Estado Democrático/constitucional, fruto inclusive do novo papel que o próprio Direito – e o Poder Judiciário – assumiu nessa concepção estatal.

Os princípios constitucionais deram abertura aos direitos humanos e aos grandes princípios da justiça, o que vem a reforçar a importância que os textos constitucionais obtiveram com o passar dos tempos, notadamente no que diz respeito à realidade, à faticidade.

A hermenêutica filosófica defende que o Direito somente pode se fazer na *faticidade*, no caso concreto. O mesmo ocorre com os princípios: seu significado não pode determinar-se em abstrato, somente em casos concretos. E isto se aplica clara e largamente no atuar e no controlar os atos emitidos pela Administração Pública, não apenas no que diz respeito às formalidades do ato, mas principalmente na análise finalística dele, no resultado obtido.

²⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 110/112.

La concepción del derecho <por principios> tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo. No se trata en absoluto de asignar a lo <fáctico> una prioridad sobre lo <normativo>, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo²⁶¹.

Para Alexy, os princípios não se aplicam integralmente em todas as situações, sendo eles “mandados de otimização” a serem aplicados na medida do possível. Assim, sua realização tem diferença em relação às normas, já que estas se esgotariam em si mesmas.

Na resolução dos conflitos entre princípios, Alexy afirma a precedência de um princípio sobre o outro. O conflito de princípios se resolve pela força de cada um, enquanto que o conflito de regras pela validade. O peso dos princípios em conflito será aferido pelo procedimento da ponderação, no qual serão expostas as razões de preferência de um princípio, justificando-se, assim, a precedência de um princípio sobre outro. O processo de ponderação se daria “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”²⁶².

²⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. P. 122.

²⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. P. 161.

Esta tarefa de hierarquizar princípios só é possível diante de um caso concreto, sendo que a ponderação implica no conflito entre princípios. Assim, “a satisfação de um princípio se dá sempre às custas de outro”²⁶³. A ponderação dos princípios implica a existência de uma regra segundo a qual em toda situação em que os fatos forem exatamente os mesmos, prevalecerá sempre um único e mesmo princípio. Desta maneira tem-se “como resultado de toda ponderação jus-fundamental correta, pode se formular uma norma de direito fundamental adstrita, com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso”²⁶⁴.

O problema é saber quando dois casos são iguais, se possível esta igualdade. Resta saber ainda, como se forma esta regra, pois não fica claro no pensamento de Alexy como se dá a formação deste método que permite hierarquizar os princípios e estabelecer o procedimento que determine sua aplicação.

A posição de Alexy sobre os princípios é criticada por Habermas, tendo em vista que ela tende a aniquilar a busca pela Justiça, ao estabelecer um método que prioriza a segurança jurídica. A grande preocupação de Alexy é com a formação de regras para a aplicação dos princípios.

Na tentativa de estabelecer a aplicação dos princípios, em seu caráter deontológico, Alexy, segundo Habermas, recai justamente na visão

²⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. P. 98.

²⁶⁴ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: **Revista de informação legislativa**. N. 143, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1999. P. 195.

que almejava combater: “ao tentar resolver o problema dos conflitos entre princípios, Alexy adota um procedimento típico da axiologia. Ainda que alegando que a precedência de um princípio seja condicionada pelo caso concreto”²⁶⁵.

Ao tentar estabelecer uma aplicação gradual aos princípios, afirmando que eles apresentam razões apenas primárias, sendo que a sua definição final se daria pela regra, Alexy acaba por retirar a força normativa dos princípios, pois, ao aplicá-los gradualmente, hierarquizando-os, eles deixam de ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas e as mesmas não são dadas de forma hierarquizada; o dever de cumprimento de uma não é maior que de outra. As normas se dão de forma binária, (cumprimento/ descumprimento), não de forma gradual²⁶⁶.

Habermas refuta a hierarquização dos princípios, bem como a idéia de que a partir de um confronto entre princípios, pode-se construir uma regra que valha para todos os casos iguais. De outra maneira eles devem ser aplicados nos

²⁶⁵ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *In: Revista de informação legislativa*. N. 143, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1999. P. 195.

²⁶⁶ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *In: Revista de informação legislativa*. N. 143, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1999. P. 196.

limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por estas circunstâncias. Antes, eles funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos próprios princípios jurídicos²⁶⁷.

Em Habermas, a forma de aplicação do Direito se dá pela sua teoria da ação comunicativa, por meio da criação de uma comunidade ideal de fala, na qual há liberdade de expressão, ausência de coerção, veracidade e ausência de privilégios. Desta maneira poderá construir uma resposta correta pela obtenção de um consenso, dando-se validade às normas por meio da aplicação do princípio do discurso, que traz implícito o princípio da universalização²⁶⁸.

Já Dworkin trata dos princípios na aplicação do Direito sob uma outra perspectiva, não tendo eles como elementos sujeitos à discricionariedade, mas ao contrário, como fatores a expressar a integridade do Direito, negando-a. Este conceito está ligado ao sentido moral e político que o Direito deve possuir, já que existe uma normatividade anterior à regra.

Para se compreender a solução do conflito de princípios como a concebe Dworkin, deve-se ter em mente o conceito de Direito que ele apresenta, o qual, segundo este autor, é inerente às sociedades caracterizadas pelo pluralismo. O Direito não se exaure em nenhum catálogo de regras ou princípios, restritos a uma determinada área; o

²⁶⁷ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *In: Revista de informação legislativa*. N. 143, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1999. P. 204.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2001. P. 91-117.

império do Direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva voltada para a política. Por isso, deve levar em conta os compromissos públicos da sociedade, bem como, as exigências destes compromissos em novas circunstâncias. Ele deve remeter estas situações ao passado, em razão de expressar garantias para um futuro melhor, sendo a expressão de um projeto comum, mesmo em sociedades plurais²⁶⁹.

Dworkin diferencia princípios de regras pelo fato das regras serem aplicáveis por completo. Trata-se de um “tudo ou nada”. Desde que os pressupostos dos fatos aos quais a regra se refira se verifiquem em uma situação concreta, e sendo ela válida, ela será aplicada em qualquer caso. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente, quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Para Dworkin as regras não comportam exceções, as quais cabem quando dos princípios. Uma outra diferenciação é com relação às características dos princípios de se aplicarem levando em conta a sua importância. O conflito entre princípios se resolve pela sobreposição de um ao outro.

A compreensão dos princípios de Dworkin tem recebido críticas, mas é de grande importância, porque ao contrário da maioria das posturas interpretativas, Dworkin não vê os princípios como elementos que possibilitam a discricionariedade, ao contrário, eles a impedem.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 13.

A decisão correta para Dworkin pode ser alcançada pela invocação de dois tipos argumentos: de orientação política e de princípios. Para Dworkin, um princípio é um modelo que deve ser observado, não porque ele avançará ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade.

Ronald Dworkin tece as principais críticas à existência da discricionariedade judicial, inaugurando assim um grande debate com Hart acerca deste tema, afirmando que o juiz não tem nenhum poder de criação, deve aplicar o Direito levando em conta não somente o texto da lei, mas também os seus aspectos fundantes, transcendentais a ela. Para Dworkin o Direito possui uma dimensão anterior à lei, esta dimensão é fundada na moral.

Dworkin afasta a discricionariedade judicial a partir da moral. Aponta para uma interpretação integrativa, de modo que o espaço de criação será suplantado pelo conjunto de princípios adotados pela comunidade política, havendo sempre uma resposta correta dada pela moralidade política. Dworkin assemelha a interpretação à literatura, pois “assim como na interpretação literária, é pela expressão cultural que se faz possível avaliar a moralidade política”²⁷⁰. Dworkin compara a atividade de interpretação dos “casos difíceis”, em que a regra traz ambivalência, com a continuação de um romance, no qual o juiz assume a escrita do ponto no qual o autor parou. Desse modo, ele não pode elaborar a história

²⁷⁰ TORRENS, Haradja. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. P. 87.

a seu modo, deve ser fiel ao texto já escrito. Há ainda, o papel dos críticos e a escola literária ao qual o autor originário pertence, o julgador deve ser fiel ao “nexo de continuidade que possibilita o entendimento”²⁷¹.

