

CONTROLE CONSTITUCIONAL DO ABUSO DE PODER DO ESTADO

SUMÁRIO: I. – DIREITO E PODER. II. – ABUSO DE PODER PÚBLICO NO DIREITO FRANCÊS, ITALIANO, ESPANHOL E BRASILEIRO. III. – DA CORRENTE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL CONTRÁRIA AO EFETIVO CONTROLE DO ATO DISCRICIONÁRIO. IV. – DA DIVISÃO DE FUNÇÕES DOS PODERES E A SUA COMPETENTE HARMONIZAÇÃO COM A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO. V. – DO CONTROLE CONSTITUCIONAL DO ABUSO DE PODER. VI. – CONCLUSÃO.

I. – DIREITO E PODER

Na origem dos povos, o poder esteve sempre interligado à autoridade. E tanto entre os gregos, quanto entre os romanos, nos primórdios da civilização, a família aparece como o início da autoridade, onde o patriarca institui a sua lei própria, primada no respeito e na religião doméstica. Para os gregos, esta religião doméstica pertencia a um deus chamado de “senhor do lar”, e que entre os latinos recebeu o nome de “lar familiae pater”. O pai é o pontífice junto ao lar, responsável pelas orações e pelas regras familiares.

Com o surgimento das cidades, o poder central ficava a cargo do Rei, encarnação da representação divina.

O poder concentrado no Rei era para manter a ordem e a proteção aos domínios territoriais, e também do próprio povo.

Os reis eram escolhidos na classe dos nobres, como informa Gustave Glotz:¹ “Os nobres pertencem às famílias que descendem dos deuses: são os filhos, os rebentos de Zeus. Cada um deles conserva cuidadosamente a genealogia que é causa do seu orgulho; a qualquer ensejo, desfia em tom glorioso a lista dos ascendentes que o levava até o ancestral divino. Mas a riqueza já importa tanto como a pureza do sangue. Depois de enumerar os maiores, o herói homérico fascinar o interlocutor com o inventário dos bens que lhe pertencem.”

Assim surgiu o poder de uma forma ilimitada, pois o soberano era o pontífice da sociedade e competia a ele, com o auxílio da Igreja, estabelecer os deveres e as obrigações de todos. Nesta época, o direito era aquele que o Rei estabelecia, devendo os súditos obedecerem e acatarem as ordens superiores.

A evolução dos tempos trouxe para os povos várias situações conflituosas, que deságuam em ditaduras sangrentas e muitas guerras, tudo isso em nome do poder. Desta vez o poder sai dos limites territoriais de um país, para se exteriorizar em domínios alheios.

¹ GLOTZ, Gustave. *A Cidade Grega*. 2. ed. Tradução de: MESQUITA, Henrique de Araújo e LACERDA, Roberto Cortes. Rio de Janeiro: Bertrand, 1988. p. 30.

Em face da expansão do poder, e do seu uso irregular, surgiram excessos, que passaram a ser combatidos pelo direito.

Instituído pelo ordenamento jurídico, o direito vem disciplinando o poder, através de atos regrados e coordenados por normas legais, passando a sociedade a ser destinatária de prerrogativas que não podem mais serem vilipendiadas pelos detentores do poder estatal.

Dessa forma, o poder, de ilimitado, passou a ser instituído pelo direito, para privilegiar o seu legítimo exercício, em prol da sociedade.

Simon Blackburn,² responsável pelo “Dicionário Oxford de Filosofia”, define o poder, no seguinte sentido: “O poder de um indivíduo ou instituição é a capacidade de este conseguir algo, quer seja por direito, por controle ou por influência. O poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para deter um certo resultado, e pode ser medido pela probabilidade desse resultado obtido em face dos diversos tipos de obstáculos ou oposição enfrentada.”

E Michel Foucault, dentre outros autores, destaca que todas as relações sociais são sistemas de poder, pois o poder fundamental não é exercido por indivíduos e sim como eles são governados uns pelos outros, e a sua análise norteia como, através de certas formas de “governo” dos alienados, dos doentes, dos criminosos, etc., é objetivado o sujeito louco, doente, delinqüente. Tal posicionamento não estabelece no abuso do poder, a criação de loucos, doentes ou criminosos, mas sim que as formas diversas e particulares de “governo” dos indivíduos foram determinantes nos diferentes modos de objetivação do sujeito.

Já para o Barão d’Holbach,³ eminente escritor e crítico, nascido em Heidelberg (1723-1789), o poder pode ser traduzido como: “Realizada a reunião dos homens em sociedade, e tendo a espécie humana povoado o mundo, é necessário que um poder os contenha e os mantenha à distância uns dos outros; pois o homem, enquanto animal é conduzido por sua natureza à agressividade e à injustiça”.

Immanuel Kant⁴ (1724 – 1804), que nunca se ausentou de sua cidade natal (Königsberg), ensinou sobre o tema: “Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral reunida em três pessoas (trias política): o poder soberano que reside na pessoa do legislador, o poder executivo, na pessoa que governa (conforme a lei), e o poder judiciário (que atribui a cada um o que é seu de acordo com a lei), na pessoa do juiz (potestas legislatória, sectoria et iudiciaria). (...) o poder legislativo só pode pertencer à vontade unificada do povo”.

Pois bem, segundo a linha Kantiana, dentre outros jusfilósofos franceses, ingleses, americanos, alemães, etc., o direito público francês criou o princípio da legalidade, como

² BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Tradução de: MURCHO, Desidério e outros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 301.

³ HOLBACH, Paul Henri Thiry. *Le Systeme Social ou Principes naturels de la morale et de la politique*. Londres: 1773. v.1, p. 143.

⁴ KANT, Immanuel. *Métaphysique des Moeurs*. 20. ed. Tradução de: PHILONENKO, A. Parte um, Doctrine du Droit. Paris: 1797. p. 195-196.

verdadeiro fundamento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu aspecto jurídico.