À escolha administrativa também se aplicam as lições apresentadas, pois o Administrador deverá tomar sua decisão, via ato administrativo, considerando não apenas a lei, mas o conjunto jurídico como um todo, buscando a satisfação do interesse público com um resultado favorável.

A comparação da aplicação do Direito com a literatura feita por Dworkin, torna a atuação interpretativa do juiz não autônoma, nem vinculada exclusivamente à lei, mas com o **conjunto de elementos constituintes da obra jurídica**. A aplicação do Direito deve ser fiel ao todo do qual a lei é uma parte: “a interpretação deve manter a identidade da obra de arte, não a transformando em algo diferente, isto remete à sensibilidade do intérprete em relação à coerência e unidade da obra de arte, ou seja, a uma teoria estética”²⁷².

A atividade judicial quando considera o conjunto de convicções que formam o Direito, os seus princípios e o conjunto das construções políticas, não cria o Direito, mas o expressa em um caso difícil. O juiz dá

²⁷¹ TORRENS, Haradja. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004. P. 36.

²⁷² CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. *In*: Rocha, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. P. 174.

continuidade ao conjunto de instituições que formam o Direito, ajustando-se as linhas gerais do texto²⁷³.

A bem da verdade, não apenas ao juiz é dirigida esta assertiva, mas ao administrador público identicamente, pois cabe a ele “dar vida” à norma jurídica, contemplando suas finalidades, sem, contudo, escapar dos limites por ela traçados, sob pena de cometer ato arbitrário. A norma jurídica, em sede de princípio da legalidade, deve ser vista não estritamente ligada à lei, mas ao Direito, ao ordenamento jurídico como um todo.

Dworkin elabora uma teoria da interpretação integrativa. O Direito, para ele, deve ser compreendido como um todo composto por regras e por princípios, devendo possuir uma justificação moral. Os princípios trazem, para realização do Direito, a moral política da comunidade que o formulou, dessa forma sempre existe uma resposta correta, não havendo espaço para discricionariedade.

Para desempenhar desta maneira a aplicação do Direito, superando sua complexidade, Dworkin cria a figura do “juiz Hércules”, capaz de desenvolver este processo de interpretação, levando em conta os princípios e considerando a moral sedimentada no seio da comunidade, encontrando a resposta correta. Dando-se assim a sua função:

²⁷³ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. *In*: Rocha, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. P. 176.

O Direito como integridade pede aos juízes que assumam este ideal protestante de que o direito é estruturado sobre um coerente conjunto de princípios relativos à justiça, à equidade, obrigando o seu cumprimento. Estes princípios serão buscados na prática jurídica no conjunto de decisões políticas coletivas que os juízes interpretam para que, eles próprios, cheguem a uma decisão que, ao mesmo tempo, se ajuste e justifique tais práticas. No contexto da história política da sociedade, a decisão do juiz será um capítulo complementar que, naquele momento, a torna a melhor história possível; melhor no sentido do ponto de vista da moralidade política²⁷⁴.

Dworkin apresenta uma série de argumentos contra a discricionariedade. Dentre eles a sua insustentabilidade num Estado Democrático, pois segundo este autor, ela permite que o juiz assuma o lugar do legislador. Assim “o exercício de poderes legislativos por parte dos juízes e funcionários designados por vias diferentes da eleição popular, desvirtua o princípio democrático e significa uma ocupação do âmbito de competência de outros poderes públicos”²⁷⁵.

Não é adequado que os juízes fundamentem sua decisão de maneira livre nos casos difíceis: é necessário que fundem suas decisões em argumentos decorrentes de princípios. Suas razões não devem ser de conveniência pessoal, senão de consistência jurídica e moral²⁷⁶. Na análise de Dworkin, o Direito é um sistema de regras e princípios: os princípios trazem com eles um conjunto amplo de ideais políticos que a sociedade deseja alcançar, estando fundado na moral pública:

²⁷⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. *In*: Rocha, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. P. 174.

²⁷⁵ RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000. P. 76.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 78.

Dentro do modelo de princípios, o juiz está comprometido com o ideal político da integridade. Seu dever fundamental é estabelecer que decisão está ordenada pela aplicação consistente das regras, os princípios e as decisões judiciais existentes na prática jurídica de sua comunidade. Quando das alternativas de solução encaixem em igual grau nesta prática, deve escolher a que está mais bem justificadas a luz das convicções morais e políticas subjacentes às normas e instituições da comunidade²⁷⁷.

Dworkin critica a interpretação proposta por Hart, em virtude de que, além das regras, o Direito é composto por princípios. Dessa forma inaugura o debate acerca da fundamentação moral do Direito e de como se dá a interpretação jurídica.

Para Dworkin os princípios funcionam de maneira diferente das regras, ditam resultados menos precisos que estas, são igualmente obrigatórios e por isso devem ser levados em conta por qualquer juiz ou intérprete nos casos pertinentes. Por esta razão, um dos pilares positivistas é falso, os juízes nos casos difíceis, não têm discricionariedade para criar Direito; pelo contrário, devem aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico.

Finalmente, a tese positivista das lacunas fica sem sustento: ainda que não existam regras aplicáveis ao caso concreto, sempre existirão princípios que o sejam e, em conseqüência, uma das partes em um litígio terá Direito de fazer o juiz reconhecer em sua sentença, que esses princípios lhe dão razão²⁷⁸.

²⁷⁷ RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000. P. 80.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 196.

Hart rebate as críticas e afirma que os princípios não podem trazer uma resposta correta, fazendo dura crítica aos teóricos americanos defensores de tal possibilidade, criticando também os realistas que expandem excessivamente a discricionariedade. Na réplica que Hart faz a Dworkin, sustenta que a discricionariedade judicial não se expande a ponto do juiz assumir a função de legislador. A função de legislar possui uma liberdade irrestrita, o poder de criação se dá apenas nos interstícios da lei, por meio de um raciocínio consciencioso sem arbitrariedade²⁷⁹.

Não é descartada a possibilidade de, no âmbito do seu poder discricionário, o juiz pautar sua decisão com base nos princípios, contudo isto não é compulsório. Fundamentar sua decisão tendo por base os princípios é uma opção do juiz²⁸⁰. Hart não admite a tese da utilização dos princípios como forma de se chegar, em todos os casos, a uma decisão correta,

Mas embora este processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apóiam analogias concorrentes, e um juiz terá freqüentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado²⁸¹.

²⁷⁹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. P. 336.

²⁸⁰ HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. P. 337/338.

²⁸¹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. P. 338.

A aplicação dos princípios é considerada por muitos como um momento propício para a discricionariedade, a qual estaria presente na aplicação de todas as regras, mas se daria de maneira mais forte na aplicação dos princípios devido ao seu caráter genérico, pleno de conteúdos a serem preenchidos. Alexy e Habermas, na tentativa de negá-la, criam uma série de métodos que acabam por dificultar a realização do Direito, à medida em que a utilização de métodos dá um caráter limitado a esta atividade, o que é denunciado pela Hermenêutica filosófica.

O fato de que os textos legais, como toda linguagem, não estarem presos à vontade que os emitiu, nem portam uma essência a ser revelada, ou ainda a chamada “abertura dos textos normativos do Direito”, são características inerentes à linguagem, a qual se liberta do seu emissor e não está atrelada a um objeto. Esta característica no Direito permite a ele permanecer a serviço da realidade, contudo ela não significa subversão ao texto, na forma de uma desvinculação total com o seu sentido de base, dado pela tradição.

A hermenêutica filosófica como proposta capaz de descrever o processo de aplicação do Direito, não pode ser compreendida como uma autorização do decisionismo, por isso nega a discricionariedade. Nesta linha esclarece Lênio Luiz Streck:

A afirmação de que “o intérprete sempre atribui sentido (sinngabung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentido de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação seja uma tradução arbitrária²⁸².

A diferença ontológica entre texto e norma, numa relação de independência entre os dois, não significa de modo algum, a liberdade do intérprete em pôr no texto o sentido que lhe convém. A diferença ontológica não significa que a interpretação seja um ato de vontade.

Tão perigoso quanto as construções normativistas que apostavam na completude da regra, é entender a vontade do intérprete como determinante da aplicação jurídica, deixando o Direito refém dos elementos que constroem a subjetividade do juiz, afinal “a vontade e o conhecimento do intérprete não podem levar a possibilidade de que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, “se queres dizer algo sobre o texto, deixe que o texto te diga algo”²⁸³.

Com relação ao tema da discricionariedade judicial, tomando-se por referência uma aplicação do texto constitucional com base na hermenêutica filosófica, nega-se a sua existência, tendo-se ainda que a realização dos princípios não propicia a desvinculação do intérprete em

²⁸² STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Constituição, hermenêutica e sistemas**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Unisinos 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 167.

²⁸³ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos, ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*. **Anuário do Programa de Pós- Graduação em Direito** – Unisinos 2003. São Leopoldo: Unisinos, 2004. P. 260.

relação ao Direito no conjunto, pois se aplica o Direito e não o texto²⁸⁴. Para tanto se pode afirmar para cada caso existe apenas uma solução condizente com a Constituição, como bem assinala Streck:

Assim, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada - espécie de resposta hermeneuticamente correta - a partir do exame de cada caso. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada a cada problema jurídico. Hermenêutica é aplicação. Portanto, aquilo que se denomina de “colisão de princípios”, por exemplo, só pode ser solucionado em face de um dado caso concreto. Princípios não colidem abstratamente. Princípios não colidem no ar. Não há respostas a priori, ex-surjam de procedimentos (método, meta-critérios ou fórmulas de resolução de conflitos).

Como não interpretamos por partes - porque não compreendemos por etapas - o problema hermenêutico é filosófico e não um problema procedimental. Não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe a norma (o sentido). Ou seja, como o ato de interpretar - que é sempre compreensivo - é unitário, o texto não está - e não nos parece desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um simples resultado manipulável pelo intérprete.

Mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas forma pela qual o subjetivismo procurou controlar o “processo” de interpretação. Daí a importância dada ao método, supremo momento da subjetividade assujeitadora. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer “regra epistemológica” ou método que fundamente esse sentido. A compreensão de algo como algo simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico e não epistemológico²⁸⁵.

Afirmar a discricionariedade é recair no pensamento positivista, o qual via o Direito tendo a regra como centro e fundamento. Quando da

²⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 65.

²⁸⁵ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Constituição, hermenêutica e sistemas**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Unisinos 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 175.

insuficiência desta, tem-se aí apenas um ato de vontade do aplicador. Contra esta perspectiva, a única saída é uma outra compreensão do Direito, não orientado apenas pela regra, mas também pelos princípios, os quais se aplicam orientados pelo conjunto de pressupostos dados pela tradição, não sendo eles espaço para qualquer nominalismo ou decisionismo. É sabido que, como aponta Menelick Carvalho Neto, “a sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto é fundamental”²⁸⁶, contudo a aplicação do Direito não pode depender exclusivamente dela, pois no caso de falta desta sensibilidade, o prejuízo à sociedade seria muito grande. Assim, o reconhecimento do círculo hermenêutico orientado pela tradição impede que o Direito dependa exclusivamente da sensibilidade do julgador.

Os princípios revelam a percepção do Direito como um conjunto normativo coeso, anterior e superior à regra. Assim, os princípios não são referências vazias, mas expressam conteúdos políticos transcendententes à lei e se pautam pelo conjunto normativo dado pela tradição. Consolida-se o Direito como produto da trajetória cultural. Assim, a sua fundamentação e conteúdo devem ser buscados, não em uma comunidade ideal de fala (como propõe Habermas), mas na comunidade real, levando em conta a sua construção histórica.

Desta forma, os princípios não podem ser vistos como algo vazio a ser preenchido de diversas maneiras, conforme varia o intérprete, ou o

²⁸⁶ GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *In: Revista de informação legislativa*. N. 143, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1999. P. 204.

método usado, mas sim como um elemento com conteúdo dado pela tradição, presente em todos os elementos de nossa cultura. No caso brasileiro, determinado constitucionalmente.

Os princípios são importantes na aplicação do Direito, pois eles trazem a normatividade desta para além da regra. Desta forma dão uma importante contribuição para a superação do positivismo. A tarefa hermenêutica de sua aplicação revela a importância da manutenção da coesão (integração) do Direito, a qual não se resume na aplicação de uma regra ou de um princípio, de forma estanque.

A hermenêutica jurídica se além à realização do Direito, não de regras jurídicas isoladas²⁸⁷. Nesta tarefa o reconhecimento da normatividade dos princípios tem uma importante função na realização do Direito, aqui entendido como um conjunto normativo não reduzido aos códigos, dada a dimensão integrativa que eles possuem, tendo-os como forma de combater a idolatria da norma proposta pelo positivismo.

4.2 Substancialismo versus procedimentalismo

A busca pela implementação do Estado Democrático de Direito, com o aprofundamento das propostas igualitárias e transformadoras do Estado Social, exige um rompimento da concepção institucional moldada

²⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 152.

pelo Estado Liberal. As novas gerações de direitos humanos assumem o caráter comunitário, almejando um conjunto de prerrogativas inclusivas às classes sociais em busca de emancipação. Dentre as novas gerações de direitos humanos, destaca-se ainda, a proteção ao patrimônio comum da humanidade, configurando-se assim, uma teoria de regulações pautadas por uma orientação coletiva da sociedade, em contraposição a uma tendência individualista manifestadamente liberal.

Este conjunto de mudanças vem afetar a forma como se opera o Direito, pela jurisdição, à medida que é encarregada da implementação prática do conjunto de interesses sociais, exigindo-se dela a capacidade de atuar em prol dos interesses inerentes à concepção de Estado constitucionalmente adotada. Impõe-se assim discutir o papel da atividade judicial na construção de uma ordem democrática, considerando a amplitude das relações sociais para com a Administração Pública.

A atividade judiciária tem um papel importante na consolidação da democracia moderna. A própria noção de Estado moderno, por meio da Separação de Poderes, cujo objetivo era justamente o seu melhor funcionamento, evitando a corrosão e a tirania, tem como um de seus sustentáculos o desempenho de uma atividade judicial independente por meio do Poder Judiciário.

A jurisdição possui uma atividade fundamental numa época em que tantos direitos necessitam de afirmação, haja vista o caráter progressivo de alguns textos legais (especialmente a Constituição) e que contrastam com a característica excludente dos processos econômicos,

nos quais ainda prepondera a lei do mais forte. Somem-se a isso as questões relativas ao meio ambiente e a qualidade de vida. Desta forma, o sentido democrático da jurisdição se transforma na medida em que ocorre um acréscimo a sua função de pugnar pela liberdade do cidadão ante ao Estado, passando agora também a exigir do Estado meios para a promoção da cidadania²⁸⁸.

A atividade de atribuir direito a alguém, ou impor sanções, tem no tempo corrente uma série de implicações novas, impensadas ao período em que se desenvolveu a repartição dos poderes, pois, orientada pelo pensamento liberal, sua função era dirimir conflitos individuais e garantir a liberdade do cidadão frente ao Estado.

A questão da democracia no atuar judicial, implica necessariamente em uma nova compreensão, capaz de alcançar o seu sentido contemporâneo. O “descomprometimento” político da atividade judicial perde espaço justamente à medida que grandes questões sociais, econômicas e políticas são trazidas à baila. Deste modo, a neutralidade²⁸⁹ referida como um valor fundamental, revela-se apenas um referencial

²⁸⁸ Esta transformação é típica da mudança que ocorre com a transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo Malheiros, 2003).