Na lei, segundo os revolucionários franceses, se curam todos os males que se arquitetavam contra a sociedade europeia do século XVII. Ideologicamente se pode destacar das circunstâncias coadjuvantes ao êxito e da valorização da norma jurídica, como um dos caminhos para se acabar com a tirania, influenciando, inclusive as idéias revolucionárias inglesas de 1648 e dos norte-americanos.⁵

Sendo certo que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aparece a lei com um ente central, quase intangível: “La Ley solo tiene el derecho de proibir lãs acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no esta prohibido por la Ley no puede impedirse y nadie puede ser obligado a haver lo que la Ley no ordena... La Ley es la expresión de la voluntad general”.⁶

Não resta dúvida que a influência de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) foi decisiva na concepção da vontade geral do povo em ter a liberdade, como fundamento axiológico da Revolução Francesa.

Direcionada a sociedade para a necessidade de controlar o poder pela lei, foi surgindo nas sociedades a necessidade premente de se dotar os órgãos públicos de prerrogativas, fundados no respeito aos direitos e garantias da sociedade como um todo.

A idéia de excesso de poder aparece pela primeira vez em uma Constituição, em 1791, na da França, influenciada pela Teoria de Montesquieu (1689-1755) de divisão de poderes do Estado.⁷

E segundo Francesco Carnelutti,⁸ excesso significa quando se passa da medida.

Sendo certo que o excesso de poder é aquele exercitado pelo Estado fora dos limites de uma função pública, com exorbitância.

Ou pelas brilhantes colocações do saudoso Caio Tácito,⁹ o abuso de poder administrativo se resumia em três modalidades distintas, são elas:

- violação de direitos individuais (liberdade de opinião, crença, comércio, locomoção, reunião, etc.);

⁵ Cf. CHARLES, Seignobos. *Histoire Sincér de La Nation Française*. 3^a ème. Paris: 1933. p. 342.

⁶ DALLOZ, Col. *Code Administratif*. Paris: (22-XIII – 1789, 27 – XII – 1923). p. 3, *apud La desviación de Poder en los derechos francés, italiano y español*. ISAC, Jaime Lanches. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973. p. 27.

⁷ O artigo 27 da Constituição Francesa de 1791 estava assim redigido: “El Ministro da Justicia denunciará ante el Tribunal de Cassación, por médio Del comissário del Rey, y sin perjuicio del derecho de las partes interesadas, los actos por los que los jueces hayam excedido los limites de su poder.”

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Excesso di Potere*. Revista di Diritto Procesuale Civile, I, p. 33, 1924.

⁹ TÁCITO, Caio. O abuso de Poder Administrativo no Brasil. In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 49.

- violação de direitos econômicos e sociais (direito ao trabalho, saúde, educação, assistência, segurança social e etc.);

- violação aos fins de interesse público (moralidade administrativa, isenção política, eficiência do serviço, respeito aos princípios e normas constitucionais e etc.).

Portanto, a sociedade dotou-se de instrumentos legais para estabilizar as relações com o poder, utilizando-se do direito, como forma de disciplinar e conter os excessos da atividade pública, sujeitando-o aos princípios do bem comum e da justiça social.

Estes avanços do direito público foram e são cruciais para a estabilidade jurídica do poder frente aos cidadãos, visto que a humanidade já não admite mais as violências perpetradas em um passado recente. O direito funciona como a fronteira de atuação do poder, regulado e conformado por ele.

Os excessos ou as extrapolações do poder já não são mais admitidas pela sociedade contemporânea, que dotou sua Constituição fulcrada em um Estado Democrático de Direito capaz de abolir o totalitarismo dos homens públicos.

Sendo que o “princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.”¹⁰

Dessa forma, nosso trabalho visa estabelecer o controle constitucional do abuso de poder do Estado, visto que este tema é e sempre será recente, pois a cada dia que passa são verificados inúmeros excessos praticados por homens públicos. Nós sabemos que os seres humanos são falíveis, pois a perfeição é efêmera. Todavia, quando se trata de delegatários do poder público, estes erros ou atuações contrários às normas legais, possuem o condão de gerar inúmeros dissabores para os administrados e particulares, vez que muitas injustiças são praticadas, totalmente dissociadas do direito e da legalidade.

Por esta razão, nosso ordenamento constitucional dota as pessoas/lesadas, de garantias e de prerrogativas que são indelegáveis.

Temos verificado nos dias de hoje, muitos abusos de poder por parte da Administração Pública quando ela atua em processos administrativos disciplinares de servidores públicos; em bancas examinadoras de concurso público; tendenciosas por determinados candidatos; licitações, onde através de critérios ilegítimos são aliados concorrentes; contratos administrativos e etc.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999. p. 10.

Portanto, resolvemos discorrer sobre o presente tema, dada a sua permanente necessidade, pois em pleno Século XXI, os operadores do direito não podem permitir que atos dissociados do direito e da Constituição sejam praticados pelo poder público.

O “bem do povo” e os “interesses do Estado” devem ser invocados não para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes e sim para estabelecer um real alcance do bem comum.

Destarte, o Estado constitucional pressupõe, desde logo, o poder constituinte do povo, onde ele estabelece na *Lex Mater* a forma de governo e os seus limites, bem como, os direitos e liberdades dos cidadãos.

Esta harmonia entre o poder e a sociedade é essencial para a evolução dos povos, que traz no Estado de Direito a exteriorização dos princípios e valores constitucionais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz.

II. – ABUSO DE PODER PÚBLICO NO DIREITO FRANCÊS, ITALIANO, ESPANHOL E BRASILEIRO

Em face às mudanças revolucionárias, a idéia de excesso de poder apareceu pela primeira vez na França, como já dito alhures, desenvolvendo-se paulatinamente.

Como os três Poderes eram harmônicos e independentes entre si, era vedado ao Poder Judiciário invadir o raio de competência do Poder Executivo.

E para evitar a extralimitação do Poder Judiciário, a primeira manifestação contrária a ela foi estabelecida pelo Decreto francês de 2.11.1864, que permitia que a parte que se sentisse lesada, poderia interpor recurso contra os atos administrativos viciados pela incompetência do agente público ou excesso de poder.