²⁸⁹ O fato político determinante da idéia de neutralidade pode ser situado na Revolução Francesa. A Assembléia determinou que os juizes (magistratura do rei) não poderiam verificar a legalidade dos atos revolucionários. Com isto, isolava-se o Judiciário da arena política. Todavia, o Brasil jamais chegou a conhecer uma revolução liberal, de modo que nunca se discutiram explicitamente as raízes políticas deste postulado de neutralidade. Criou-se, pouco a pouco, um sentimento difuso de que os juizes são funcionários especiais do Estado, mas não são membros de seu poder político. A existência de tribunais superiores, capazes de reformar decisões e agir disciplinarmente sobre os juizes de primeira instância, também dá oportunidade a pensar que só eles, tribunais superiores, são efetivamente órgãos não políticos do poder do Estado (FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo Lima. Pela democratização do judiciário. In: **Direito e justiça** – a função social do Judiciário. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Ática, 1989).

ideológico destinado a sustentar a manutenção do *status quo* político e, sendo absolutamente inadequada já que “a postura indiferente do juiz-espectador não condiz com o estado social moderno, que é intervencionista por definição constitucional e que não quer conformar-se como os resultados emergentes só da iniciativa privada”²⁹⁰.

No plano da divisão de poderes, o Judiciário não compreende a sua inserção no Estado e atua por meio de ações descompassadas com a forma de Estado atualmente adotada. Com relação à divisão de poderes, a atitude do Judiciário que mais o tem identificado é a sua submissão ao Executivo, seguindo a tradição de submissão ao Rei, chegando a submeter-se até mesmo aos atos de força²⁹¹. Outro aspecto ameaçador da divisão de poderes é o fato do Executivo “engolir” o Legislativo, legislando ele próprio por medidas provisórias, comumente usadas indiscriminadamente.

A atualidade da sociedade em massa apresenta-se uma série de questões que, ainda não enfrentadas adequadamente pela atuação administrativa/processual/judicial convencional, emergem no universo jurídico contemporâneo um conjunto de interesses transindividuais e uma premência de nova maneira de enfrentá-los, desafiando o tradicional modelo de Direito, de Estado e de jurisdição.

²⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1989. P. 116.

²⁹¹ FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo Lima. Pela democratização do judiciário. In: **Direito e justiça** – a função social do Judiciário. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Ática, 1989. P. 124 e ss.

A jurisdição nasce orientada pela perspectiva liberal-individualista, havendo assim uma íntima relação entre o modelo de Estado e o sistema político liberal. A formação dos ideais do liberalismo trouxe a preocupação com a restrição dos Poderes do Estado em função da valorização do indivíduo, com as garantias individuais e levou a valorização atômica do indivíduo ficando a sociedade em segundo plano.

O liberalismo econômico, por sua vez, seguiu priorizando a livre iniciativa como propulsora da economia, devendo as instituições jurídico-políticas assegurar esta liberdade de produção econômica e garantir os bens auferidos pelo cidadão.

Uma das rupturas importantes do Estado liberal em relação ao absolutismo é o princípio da legalidade que permeia as instituições e seus atos. Este princípio tem uma função primordial para assegurar a liberdade do indivíduo. Contudo, este princípio nasce com uma preocupação eminentemente econômica da burguesia, que não quer ver seu patrimônio econômico ameaçado por possíveis desmandos de um soberano. Junto com o princípio da legalidade vem uma estrutura legal que preserva a propriedade. O direito à liberdade e à propriedade individual andam sempre lado a lado no liberalismo. Para o liberalismo a propriedade é a melhor forma de garantir a liberdade. Este conjunto de elementos limita o Estado pelo Direito.

No âmbito das instituições o liberalismo forjou a divisão de poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) com funções claras e

estanques²⁹², operando uma inversão na compreensão da estrutura social (até então a sociedade era mais importante que o indivíduo, passou a sociedade a ser entendida como uma maneira de permitir a existência do indivíduo)²⁹³.

No âmbito da divisão de poderes proposta pelo Estado, a jurisdição foi criada com a função de dizer o Direito, aplicar o conteúdo legal do Estado. Na perspectiva do liberalismo, esta função seria de resolver os conflitos individuais entre os cidadãos, conflitos que se dariam, em geral, entre um indivíduo contra outro, ou de um indivíduo contra a sociedade. Tal disputa versaria, via de regra, sobre o interesse individual. Deste modo:

²⁹² Diferentemente do estado absolutista, o Estado Liberal caracterizou-se pela subordinação total ao Direito, exigindo que sua atuação seja nos exatos limites do poder conferido pela lei. O ordenamento jurídico revelou-se um limitador da ação estatal, ao mesmo tempo em que se apresentou como um conjunto de garantias oponíveis ao Estado. Mas não se tratava de em Estado que se basta em qualquer legalidade, sendo necessária uma legalidade que, além de limitar o Poder do Estado, seja capaz de garantir um conjunto de direitos individuais que não podem ser usurpados nem mesmo pela ação estatal, direitos e garantia que representam o próprio projeto liberal assumido pelo Estado. Além de subordinar o Estado à lei sendo – princípio da legalidade – e de garantir um rol de direitos individuais, o Estado Liberal estabelece a separação entre os Poderes como mecanismo capaz de garantir a liberdade pelo equilíbrio político e pela negação de um poder onipotente. No entanto, ao organizar o poder político de forma tripartite, o Estado Liberal privilegiou e apostou na capacidade de a razão legislativa determinar, de maneira segura, os rumos da sociedade. O receio e a desconfiança que imperavam sobre o Estado, visto de forma negativa pela sociedade civil, conduz a uma predominância do Poder Legislativo sobre os demais Poderes, porquanto representa no Estado Liberal o espaço institucional conduzido pelos representantes populares (LUCAS, Douglas. Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **O estado e suas crises**. José Luiz Bolzan de Moraes (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 176-177).

²⁹³ O Estado Liberal possui as seguintes características: A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de Democracia semi-direta-referendum e plebiscito, etc., bem como para a imposição de um controle de constitucionalidade. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como estado mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais** – o direito e o estado na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996, p. 70-71).

A jurisdição do período liberal preocupava-se exclusivamente com a solução dos litígios individuais, uma vez que o direito deveria consubstanciar-se num instrumento institucional estável, capaz de responder de forma segura e previsível apenas sobre o núcleo jurídico central do estado liberal, que era constituído justamente pelos direitos individuais. Isso não quer dizer que o estado liberal não tenha enfrentado problemas sociais de natureza coletiva, mas apenas que o projeto estatal liberal não considerou jurídicos tais problemas, principalmente porque também não os considerava como problemas políticos do próprio Estado. A nota principal deste estado Liberal de direitos apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos cidadãos frente à eventual ação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua ação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas a sua atuação positiva²⁹⁴.

Tal proposta se faz insuficiente a medida que as transformações ocorridas na cultura política levaram a consolidação de uma nova proposta de Estado. As mudanças do Estado Liberal em Estado Social e por fim, em Estado Democrático de Direito, foi alterando o núcleo jurídico do Estado.

Na versão mais aprimorada do Estado Social, o Estado Democrático de Direito, as transformações são ainda maiores com relação à jurisdição, já que esta deve passar a atuar de maneira ativa, uma vez que este Estado propõe uma reestruturação política que visa à transformação social, pautando a sociedade pela igualdade e pelo acesso universal aos bens necessários à dignidade humana.

Como o Estado, por seu Poder Executivo, pela Administração Pública, tende a se omitir diante de tal realidade social e jurídica

²⁹⁴ LUCAS, Douglas. Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **Estado e suas crises**. José Luiz Bolzan de Moraes (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 178.

(principalmente diante das promessas constitucionais), apenas o Poder Judiciário pode atuar no sentido de concretizar tais ditames.

No horizonte proposto pela política e pela conotação atual do Estado, a jurisdição assume uma nova perspectiva: as demandas possuem outro caráter, não mais individualista,

É trazido para o judiciário uma situação inusitada, e paradoxal na medida em que a compreensão dos conflitos, sob a égide do direito liberal individualista, conduz a uma reiterada produção de decisões em descompasso com as expectativas sociais coletivas que se formam no processo de aplicação da lei pelo judiciário-acentuado, gradativamente, a esclerose funcional de suas atividades- a necessidade de legalização de novos conflitos e os movimentos sociais, os leva a fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias política de reconhecimento institucional de direitos²⁹⁵.

Os tribunais são invadidos por demandas sociais; ocorre o fenômeno denominado de “judicialização da política”, já que a implementação de direitos dados à coletividade são buscados junto ao Judiciário²⁹⁶.

A adequação da jurisdição aos os novos cenários em que ela se desenvolve implica, em uma nova postura dos juristas, que não podem

²⁹⁵ LUCAS, Douglas. Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **O Estado e suas crises**. José Luiz Bolzan de Moraes (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 181.

²⁹⁶ No Brasil, as dificuldades de implementação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados transformaram o Poder Judiciário em espaço de reivindicação, obrigando-o a tratar de questões que num passado recente seriam objeto da ação política exclusiva dos demais Poderes. A distância entre as expectativas constitucionais e a realidade social conduziu a uma nova modalidade de investida política à sociedade civil, sustentada no direito e travada no campo institucionalizado dos tribunais. O Poder Judiciário passa a representar para a sociedade civil um poder interventivo, um poder ativo na realização das promessas constitucionais e na afirmação da democracia. Chega ao Judiciário questões que o sistema representativo não consegue resolver (LUCAS, Douglas. Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **O Estado e suas crises**. José Luiz Bolzan de Moraes (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 185).

agir de maneira irrefletida, vendo o novo por velhas lentes. Contudo, tem-se percebido que o operador do Direito não compreendeu ainda a complexidade da atual situação. A jurisdição não pode ficar alheia às questões relativas à justiça social, trabalhando num mundo abstratamente igual, tendo por natural às injustiças do mundo real, “os juristas em geral, os processualistas particularmente, tem de trabalhar nesse mundo, com suas carências, suas expectativas, lamentações e esperanças. Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranqüilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos”²⁹⁷.

É necessário romper com o paradigma liberal de jurisdição para que possa encarar de maneira mais apropriada os desafios da atualidade. O liberalismo compreendia a defesa do cidadão de maneira atomizada, por uma visão absolutamente individualista.

A dimensão que o constitucionalismo assume, leva à indagação sobre os limites da atividade judicial: poderia o Judiciário exercer atividade criativa, sem que houvesse a politização (in)desejada deste órgão estatal, no exercício de competências legislativas? Respeito à separação de poderes e à concretização dos direitos fundamentais... Afinal, qual o papel do julgador no Estado Constitucional Democrático de Direito? Bem disse Streck, “sem pretender reduzir a discussão a uma polarização a duas posições ou teses, mas correndo (e assumindo) o risco de assim fazer, é

²⁹⁷ SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 316-317.

possível assentar o problema a partir de dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo”²⁹⁸.

Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, L. H. Tribe, M. J. Perry, H. H. Wellington, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato e o próprio Lênio Streck.

Sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora Habermas reconheça a importância da tarefa política da legislação, como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação através da qual releva ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito²⁹⁹.

²⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 40.

²⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 155.

Na teoria do discurso sustentada por Habermas, a lógica da divisão de Poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes pelo Executivo. A lógica da divisão de Poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo³⁰⁰.

Habermas critica a juridificação própria do modelo de Estado Social, chamando-a de “colonização do mundo da vida”. Em face disso, propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas sim, em uma “nação de cidadãos”³⁰¹.

Propõe que “o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se proteger um processo de criação democrática do Direito”. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, devendo zelar pela garantia de que

³⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 157.

³⁰¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 158-159.

a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução³⁰².

Antonie Garapon e J. H. Ely, adeptos à teoria procedimentalista, fazem duras críticas à invasão da sociedade pelo Judiciário, “sustentando que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais”³⁰³.

Numa compreensão procedimentalista, o julgador, ao desempenhar a atividade judicial, deve ser guiado pela função de protetor do processo de criação democrática representativa do Direito; perquirir-se se para a elaboração da norma houve respeito ao procedimento estatuído na Lei Maior e à competência do órgão da qual emana, não fazendo qualquer abordagem conteudística do Direito. É um demasiado apego à forma, em detrimento ao conteúdo. Não admite, portanto, uma interpretação jurídica dirigida por princípios, como se encontra em Dworkin.

Para Habermas, dissipam-se as desigualdades social, política e econômica dos grupos e assegura-se a formação democrática da opinião e da vontade, não se recorrendo a valores substantivos.

Streck ratifica que o “Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico e exige a rediscussão do papel destinado ao

³⁰² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 159-160.

³⁰³ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 160.

Poder Judiciário, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição”:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais³⁰⁴.

Há nas Constituições atuais, dentre as quais a brasileira, de um lado os direitos fundamentais elencados, cláusulas pétreas em nosso ordenamento, e, de outro lado, sua inefetividade, resultando na inegável condição de marginalização da minoria. Passa-se à compreensão substancialista. Nesta, a democracia vai além do respeito às “regras do jogo”.

Sustentando a tese substancialista, Mauro Cappelletti argumenta que os Tribunais podem, por meio da interpretação criativa, dar importante contribuição à “representatividade geral do sistema”³⁰⁵. No processo judicial (judicial process) ocorre, na lição do jurista italiano, uma inclusão dos grupos minoritários no debate político social. Vocalizam-se

³⁰⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 147-148.

³⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 99.

as expectativas e direitos dos grupos marginais que, na arena legislativa, são inaptos a demonstrar grande força política (*political process*)³⁰⁶.

Cappelletti destaca, em contra-argumento à afirmação de inexistência de uma adstrição procedimental para a elaboração da norma fora das vias legislativas, que no Judiciário encontram-se rígidos procedimentos a serem seguidos, procedimentos judiciais que envolvem desde a inércia do órgão, que só pode vir a se pronunciar sobre um caso trazido pelas partes à julgamento, até os limites processuais e as amplas garantias ao contraditório e à defesa, dispensando-se tratamento igualitário aos indivíduos.

Afirmando entender a essencialidade do “sentimento de participação” no governo democrático, ressalta que nos casos de grupos minoritários há a quase inacessibilidade aos legisladores e seus aparelhos burocráticos. O “sentimento de participação”, neste caso, seria melhor suprido pela faculdade de iniciar o processo judicial e determinar o seu conteúdo³⁰⁷.

Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função judicial não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária³⁰⁸.

³⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 99.

³⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 100.

³⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 101-102.

Na mesma senda da tese substancialista, Ferrajoli deixa claro de que a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais traz, inexoravelmente, a dimensão substancial da democracia: na Constituição encontram-se mais do que normas de organização dos Poderes a gizar “quem” e “como” decidir no cenário político, mas normas substantivas, direitos e garantias fundamentais, a acenar para o que se pode e o que não se pode decidir nem mesmo por maioria, e o que se deve e não se deve decidir ainda que contra a vontade desta mesma maioria³⁰⁹.

A relação entre o direito e política se inverte na visão de Ferrajoli: é a política o instrumental para a garantia dos direitos fundamentais e dos princípios axiológicos postos pela Constituição, subordinada, portanto, a vínculos negativos, como os direitos à liberdade que não pode ser violada, e positivos, os direitos sociais, que também exigem concretização.

Analisando-se do Estado de Democrático e o Estado de Direito, ao jurista é possível sistematizar as bases conceituais e metodológicas do chamado “garantismo jurídico”, destacando a existência de três acepções do termo:

³⁰⁹ TEIXEIRA, Liliam Cristina de Souza. O papel do juiz no estado democrático de direito – por uma perspectiva garantista no julgamento do caso da interrupção da gestação do conceito anencefálico submetido à jurisdição constitucional. *In: Revista de Direito Público*. Londrina: UEL, 2002. P. 13.

... numa primeira, designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito... Esse modelo permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais... grau de efetividade da norma constitucional.

... em sua segunda acepção, “garantismo” designa uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas... A abordagem teórica neste caso permite estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas)...