Esta nova concepção foi de curial importância, visto que o abuso de poder anteriormente era aquele consistente no vício de competência do agente público. Ou seja, somente era admitido ao Poder Judicial corrigir os atos administrativos praticados por servidores públicos incompetentes. A partir do momento em que o Decreto de 2.11.1864 estabelece a possibilidade do administrado recorrer ao Conselho de Estado não só quanto à incompetência do agente público, mas também contra qualquer vício de abuso do poder, está aberto o caminho para o início do controle de legalidade dos atos públicos praticados pelo Poder Executivo, através do Poder Judiciário.

Assim sendo, o *excés de pouvoir* do direito francês, concernente a noção de abuso de poder da autoridade administrativa não ficou mais imune ao controle de um outro poder.

Esta fantástica evolução jurídica colocou um ponto final nos regimes absolutos, onde a administração era apenas uma técnica a serviço do Rei.

Fulcrando-se no Estado de Direito, que ao contrário, submete o Poder ao domínio da Lei, a atividade administrativa fundamentada no arbítrio se transforma em atividade

jurídica, controlada pelo Poder Judiciário. Mesmo que de forma embrionária, a lei passou a expressar a vontade coletiva, onde o Poder já não pode mais se movimentar de forma arbitrária e irresponsável.

Doutrinariamente, Maurice Hauriou¹¹ definiu o recurso de *excés de pouvoir* nos seguintes termos: “El recurso por exceso de poder es una via de nulidad contenciosa que confiere al consejo de Estado el poder de anular una decisión ejecutoria administrativa, si ésta contiene um exceso formal de la autoridad que ha adoptado la decisión (incompetencia, violación de forma, desviación de poder, violación de la ley) y que, por ello, tiende a oponerse al procedimiento de oficio. Este recurso es contencioso porque se interpone ante un juez publico, el Consejo de Estado, y finaliza en una decisión jurisdiccional dotada de fuerza de cosa juzgada...”

Por esta nova sistemática, o Conselho de Estado francês ficou apto juridicamente para controlar a legalidade dos atos administrativos, além de seu efetivo controle da moralidade.

Esta histórica guinada jurídica, por si só, foi suficiente para estabelecer uma nova realidade nas relações do Poder com os administrados.

Dessa forma, era motivo de impugnação (“formes de ouvertures”), através do recurso por excesso de poder o vício de forma do ato administrativo, a violação à lei, o desvio de poder e a incompetência, como já deixamos grafado anteriormente, mas sempre oportuno realçar.

Dito isto, é necessário trazermos as definições clássicas de abuso de poder, para que se possa mensurar o seu real alcance, sob o prisma jurídico.

Já nos idos de 1869, em sua primeira edição, Leon Aucoc,¹² que criou a expressão *détournement de pouvoir*, em seu “Conferénces sur l’Administration et Droit Administratif, assinalou certos casos de desvio de poder de polícia conferido a Administração Pública, quando o agente administrativo, no exercício da função, utilizava de seu poder discricionário de forma irregular, contrário ao poder que lhe foi outorgado.

Este conceito foi aplicado por Laferrière, quando ele, na segunda edição de seu consagrado “Traité de la juridiction administraive et dès recours contentieux”, em 1888, estabeleceu que o abuso ou desvio de poder da Administração Pública estaria também configurado quando o agente público pratica um ato sob falsa aparência de legalidade.¹³

¹¹ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 9ª éme. Paris: 1919. p. 471.

¹² AUCOC, Leon. *Conferénces sur l’Administration et le Droit Administratif*. Paris: Dumond Editeur, 1878. p. 467.

¹³ “La desviación de poder constituye pues um abuso del mandato que el administrador há recebido. El que lo comete adopta, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones que no le atañen y que están, así, incursos en una especie de incompetencia, si no por las prescripciones que imponen, sí, al menos, por el line que persiguen.” (LAFERRIÈRE, M. F. *Traité de la juridiction administrative et recours contentieux*. Paris: 1888. p. 584).

Outro expoente do direito público francês, Maurice Hauriou,¹⁴ definiu o desvio de poder do ente público como: “El hecho de una autoridad administrativa que, cumpliendo un acto de su importancia, observando las formas prescritas y sin cometer ninguna violación de ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos por los cuales se le ha conferido el poder, es decidir, distintos al bien del servicio.”

No mesmo sentido, André de Laubadère,¹⁵ estabeleceu uma importante consideração sobre o desvio de poder estatal: “Hay desviación de poder cuando se ha tomado una decisión con vistas a un fin distinto de aquel para el que le ha sido conferido; la competencia se ha ‘desviado’ de su fin legítimo y el acto es ilegal por razón de su fin.”

Por sua vez, Marcel Beurdeley,¹⁶ deixou registrado um conceito mais explícito sobre o tema: “Un acto administrativo que haya sido adoptado por una autoridad competente, regular en la forma, que no comportaría ninguna violación de ley, estando dotado, así, de apariencia de legalidad, puede ser declarado, no obstante, ilegal, anulado o privado de sanción penal, si su autor ha usado de sus poderes con fin distinto a aquellos por los cuales le fueron conferidos tales poderes.”

Por tanto, apesar de na França as autoridades administrativas disporem de grandes poderes, o Conselho de Estado e a doutrina estabeleceram um controle efetivo dos atos públicos, deixando a Administração Pública de ser irresponsável para se submeter a ordem jurídica.

Esta evolução, deveu-se ao fato da Administração Pública francesa possuir grandes poderes, derivados do espírito centralizador da monarquia.¹⁷

Mesmo tradicionalmente os agentes do Estado francês possuem muitos poderes, para não serem reeditados os princípios despóticos do regime passado, estes poderes passaram a ser regrados pelo direito e pelo interesse público, como uma forma de disciplina-los, para que não fossem usados de forma indevida.

Assim, coube à jurisprudência do Conselho de Estado,¹⁸ que inicialmente estava vinculada ao Primeiro Cônsul francês, evoluir em sua primitiva função, que era praticamente referendar os atos do Poder Executivo. Isto porque não havia a devida independência dos seus membros que eram nomeados e destituídos ao bel prazer do representante do Imperador (Primeiro Cônsul).

Dessa forma, o Conselho de Estado, quando da sua instituição não era um verdadeiro órgão jurisdicional, tendo em vista que as suas decisões eram apenas meras

¹⁴ HAURIOU, Maurice. Op. cit. ant., p. 508.