... o “garantismo” designa também uma *filosofia do direito e crítica da política*, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência.³¹⁰

Propondo uma releitura do conceito de democracia no âmbito do Estado de Direito, Ferrajoli harmoniza a democracia procedimental ou formal, respaldada no princípio da maioria, com a democracia substancial, que giza pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive àqueles atinentes às minorias marginalizadas. Neste sentido, o Estado de Direito equivaleria à democracia, tutelando, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos.

Para o modelo garantista de Ferrajoli, nem mesmo as lacunas jurídicas, violação do ordenamento por meio de ato omissivo do Poder Legislativo, que aflige principalmente o Estado de Direito Social com seus direitos fundamentais positivos a serem efetivados, justificam a passividade do julgador³¹¹.

³¹⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 76-77/155.

³¹¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 164-166.

... concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais... Nesse sentido, é possível dizer que o garantismo proposto por Ferajoli se aproxima desse contexto, pelo valor que estabelece à Constituição, entendida em seu todo principiológico...³¹²

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais, surgindo o Judiciário como uma alternativa para os resgates da promessa da modernidade, adotando uma postura “intervencionista substancialista”³¹³, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, com o deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais³¹⁴.

É necessário, claro, que mecanismos de controle e publicidade sejam estabelecidos, para que os juízes não se transformem em burocratas distantes, e não sejam aceitas as decisões incongruentes com a ordem constitucional estabelecida, permitindo-se a atuação judiciária ser democrática e sensível às aspirações sociais³¹⁵.

³¹² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 180.

³¹³ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 185.

³¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 148.

³¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 100-101.

Com relação às possibilidades de desvios de função, ocasionando excessos por parte dos julgadores, os quais passariam a desvirtuar o sentido democrático das instituições, vindo a ocupar a tarefa legislativa, Cappelletti aponta uma saída muito lúcida:

Certamente, também os juízes podem se transformar em burocratas distantes e isolados do seu tempo e da sociedade, mas quando isto ocorre, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controles recíprocos. Em particular, a norma inaceitável, judicialmente criada, pode ser corrigida ou ab-rogada mediante um ato legislativo e, no limite, até por meio de uma revisão constitucional. De outra face, exatamente na natureza do processo judicial é que os juízes podem encontrar o antídoto mais formidável contra o perigo de perderem contato com a comunidade. Também quando chamados a decidir disputas de amplo significado político-social – como ocorre amiúde, especialmente no campo da justiça constitucional e nos litígios envolvendo categorias de pessoas e interesses públicos – a sua função, enquanto não degenera, permanece sempre a de decidir *cases and controversies*, portanto controvérsias não abstratas mas que lhes são levadas por membros interessados da comunidade, ou por alguns destes. Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função judicial não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes³¹⁶.

A reflexão apresentada por Cappelletti parece muito pertinente, pois uma democracia sólida depende do funcionamento satisfatório de todas as instituições, as quais funcionam evocando a complementariedade, na qual sua harmonia se dá por mútua fiscalização. Tudo isso resguardando os critérios técnicos impessoais que caracterizam a República.

4.3 O controle dos atos administrativos: a nova juridicidade

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 100-102.

Da forma como exposto até aqui, percebe-se que o enfoque acerca do controle judicial dos atos administrativos possui conotação distinta daquela proposta pelo Positivismo Jurídico, qual seja, a da sindicabilidade apenas dos aspectos formais do ato administrativo e a insindicabilidade geral do mérito administrativo.

Expõe-se a possibilidade de total sindicabilidade dos atos da Administração Pública por meio da “efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito”³¹⁷, ou melhor, a partir da evolução que o Estado e o Direito passaram nos últimos Séculos, tem-se que seus papéis alteraram-se profundamente, até porque imprescindível uma, diga-se, *reestruturação*, já que as realidades sociais transformam-se a cada dia, merecendo o povo, por meio do Estado e do Direito, meios que lhe possibilite um constante melhorar em seu bem estar.

O Estado Democrático de Direito busca, ainda, agregar alguns elementos ao conceito de Estado de Direito, com o objetivo de oportunizar o aprofundamento da questão da igualdade. Assim, se no Estado Social um dos objetivos primordiais é melhorar as condições sociais, quer dizer, desenvolver a procura existencial, no Estado Democrático de Direito há um “plus” em relação ao papel do ente público, pois deverá desempenhar papel transformador da realidade³¹⁸.

³¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática*: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. N. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. P. 241.

³¹⁸ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. P. 289.

A “constitucionalização da administração pública”³¹⁹ decorre exatamente da submissão do Estado ao Direito, da sujeição da administração pública ao Direito como um todo, ampliando-se a extensão do Princípio da Legalidade ao conceito de juridicidade, devendo o regime jurídico-administrativo estruturar-se a partir dos elementos de validade previstos no texto constitucional.

As prerrogativas e limites do poder público devem ser direcionados para propiciar o desenvolvimento dos cidadãos nos planos social, econômico e cultural, o que poderá ocorrer a partir de dois momentos: o primeiro deles, quando o Poder Executivo, por sua Administração Pública, elevar verdadeiramente o princípio da impessoalidade em cada ação, de modo a abandonar rugas do proveito próprio do mandatário, bem como perceber as reais necessidades da população e atuar no sentido de materializar os comandos constitucionais e, em segundo lugar, quando o Poder Judiciário efetivamente assumir seu papel transformador, seu novo papel, agindo naquelas ações e omissões do Executivo, realizando criterioso controle substancial e finalístico dos atos administrativos.

Para que isso ocorra, já se apontou, o estatuído na Constituição Federal passa a ser o ponto de partida e o ponto de chegada de qualquer agir administrativo (Streck). Ao reaproximar Direito e Moral, os princípios constitucionais passaram a nortear o atuar administrativo não mais,

³¹⁹ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. P. 292.

apenas, na esteira da legalidade formal, restrita à lei, mas em uma legalidade mais ampla, em uma juridicidade substancial que considera o conteúdo do ato e o dirige ao resultado ótimo.

O constitucionalismo contemporâneo, a que se denomina *neo-constitucionalismo*, está ligado de forma indissociável a sua própria história e opera sobre três premissas fundamentais: 1) a normatividade da Constituição (reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de aplicabilidade imediata e de imperatividade); 2) superioridade da Constituição e 3) a centralidade da Constituição no sistema jurídico (os demais ramos do Direito devem ser compreendidos, interpretados e aplicados a partir do que dispõe a Constituição)³²⁰.

Do ponto de vista material, mais dois elementos caracterizam o neo-constitucionalismo: “1) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais; e 2) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional”³²¹.

As Constituições contemporâneas introduziram de forma explícita em seus textos, elementos normativos diretamente vinculados a valores (direitos fundamentais, dignidade humana) ou a opções políticas (redução das desigualdades sociais, por exemplo). A partir de então,

³²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 84.

³²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 85.

indispensável o desenvolvimento de uma dogmática capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos.

Pari passu, o próprio papel da Constituição passou a ser conflitante, como se viu no *duelo* entre a teoria substancialista *versus* a teoria procedimentalista. Para a primeira, cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais. A segunda sustenta que apenas cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática.

É fácil perceber que uma visão fortemente substancialista tenderá a justificar um controle mais rigoroso e abrangente dos atos administrativos – teoria que se advoga no presente trabalho – para se chegar a afirmar que compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, cabendo-lhe implementar ações e programas para garantir a prestação de serviços e o resultado ótimo aguardado de cada um deles (políticas públicas³²²).

Bem apontou Rogério Gesta Leal, que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que diz respeito ao controle, porém, indica que a única inovação, “defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num enriquecimento conteudístico, de qualidade, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa”, não apenas aqueles expressamente previstos, como no *caput* do artigo 37, mas

³²² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 90.

a “tudo vinculado à persecução da boa-fé e confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico”³²³.