¹⁵ LAUBADÉRE, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1984, p. 103

¹⁶ BEURDELEY, Marcel. *Le détournement de pouvoir dans l'interêt financier ou patrimonial de l'Administration*. Paris: 1928. p. 1.

¹⁷ Cf. WALINE, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 1969. p. 15.

¹⁸ O Conselho de Estado foi criado por Napoleão Bonaparte através da Constituição do ano VIII (1799), onde o seu artigo 41 estabelecia: “Le Premier cónsul promulgue lês lois; il nomme et revoque à volenté lês membres du Conseil d'État...”

proposições do Primeiro Cônsul, que, sozinho decidia se mantinha ou não o que lhe era proposto. Funcionava, portanto, o Conselho como conselheiro jurídico, sem vinculação.

Esta carência decisiva do Conselho de Estado se acentuava quando se constatava que ele examinava requerimentos administrativos, visto que não era obrigado a seguir as regras de procedimentos, tão necessárias para garantir ao interessado uma instrução imparcial de seu requerimento.

Sem imparcialidade e sem função decisória, o Conselho de Estado carecia de credibilidade e de efetividade, pois ele não funcionava como um verdadeiro juiz.

Paulatinamente, o Conselho de Estado francês foi ampliando o primitivo significado do reconhecimento do excesso de poder como extralimitação do poder judicial. Assim, a primeira manifestação desta evolução constitui no Decreto de 2 de novembro de 1864, que permitiu a parte interessada interpor recurso contra atos administrativos viciados por incompetência ou excesso de poder. Esta situação jurídica para R. Vidal¹⁹ foi a consagração definitiva do reconhecimento da existência do desvio de poder por parte do Estado.

Mais tarde, com a queda da Segunda República Francesa, a Lei de 24 de maio de 1872, dotou o Conselho de Estado de uma função de jurisdição. Nesse sentido, desde esta lei, o Conselho de Estado recebeu o que se chama justiça delegada, examinando e decidindo reclamações contra o Estado. Funcionava, nesta nova fase, como uma verdadeira Corte de Justiça, tomando as suas próprias decisões, que possuíam a força de coisa julgada.

E em 1872, foi outorgado ao Conselho de Estado o verdadeiro caráter jurisdicional, que funcionava como Corte para julgar, via recurso de apelação, ou pela interposição de recurso de cassação.

Destarte, caiu a imposição do governo déspota, movido pelo interesse pessoal, que geralmente explorava o povo, sem maiores preocupações com o interesse público, pois o Conselho de Estado, independente, possuía poderes para anular até os atos administrativos tidos como discricionários.

Dizia-se, antigamente, que um ato administrativo era discricionário quando – com a condição de agir em nome do interesse público – a autoridade administrativa possuía todo poder para praticar soberanamente esse ato, sem que houvesse controle externo do uso feito desse poder, pois ele possuía competência legal para a realização do dito ato.

Com a queda deste dogma, os Tribunais Administrativos passaram a fiscalizar a competência vinculada pela lei do administrador público, afim de verificar se foram reunidas as condições legais para a prática do ato.

¹⁹ VIDAL, R. L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. *Revue de Droit Public*, Paris: 1952, p. 275 e segs.

Para o juiz investigar se houve ou não desvio de poder na prática de determinado ato público, Marcel Waline,²⁰ com precisão, deixou expresso: “Para se estabelecer o desvio de poder, o juiz deve buscar: a) com qual objetivo o legislador conferia um determinado poder às autoridades administrativas; b) com que objetivo essa autoridade, em caso litigioso, realmente utilizou tais poderes; c) o juiz aproxima esses dois objetivos para verificar se o segundo está de acordo com o primeiro; em termos mais simples, o juiz investiga se a autoridade administrativa valeu-se de seu poder para atingir um objetivo que constituía efetivamente um objetivo do legislador ao conferir-lhes tais poderes.”

Deixando de lado o aspecto doutrinário dos magistrais operadores do direito francês, o Conselho de Estado, em 25 de fevereiro de 1864, no caso “Lesbats”, confirmado em 7.06.1865, deu uma demonstração de grande independência, pois coibiu ato administrativo discricionário ilegal. Isto porque, com base na Lei de 25.11.1846, que conferiu aos Prefeitos poder de polícia para regular a circulação e estacionamento de veículos nos arredores das estações de trens, para assegurar o livre acesso ao público, a Corte estabeleceu o desvio de poder do Prefeito de Departamento de Leine-et-Marne, que criou o monopólio de um único contratado (empresa privada), que teria o direito de acesso às vagas reservadas pela estação de trens de Fontainebleau, através de convênio.

A decisão histórica do Conselho de Estado, anulou o respectivo convênio, que obstruía que outros interessados pudessem utilizar-se das vagas de veículos da respectiva estação de trens. O Prefeito de Departamento de Leine-et-Marne havia justificado seu ato no fato das necessidades de se evitar obstrução à citada estação de trens, e que o monopólio a um único empresário teria este fim, bem como o poder de polícia público facultava ao alcaide a tomada do ato administrativo, em prol do interesse público.

Inconformado com este ato, o Sr. Lesbats, que teve a sua autorização de entrada no estacionamento dos ônibus da estação ferroviária de Fontainebleau recusada, recorreu e ganhou no Conselho de Estado, o direito de também usufruir do respectivo estacionamento, pondo um fim ao contrato que estabelecia o monopólio de somente um contratado.²¹

O Conselho de Estado francês, através de suas decisões passou a controlar o elemento interno do ato administrativo, para confrontá-lo com a lei e com o interesse público.

Já o sistema italiano de “*ecceso di potere*” também foi de grande importância para o desenvolvimento do direito administrativo naquele país.

²⁰ WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Editions Montchirestien, 1969. p. 61-92.

²¹ “Un buen ejemplo de esta nueva construcción lo constituyen los famosos arrêts LESBASTS, de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1865. En ellos, el Conselho de Estado declaró que si un prefecto utilizava la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril para asegurar el monopolio de la única empresa que teria un contrato con la compañía de Ferrocarrilesl comelía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquel para el que el legislador la había concebido. (MARIN, Carmen Chinchilla. *La Desviación de Poder*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1990. p. 31).

Não obstante, tradicionalmente, na esfera do direito positivo italiano, o excesso de poder do Estado foi identificado como a incompetência do agente público para praticar o ato, bem como a hipótese de violação da lei.

Estabelecendo a diferença fundamental do regime italiano em relação ao sistema francês quanto ao abuso de poder estatal, Jaime Sanches Isac,²² escreveu: “No obstante, tradicionalmente, en el terreno del Derecho positivo, en Derecho italiano, el exceso de poder se há considerado como un vicio de ilegitimidad, juntamente con la incompetencia y violación de ley, por los textos jurídicos que se han venido promulgado. Inicialmente, por tanto, podemos observar una diferencia fundamental, con relación al sistema francés: en Italia el exceso de poder es una especie, dentro de la clase general, la ilegitimidad, en Francia, el exceso de poder se centra en calificación genérica del recurso de nulidad, del que, concretamente, la violación de ley y la incompetencia, forman parte, juntamente con el defecto de forma y la desviación de poder.”

Verifica-se que o desvio de poder é a caracterização de um excesso do agente público, que mesmo investido de uma competência legal, pratica ato administrativo contrário ao interesse público, com fim diverso ao da previsão legal.

Desde a Lei nº 2248, de 20 de março de 1865, o sistema italiano se baseia em uma dupla competência, a jurisdição ordinária é responsável também por todas as questões jurídicas de competência dos antigos tribunais contenciosos, consoante se verifica na redação do artigo 2º, da Lei nº 2.248/1865.²³ Assim mesmo, tendo a jurisdição administrativa, tal como em nosso país, o Poder Judiciário está autorizado a rever a decisão praticada pelo órgão administrativo. O Conselho de Estado italiano funcionava como mero órgão administrativo, que desempenhava a função de julgador os atos administrativos.

A característica geral da justiça administrativa italiana é resultado de uma lenta evolução legal e jurisprudencial, cuja tendência se concretizou com o submetimento da atividade administrativa, desde o ponto de vista da legitimidade, ao controle jurisdicional, conforme o disposto no artigo 113, da vigente Constituição de 1948,²⁴ que dispõe a admissão da tutela jurisdicional contra os atos da Administração Pública, dos direitos de interessados legítimos, ante aos órgãos da jurisdição ordinária e administrativa.

Mesmo a parte tendo o direito de ingressar na esfera judicial contra os atos públicos, o Conselho de Estado italiano funciona paralelamente ao órgão jurisdicional, com a prerrogativa de também decidir os recursos por incompetência do agente público, excesso de poder ou violação da lei, contra atos e resoluções de uma autoridade administrativa ou de um corpo administrativo deliberante. Prevalece a jurisdição ordinária, que possui a competência de, inclusive, reformar a decisão emanada pela Justiça Administrativa.

²² ISAC, Jaime Sanchez. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973. p. 157.

²³ Artigo 2, da citada Lei: “Materias en las que suscite cuestión de un Derecho civil o político, aunque puede estar interesada la Administración pública o se hayan pronunciado resoluciones por el poder ejecutivo o la autoridad administrativa.”

²⁴ “Contra os atos da Administração Pública se admite sempre a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos.”

Uma histórica sentença do Tribunal Supremo de Justiça de Palermo, de 9 de março de 1839, muito citada pela doutrina do século XX, afirmava que “el exceso de poder, según de muestra la energia de la palabra no se acusa cuando um juez invade la jurisdicción o outro juez , en cuyo caso existe, propriamente, defecto de poder y se llama incompetencia.”²⁵

A doutrina italiana se desenvolveu também lutando contra o “sviamento de potere”, que segundo Zanobini²⁶ era: El ‘sviamento di potere’ comprende todos aquellos casos em que la autoridad era de uso de un poder próprio para fines distintos de aquel para el cual le que conferido por la ley, tal poder.”

Ainda sobre o “sviamento di potere”, que é figura de excesso de poder estatal, relacionando a violação da finalidade legal, segundo o qual se permite a anulação judicial do ato administrativo, Renato Alessi,²⁷ com precisão estabeleceu o que venha a ser o exercício ilícito da função administrativa, como: “... es ‘ilícito’ el ejercicio de la función administrativa cuando la acción administrativa venga a lesionar la esfera jurídica (em sentido estricto), formada por los derechos subjetivos que las normas garantizan a los sujetos privados.”

O direito italiano, tal qual o direito francês, estudou amplamente o problema do excesso de poder. Pode-se citar um dos grandes publicistas italianos que difundiu este importante tema, que foi Livio Paladine,²⁸ para quem: “I – illegitmitá di ogni fine, diverso da quello costituzionalmente previsto, consente logicamente di configurare, sul piano legislativo qual vizio della causa degli atti amministrativ, Che é l’ecesso di potere.”

A definição dos doutrinadores italianos sobre o excesso de poder segue a mesma direção da utilizada pela doutrina francesa, significando o vício do ato administrativo, capaz de anula-lo perante o ordenamento jurídico.

Orlando²⁹ identificava o desvio de poder como: “Es una violación de la ley susceptible de autorizar una investigación sobre los motivos determinantes del acto discrecional de la autoridad pública.”

Já F. Cammeo³⁰ o qualificava como um defeito de causa do ato administrativo. Forti³¹ o situava em: “un desarrollo irregular del proceso de la voluntad, de donde nasce al acto administrativo.”

²⁵ DELFINO, Felice. *L’ecesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*. Nápoles: Facoltà Giuridica dell’Universiti di Napoli, Casa Editrice Dott, 1963. p. 169.

²⁶ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 8. ed. Milão: Dott, 1958. VII, p. 200.

²⁷ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1970. v. II, p. 560.

²⁸ PALADINE, Livio. Osservazioni Sulla Discrezionalità e Juli Ecesso di Potere del Legislatore Ordinário. In: *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano VI, nº 4, p. 993-1046, out/dez 1956.

²⁹ ORLANDO, S. Primo. *Trattato di Diritto Amministrativo, apud ISAC*, Jaime Sanches. *La Desviación de Poder em los Derechos Francês, Italiano y Español*. Madrid: Institutos de Estudios de Administración Local, 1973. p. 169.