Justamente neste ponto encaixam-se as características do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição, expostas por Canotilho e Vital Moreira, que vem ao encontro do que se explicita aqui:

a) Constitucionalidade: vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) Organização democrática da sociedade; c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos...; d) Justiça social...; e) Igualdade...; f) Divisão de poderes ou funções; g) Legalidade que aparece como medida do Direito...; g) Segurança e certezas jurídicas³²⁴.

A relação que há entre os vários elementos expostos até aqui é a seguinte:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos³²⁵.

³²³ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática*: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. N. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. P. 243.

³²⁴ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. P. 290.

³²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 91.

Não significa que não haja espaço autônomo de atuação administrativa – leia-se, discricionariedade – acerca da definição das políticas públicas, a serem realizadas por meio de atos administrativos. No entanto, a deliberação estatal não estará livre de condicionantes jurídico-constitucionais. Significa que a Administração está atrelada à noção de juridicidade, que suplanta a de conformidade dos atos com as regras jurídicas e exige que a produção desses atos observe os comandos gerais – principiológicos, axiológicos – previstos no sistema jurídico como um todo³²⁶.

Esta moderna compreensão da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o conseqüente adensamento ao princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade e, por outro, conduz à redelimitação dos confins do controle judicial da Administração Pública.

³²⁶ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática*: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. N. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. P. 251.

... entendendo-se por atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo direito. A verdade é que, em todas estas situações, estamos diante, sempre, de possibilidades plurissignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei³²⁷.

Esta redefinição de discricionariedade está ligada à força normativa da Constituição e do cada vez menor espaço da própria discricionariedade, justamente diante do princípio da juridicidade e do controle judicial a que está jungida (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). Não que não haja espaço de atuação política, no entanto, “o conjunto de prerrogativas e limites da Administração há de ser vislumbrado como instância pública de realização concreta dos direitos fundamentais”, servindo estes como “critério de legitimidade dos poderes administrativos”³²⁸.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto registra que o “controle da exorbitância da discricionariedade através do exame de seus limites

³²⁷ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática*: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. N. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. P. 251.

³²⁸ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. P. 293.

lógico-jurídicos é comum e inafastável em qualquer sistema judicial³²⁹, revelando com isso que cabe ao Poder Judiciário³³⁰, ao lidar com o regime administrativo, construir um Direito Administrativo material, a “ser desvelado por toda uma gama de valores e princípios constitucionais”³³¹.

As conclusões apontadas por Moreira Neto, que devido à perspicácia mereceriam transcrição integral neste trabalho, revelam que a plena cognição dos fatos é indispensável para o que o juiz aponte aquilo que é sindicável do que não é. Afirma o doutrinador que para se chegar à conclusão acerca do demérito do ato administrativo, mister se conheçam os motivos que levaram o administrador a agir (buscando, com isso, eventual excesso do juízo de oportunidade) e o objeto do ato (para perquirir o que excede do juízo de conveniência)³³².

O conhecimento dos fatos que fizeram a Administração agir, diz respeito à relação entre as formalidades do ato administrativo em si, como também à obtenção do resultado aguardado da prática daquele ato. Por isso que Moreira Neto leciona que deve haver uma alteração do pólo de

³²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 58.

³³⁰ Quando o Poder Judiciário interfere nas ocasiões de lides travadas entre o cidadão e a Administração, dá-se o controle judicial dos atos administrativos, como forma de zelar pela obediência da Administração ao ordenamento jurídico. O Brasil adota como forma de controle o sistema de jurisdição comum que consiste no sistema de jurisdição única, ou seja, a fiscalização dos atos administrativos incumbe a um único órgão (LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público** – os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. P. 107).

³³¹ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. P. 295.

³³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 59.

controle dos atos administrativos, passando-se do controle da emissão da vontade da Administração ao controle de resultados. Isto posto, não é a discricionariedade em si mesma que está sujeita ao controle judicial, mas o resultado de seu exercício³³³.

O Judiciário não tem, assim, diretamente, voltamos a insistir em benefício da clareza, a tutela da legitimidade, pois que esta, no Estado Democrático, é, em última análise, do povo e de seus representantes eleitos; mas tem-na indiretamente, a partir da definição positivada de legitimidade que se contém na norma legal, explícita ou implicitamente, quando autoriza à Administração o exercício da discricionariedade³³⁴.

É o controle finalístico que se pisa e repisa. Não se trata de adentrar ao mérito do ato administrativo, mas ao seu demérito. Realizando-se percuciente análise dos resultados obtidos com a edição do ato administrativo, far-se-á o controle judicial do próprio ato, pois o ato administrativo deverá realizar-se no *mundo dos acontecimentos*, não ficando limitada sua existência na mera edição do ato.

Ana Paula de Barcellos arrisca apontar três parâmetros que serviriam para realizar o controle dos atos administrativos, em especial, os atos que envolvam a concretização de políticas públicas. Para ela, o primeiro parâmetro poderia ser objetivo, que é o mais simples e de mais fácil emprego. Exemplifica-o com o disposto nos artigos 212, 198 § 2º, e 195, todos da Constituição Federal. Tais artigos – regras constitucionais –

³³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 60.

³³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 60.

dispõem objetivamente acerca do valor que o ente público deve aplicar nos temas a que se referem (educação, saúde, seguridade social).

O segundo parâmetro estaria ligado ao resultado final esperado da atuação estatal, nos moldes já propostos pelo Prof. Moreira Neto, o que envolveria, segundo ela, “um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

E o terceiro parâmetro envolveria o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, ou melhor, a definição das próprias metas. Tal definição passaria pela análise político-majoritária, porém, não haveria muita margem de discricionariedade pois a Constituição fixa, de forma vinculante, fins e metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público. Há, segundo Barcellos, uma eficiência mínima que as políticas públicas têm de contribuir para a realização das metas estabelecidas na Constituição³³⁵.

As considerações de Ana Paula de Barcellos vão ao encontro da conclusão a que chegou Moreira Neto:

³³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 94-98.

O controle dos limites leva à edição de atos administrativos transparentes, bem travejados, bem motivados, claramente definidos, coerentes, confiáveis, enfim, legais, em substituição aos “insindicáveis”, duvidosa, problemática e inquietante categoria de atos administrativos de olência equívoca, quiçá a ranços positivistas, estatizantes ou autoritários, odores que em muito se confundem e que, sob a proteção de tabus doutrinários e da inércia da desinformação científica, prosperam sob o embuço, sinuosamente, semeando a dúvida, a indefinição, a desconfiança sobre a atuação administrativa: numa palavra, a *insegurança*.

Com o instrumental da realidade e da razoabilidade, o Judiciário pode corrigir esse quadro... anulando atos administrativos discricionários, fundados na inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, controlando os limites objetivos do exercício discricionário... o Judiciário não examina o mérito em si mas no que o exorbita.³³⁶

Busca-se a superação daquela concepção de discricionariedade traduzível na impossibilidade de controle institucional e social, não a negação da discricionariedade; busca-se a precisão do atuar discricionário com fincas em “transformar o discurso da juridicidade, superioridade e centralidade das normas constitucionais em geral, e dos direitos fundamentais em particular, em técnica aplicável no cotidiano da interpretação e aplicação do Direito”³³⁷.

Complementar a previsão aberta da norma, a margem da livre decisão, é o desafio da Administração Pública atual, posto estar vinculada à juridicidade. O controle judicial “consiste no exame de compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato

³³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 61-63.

³³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. P. 102.

administrativo, predominantemente discricionário em face do plexo axiológico a que está jungido”³³⁸.

Portanto, o trabalho desenvolvido pela jurisdição constitucional é fundamental para a estruturação do regime jurídico-administrativo, compreendido dentro de uma concepção jurisprudencial e aberta, construído a partir das indicações de sentido do constitucionalismo moderno, elementos estes imprescindíveis para lhe atribuir uma compreensão não dogmatista, capaz de considerar a dimensão histórica e social de seu tempo... O papel da atividade exercida pelo Poder Judiciário há de ser responsável pela “constituição” do regime administrativo significado pelo Estado Democrático de Direito e não pela sua cristalização como conjunto de normas abstratas e universalizantes, devendo-se ultrapassar o modo-de-ser exegético...³³⁹

Por meio destes argumentos, advém à Administração Pública o intuito de realizar os comandos gerais estabelecidos nas normas jurídicas, o que pode ser denominado de Políticas Públicas, incumbindo-lhe a tarefa de praticar ações e programas dos mais variados tipos para garantir a prestação de determinados serviços, com a obtenção do resultado ótimo.