³⁰ CAMMEO, F. *La violazione delle circolari come exceso di potere*. v. I, t. I, Itália: Giur, 1912, p. 107.

³¹ FORTI. *La tivocazione nei ricorsi amministrativo*. Itália: Gim, 1908. p. 267.

Tal qual na Itália e na França, o desvio de poder do Estado teve na Espanha a mesma repercussão jurídica.

O desvio de poder é expressamente combatido pelo artigo 83, nº 2, da Lei de Jurisdição contenciosa administrativa, de 27 de dezembro de 1956, que assim estava redigido: “constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico.”

O artigo 358, do Código Penal espanhol, ao regular o delito de prevaricação, pune com a pena de inabilitação, em especial ao “funcionario público que a que a sabiendas, dictarse resolución injusta em asunto administrativo.” A resolução injusta sempre se opõe ao ordenamento jurídico, estabelecendo o desvio de poder administrativo. É óbvio que na esfera penal o elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade do servidor público em exceder o seu poder, legalmente outorgado.

E a Constituição espanhola de 1931, em seu artigo 101, proclamava que “la ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder.”

Sendo certo, que este controle do desvio de poder público ficava por conta do Tribunal de Garantias Constitucionais, na forma do artigo 121, da Constituição espanhola de 1931. Para dar efetividade a esta determinação constitucional, a Lei Orgânica de 14 de julho de 1933, que regulou a respectiva Corte, previu em seu artigo 31 o recurso de inconstitucionalidade nos “pleitos contencioso-administrativos” e em relação com “los pleitos de ilegalidad y exceso o desviación de poder”, a que se referia o art. 101, da Constituição de 1931.

A fórmula fundamental da atual Constituição espanhola, de 1978, seguindo as lições das demais nações evoluídas, vincula ao Estado Democrático de Direito, ou seja, aquele que se vincula ao direito materialmente e possui os seus princípios gerais. Estando o Poder do Estado vinculado ao direito, o seu controle externo fica mais favorecido.

Por outro lado, a Espanhola, se comparada com a evolução do controle de abuso de poder na França e na Itália, teve o seu desenvolvimento, nesta área do direito público, somente no século XX, onde García de Enterría e Fernández Rodríguez,³² sob a égide da Lei de Jurisdição contenciosa-administrativa de 1956, consagravam a definição de desvio de poder, que constava no art. 83.3., dizendo que constitui uma infração do ordenamento jurídico consistente no “ejercicio de potestades administrativa para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.”

³² ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1984. v. 1, p. 442.

Destarte, a Administração Pública se submete ao interesse geral como uma condição de validade de seus atos. Assim, segundo Carmen Chinchilla Marin,³³ “desviación de poder es, pues, el vicio que afecta al elemento reglado de todo acto administrativo que es el fin.”

E coube ao Tribunal Supremo da Espanha, pela decisão de 17 de março de 1970, estabelecer a similitude do abuso de direito com o desvio de poder, que possuem o ponto em comum de fraudar a lei: “que desde este punto de vista, la invocación del abuso de derecho y del fraude de ley están fuera de lugar en cuanto que no están referidos al ejercicio de un derecho, sino que se juzga un acto administrativo plural que si aparece reglamentado en todos sus elementos y se ajusta al ordenamiento jurídico, estará necesariamente orientado a la promoción del interés público y si no lo es y la Administración se aparta del sentido teleológico que debe dar a sus actos, la infracción habrá de denunciarse por el cause de la desviación de poder, institución propia del Derecho Administrativo que completa en esta materia las de fraude de ley y abuso del derecho, recogidas en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil.”

No Brasil, tal qual ocorreu na Espanha, a evolução do controle e da identificação do abuso de poder de autoridade administrativa ocorreu tarde, em comparação com a França e com a Itália.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, dispõe, de forma tímida, em seu artigo 35, que as autoridades, em geral serão responsáveis pelos abusos praticados. Por igual, a Constituição Republicana de 1891, conforme reforma de 7 de setembro de 1926m faz referência a abuso, seguindo a mesma forma da anterior, no mesmo artigo 35.

Pela primeira vez em uma Constituição, a de 16 de julho de 1934, aparece a expressão abuso de poder de autoridade.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, instituiu a ação sumária especial para anulação dos atos administrativos, preceituava em seu artigo 13, § 9º: “Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. a) consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstenendo-se de apreciar o mérito dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade; b) a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.”

Pois bem, os Tribunais Superiores no Brasil, inicialmente, protegiam o ato administrativo, visto que não permitiam que ele fosse controlado externamente, a não ser pelo vício da competência ou pelo excesso de poder do mesmo.

³³ MARIN, Carmen Chinchilla. Op. cit. ant., p. 111.

Na prática, o Poder Judiciário ficava engessado quanto ao controle de mérito e de oportunidade do ato administrativo, por entender que a atividade discricionária da Administração Pública era inviolável.

Dessa forma, como dito por Caio Tácito,³⁴ no Seminário sobre Direitos Humanos da ONU em Buenos Aires (1959): “O juiz pode considerar a motivação dos atos administrativos, mergulhando na apreciação da matéria de fato, para analisar os elementos de legalidade interna da conduta do administrador. Uma vez comprovada a inexistência dos motivos alegados, ou a observância de fins estranhos ou incompatíveis com a norma legal, os tribunais brasileiros têm anulado, em mais de um caso, a ilegalidade administrativa.”

E o mesmo Caio Tácito,³⁵ então professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, foi o responsável, em 1959, pelo primeiro livro sobre o tema ora em análise, contribuindo muito para o seu debate em nosso direito público.

O supracitado mestre, na obra já declinada, advertia:³⁶ O uso do poder discricionário, ou seja, da liberdade atribuída pela norma de direito na determinação da conduta do administrador, não se pode confundir com o abuso de poder, que se caracteriza pela violação da legalidade extrínseca ou intrínseca dos atos administrativos.”

Lentamente esta barreira do controle do ato administrativo discricionário, em seu aspecto de mérito e de conveniência vem sendo superada pela doutrina e pela jurisprudência, pois, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública passou a se constitucionalizar, vinculando-se a princípios e às normas maiores em todos os seus atos, pouco importando se eles são ou não discricionários.

III. – DA CORRENTE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL CONTRÁRIA AO EFETIVO CONTROLE DO ATO DISCRICIONÁRIO

Os que defendem a eternização do ato administrativo discricionário partem do pressuposto, dentre outros argumentos, que os Três Poderes, por serem harmônicos e independentes não podem sofrer sobreposição de funções dentro de cada Poder, sendo vedada a invasão e usurpação de atribuições.

Essa corrente doutrinária, descarta “a passagem do ato administrativo a idade da razão”,³⁷ para vincula-lo a um período historicamente autoritário, onde a Administração Pública, para satisfazer seus interesses, era independente, colocando-se acima da sociedade, como uma auto-proteção.

³⁴ TÁCITO, Caio. O Abuso de Poder Administrativo. In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 53.

³⁵ TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

³⁶ TÁCITO, Caio. Op. cit. ant., p. 12

³⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 11.

Sem a reflexão da evolução da Administração Pública para um plano constitucional-normativo, onde a natureza da sua função passou a ser regrada por princípios objetivamente definidos, nunca seremos capazes de entender o seu atual e fundamental papel.

A primeira fase do Direito Administrativo, aquela dos primórdios da Revolução Francesa fixou a noção de ato administrativo para delimitar as ações da Administração Pública “excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais”. E foi pela Lei de 16 Fructidor do Ano III (1795), que em consonância com o princípio da Separação dos Poderes, houve a subtração dos atos administrativos da jurisdição dos Tribunais Judiciais.

Esta providência foi oriunda da desconfiança do poder revolucionário, tendo como pano de fundo o fato dos Magistrados terem sido nomeados no “Antigo Regime”, o que significava um controle judicial ainda nas mãos da nobreza.

Surgiu, via de conseqüência, a noção de ato administrativo como forma a individualizar as atuações da Administração Pública sobre os quais o Poder Judiciário não poderia invadir. Ou seja, “tratava-se de um conceito que funcionava ao serviço da Administração perante o poder judicial.”³⁸

Ou, recordando-se a metáfora de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva,³⁹ sobre a evolução do Estado à história de Robinson Crusoe, como uma forma de desmistificação da impenetrabilidade do ato administrativo, dividida em dois momentos distintos, em conformidade com a cronologia, tem-se: “[...] Ao chegar à ilha, Robinson começa por se fortificar, reunindo todas as armas salvas do navio; só num segundo momento, quando se sentia já suficientemente seguro, ele parte à descoberta de sua ilha, estabelecendo relações de liberdade com as coisas, acabando por encontrar o Sexta-feira.”

Dessa forma, o Estado, em um primeiro e decisivo momento, teve que concentrar o Poder (Estado ditatorial, segundo concepções de Maquiavel, Bodin, Hobbes e Rousseau), para em um segundo momento, já fortalecido, procurar o homem, para estabelecer uma organização política, preconizada por uma construção de idéias garantidoras da liberdade e dos direitos individuais do cidadão através do expediente técnico da Separação dos Poderes, correspondente a um período liberal (cf. Locke e Montesquieu).

O Estado liberal surge, portanto, após o atingimento da sua segunda fase histórica, onde fortalecido ele vai encontrar a sua terceira e atual fase, que é a de um Estado Democrático de Direito, fiscalizado, por completo, por princípios constitucionais e pela norma jurídica para atingir o seu ideal.

Sucede, que ainda não houve, por parte da doutrina nacional, o total desprendimento da primeira fase do Estado, entendendo que quanto ao efetivo controle do ato

³⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*: Lições aos Alunos do Curso de Direito em 1988-89. Lisboa: s. ed. 1989. v. 3, p. 60.

³⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Estruturas da Sociedade: Liberdade e Solidariedade*. In: *Gaudium et Spes*. Lisboa: Rei dos Livros, 1988. p. 127.

administrativo discricionário, haveria uma indesejada intromissão à Separação dos Poderes, sendo vedado ao Poder Judiciário a devida e constitucional fiscalização.

Nesse sentido, Manuel de Oliveira Franco Sobrinho,⁴⁰ defendendo a especialização de cada Poder prelecionou: “Cada poder, portanto, tem o seu mister específico, de ordem interna especial jurídica. Partilha soberania não apenas teoricamente. Não disputa, porque possui *self-government*. A separabilidade dos outros Poderes é uma simples questão de meios de ação (círculos) compreendendo a tríplice ordem constitucional. As três funções orgânicas, legislativa, executiva e judiciária, desempenham atividades saídas de regras jurídicas constitucionais, por onde se vê a diferenciação do poder estatal em legislativo, executivo e judiciário, caracteriza a rigidez de dogmas verdadeiros (reais) ligados à distribuição de poderes.” –[itálico no original]-

Analisando a evolução do Direito Administrativo, em precioso estudo, Cláudio Ari Mello⁴¹ fez uma fiel descrição de como era vista a zona livre de jurisdição do Poder Executivo do passado, imune o ato administrativo discricionário a qualquer tipo de controle externo: “O Direito Público concebido sob esse contexto engendrou uma administração pública cujas atividades estariam substancialmente previstas na legislação que fixaria os elementos básicos da atuação administrativa e as finalidades a serem alcançadas, estabelecendo uma vinculação positiva do administrador à lei, segundo a qual a administração só poderia fazer o que estivesse expressamente autorizado nas normas legais. Como nenhum tipo de atividade humana, nem mesmo a legislação, pode antever, predizer e projetar todos os fatos, humanos e naturais, que exigirão a ação governamental, ao lado da estrita vinculação do administrador às normas legais, sempre remanesceu um espaço de liberdade de escolha ou de decisão, ou seja, de discricionariedade administrativa. Como esse ‘vácuo legal’ era uma deferência do legislador à contingencialidade da ação administrativa, a fiscalização judicial estava inteiramente interdita. Onde houvesse discricção, não haveria jurisdição. A evolução da dogmática e da experiência pretoriana do direito administrativo produziu uma teoria ampla da discricionariedade que procurou delimitar os campos da vinculação e da discricção do administrador e definir as fronteiras do controle judicial, criando uma zona livre de jurisdição no âmbito do Poder Executivo.” - [aspas no original]-

Diógenes Gasparini⁴² é um dos grandes administrativistas que entende que os atos administrativos discricionários não podem ser questionados quanto ao mérito (conveniência e oportunidade): “Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha, se faz por critérios de *conveniência e oportunidade*, ou seja, de *mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do

⁴⁰ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 1, p. 132.