Em conseqüência, advém ao Poder Judiciário, por meio de uma nova postura frente aos novos tempos, realizar um controle criterioso, substancial e finalístico do atuar administrativo, de modo que, atacando o demérito do ato administrativo, obste ações administrativas que não atinjam o resultado (eficiência mínima) aguardado.

³³⁸ LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática*: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. N. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. P. 255.

³³⁹ OHLWEILER, Leonel. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. P. 296.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a impossibilidade de o Poder Judiciário sindicarem o ato administrativo, mesmo o discricionário, deve fazer parte de um passado que não mais deve permear a juridicidade.

Com efeito, não se concebe a simples inexistência de ato discricionário. Pelo contrário, a discricionariedade faz parte da humanidade, não sendo impossível o uso de tal faculdade. Entretanto, o ato administrativo – mesmo o discricionário – deve obedecer a certos critérios de ordem formal, apresentando claramente seus elementos constituintes (competência, finalidade, forma, motivo/motivação e objeto), servindo estes de molde à perfeita consecução daquilo a que o ato se propõe.

A discricionariedade humana, gênero da jurídica e mais ampla que esta, não se encontra tão delimitada quanto a última, já que os princípios jurídicos, notadamente os constitucionais, obrigam o intérprete – seja o juiz, seja o administrador – a se guiar para atingir os fins previstos pelo Direito.

O controle judicial não deve se limitar à análise da emissão da vontade da Administração, realizando um controle de legalidade meramente formal. Deve, pois, verificar se aquilo que o administrador se propôs, pelo e com o ato administrativo, foi efetivamente atingido, ou seja,

o controle judicial deverá perquirir se a finalidade do ato administrativo escolhido pelo administrador foi atingido.

Analisando o demérito do ato, sua irrazoabilidade ou desproporcionalidade, é que se poderá realizar o controle judicial do ato discricionário, sem limitar a indagação à emissão da vontade da administração. Necessita-se analisar o resultado do ato administrativo de forma dinâmica, ou seja, verificar, na prática e no “mundo dos acontecimentos”, se o atuar da Administração que emitiu o ato foi balizado pelos princípios jurídicos – notadamente os constitucionais – que a regem.

A eficiência do atuar administrativo somente será observado na contextualização da obra ou do serviço público, não bastando a análise formalista do ato, que é identicamente imprescindível, porém dando-se importância ao resultado obtido por este ato: se efetiva, eficaz e substancialmente os aspectos formais do ato foram atingidos com sua realização.

A Constituição Federal, por meio de seus princípios, permitem ao Poder Judiciário e ao próprio administrador público, balizarem-se e controlarem a emissão dos atos administrativos, realizando análise do demérito deste ato para se concluir acerca de sua legalidade ou não, ou melhor, de sua juridicidade. Como o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, assume novo papel não apenas de garantidor, mas de transformador social, deve ele realizar as promessas contidas na Constituição, não sendo considerada invasão sua postura ativa diante da omissão ou ação falha do Poder Executivo.

Diz-se, portanto, que o Judiciário, realizando análise constitucional do ato administrativo, pode e deve controlar o resultado das ações administrativas, de modo que todas, absolutamente todas as ações administrativas sejam eficientes e que realizem os ditames constitucionais, principalmente os princípios que a regem.

O princípio da legalidade, fruto do liberalismo e do Estado Liberal, verdadeiro ganho da humanidade, deve ser apreciado sob novo enfoque no atual Estado Democrático de Direito: de uma legalidade formal, deve-se adentrar a uma legalidade substancial, a legitimidade, de modo que os atos da Administração sejam realizados observando-se as formalidade, porém, com a consecução dos objetivos mores da Administração, que é o agir ótimo, o bem comum.

A utilização dos princípios constitucionais no processo hermenêutico pressupõe a não solidificação metodológica, pois exige a constante correção da relação entre objeto e método. O administrador público, ao lançar mão em um princípio jurídico, notadamente um princípio constitucional, deverá saber que sua tarefa interpretativa/aplicativa estará dificultada, pois a utilização dos princípios afasta a discricionariedade e expressa uma integridade do Direito.

Em termos de eficiência e moralidade, apenas para destacar estes, em termos principiológicos, acabam tornando-se absolutamente sindicáveis pelo Poder Judiciário, já que o ato administrativo emitido deverá, obrigatoriamente, obedecer aos compromissos do interesse público. Persegue-se, com os princípios, a busca pela decisão correta do

administrador, não tendo esta maior discricionariedade, ao contrário, encontrará maior limitação a sua eventual liberdade de atuar.

Com isso, não se deseja simplesmente abandonar o controle da discricionariedade em si. No entanto, deseja-se permitir ao administrador que labore a discricionariedade que o Direito lhe concede, porém, será controlado, sob os auspícios deste mesmo Direito, os resultados obtidos com a ação discricionária, por meio de uma visão de demérito do ato. O controle será substancial e finalístico, no caso concreto, em termos reais, substanciais como dito, não mais restrito às formalidades (positivistas).

Uma concepção constitucional substancial é imprescindível para o melhor desenvolvimento e realização do verdadeiro Estado Democrático de Direito, não restando expresso em linhas e textos constitucionais, mas acontecendo no dia-a-dia de todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2001.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **Nova história** – moderna e contemporânea. Bauru – SP: Edusc, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista de direito administrativo**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. 11 ed. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. **Locke e o direito natural**. 2 ed. Sérgio Bath (trad.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Regina Lyra (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa** – no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2005

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade (trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Aroldo Plínio Gonçalves (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da**

auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea.

Curitiba: JM, 1997.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In* **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 95-198.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Tratado de direito administrativo**. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. *In*: GRINOVER, Ada, *et al* (org.) **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte** – a legitimidade recuperada. 5 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo Lima. Pela democratização do judiciário. In: **Direito e justiça** – a função social do Judiciário. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Ática, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GALUPPO, Marcelo. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. N. 143, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo** – poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Arnaldo Setti (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito** – Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – parte general. Tomo 1. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

_____. **Tratado de derecho administrativo** – la defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Tratado de derecho administrativo** – el acto administrativo. Tomo 3. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Ricardo Marcelo Fonseca (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3 ed. Luís Carlos Borges (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *In*: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. N. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público** – os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa (trad.). *In* **Clássicos do pensamento político**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUCAS, Douglas. Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. *In*: **O Estado e suas crises**. José Luiz Bolzan de Moraes (org.). Porto Alegre: Livraria Advogado, 2005.

LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. **Ato administrativo e discricionariedade**. São Paulo:Max Limonad, 1996.

MALBERG, R. Carre de. **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica: 1948.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad** – historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Legitimidade e discricionariedade** – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. In **(Neo)Constitucionalismo** – Ontem, os códigos; hoje, as constituições. Vol. 1. N. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. Estado, administração pública e democracia: condições de possibilidade para ultrapassar a objetificação do regime administrativo. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Acerca da motivação do ato administrativo. **Direito administrativo e constitucional** – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). São Paulo: Malheiros, 1997.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

SIDEKUM, Antônio. **Ética e alteridade** – a subjetividade ferida. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: forense, 2004.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica e(m) crise**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos, ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*. **Anuário do Programa de Pós- Graduação em Direito – Unisinos 2003**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

_____. Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Constituição, hermenêutica e sistemas**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Unisinos 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Liliam Cristina de Souza. O papel do juiz no estado democrático de direito – por uma perspectiva garantista no julgamento do caso da interrupção da gestação do conceito anencefálico submetido à jurisdição constitucional. In: **Revista de Direito Público**. Londrina: UEL, 2002. P. 13

TORRENS, Haradja. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In* **O Estado de Direito** – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.