⁴¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 229.

⁴² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 87-88.

agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou de outro modo. Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da *conveniência* e da *oportunidade*, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT 446:213).” –[itálico no original]-

Praticado dentro do âmbito que admite a Lei, Odete Medauar,⁴³ também se perfilha aos que entendem ser inapreciável pelo Poder Judiciário a análise da oportunidade do ato discricionário elaborado pelo Poder Executivo: “Em ordenamentos estrangeiros, os termos ‘oportunidade’ ou ‘juízo de oportunidade’ traduzem a apreciação do mérito. Em alguns temas aparece o contraponto entre *legalidade* e *mérito*, em especial, nos estudos sobre o ato administrativo, como aspectos do mesmo, e nos estudos sobre controle jurisdicional da Administração, quando se discute o alcance desse controle, mencionando-se que ao Judiciário descaberia exame do mérito das decisões da Administração.” –[aspas e itálico no original]-

Não é outro o posicionamento de Lúcia Valle Figueiredo:⁴⁴ “A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submetiam a controle, no pertinente a seu *mérito*. O caminho da evolução foi – sem dúvida – a afirmação de que ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o *mérito* das decisões discricionárias. E por *mérito* do ato compreendiam-se as razões de *conveniência* e *oportunidade* que teriam fundamentado a decisão do administrador.” –[itálico no original]-

Agrega-se a esta corrente a ilustre Jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁴⁵ que apenas concorda com o controle do Poder Judiciário sobre o ato administrativo discricionário em caso de ilegalidade formal: “Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível *mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei*. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a *opção legítima* feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.” –[itálico no original]-

⁴³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 120.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 211-212.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 209.

Ao finalizar o pensamento dos ilustres Administrativistas aos quais nutrimos a maior admiração por seus magistrats e imprescindíveis posicionamentos, agrega-se a eles o imortal Hely Lopes Meirelles,⁴⁶ que faleceu logo após a promulgação da atual Carta Magna: “*Poder Discricionário* é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo [...] O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionário do administrador pelo do Juiz.” –[itálico no original]–

Em seu *Curso de Direito Constitucional*, Celso Ribeiro Bastos,⁴⁷ em nota de rodapé, citou o REO nº 165.977/STF, que corrobora as colocações doutrinárias citadas anteriormente.

O STJ, pelo RESP nº 169.876-SP, colacionado por Carlos Pinto Coelho Motta, em seu *Curso Prático de Direito Administrativo* também já decidiu de forma similar aos judiciosos posicionamentos que defendem a impossibilidade do Poder Judiciário invadir a seara do mérito do poder discricionário administrativo, dentre outros julgados daquela Colenda Corte.

Como visto, a doutrina e a jurisprudência declinadas defendem que não compete ao Poder Judiciário apreciar o mérito de atos administrativos discricionários.

Estas lições deixaram grafado não competir ao Poder Judiciário o exame do mérito, da oportunidade e da conveniência do ato administrativo discricionário, visto que a Lei confere poderes para a prática de tal ato.

Também convergíamos com estes avalizados posicionamentos, desgarrando-nos dessas correntes doutrinárias após a edição da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que de forma inédita constitucionalizou a Administração Pública, criando princípios e normas que vinculam a todos, independentemente da forma ou da solenidade do ato administrativo, ou seja, se ele é ou não discricionário.

IV. – DA DIVISÃO DE FUNÇÕES DOS PODERES E A SUA COMPETENTE HARMONIZAÇÃO COM A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Após todo o relato dos eminentes Administrativistas citados anteriormente se extrai a firme convicção de que o ato administrativo discricionário não poderia ser revisto pelo controle do Poder Judiciário, quando se trata do juízo de mérito, oportunidade e conveniência do administrador público.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109-110.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 101.

Sucedem que tais pensamentos foram construídos em uma época em que o Direito Constitucional ainda não havia constitucionalizado todos os ramos do Direito, passando a ser o verdadeiro protagonista nas relações públicas e privadas. Aliás este é um dos traços fundamentais do constitucionalismo moderno,⁴⁸ que rompendo as fronteiras anteriores é o regente de todos os ramos do Direito.

A incorporação desses princípios constitucionais constitui marco da evolução do Direito Público, que possuía na justiça administrativa a marca do Antigo Regime deposto pela Revolução Francesa.

Ou seja, foi criada uma justiça administrativa como substrato das idéias liberais que despontavam, contudo ainda prevaleciam os velhos conceitos do regime anterior. Daí a necessidade de uma Separação de Poderes, que culminou com a criação do contencioso administrativo, tendo como objetivo a proteção do Estado, com “a proibição dos Tribunais judiciais conhecerem dos litígios é, em grande parte, explicável como uma reação contra o modo de atuação dos parlamentos no Antigo Regime”.⁴⁹ Sendo que a criação do Conselho de Estado, exercendo funções em matéria de contencioso administrativo se assemelha à figura, mal comparando com o Conselho do Rei, existente no Antigo Regime.⁵⁰

Na realidade, o Estado pensado por Maquiavel tinha como função desgarrar-se do poder típico da Idade Média, através da criação de uma entidade que unificava entre si os poderes da sociedade, encarnada na pessoa do Príncipe.

Por isto, o Estado, como realidade, foi criado artificialmente pelo homem para atingir determinados objetivos, tendo na Administração Pública a mesma identidade, e por isso, naquela época, ela era imune de qualquer intervenção externa.⁵¹

Visou, portanto, a Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, no “*De l’Esprit des Lois*”, inspirada na experiência de Locke, (sendo que os ingleses desconheciam a noção de Estado),⁵² manter impenetráveis os atos da Administração Pública ao poder judicial,⁵³

⁴⁸ “Já não é novidade afirmar que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico. Um dos traços fundamentais do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, tornando tênues as fronteiras entre o direito público e privado.” (Jane Reis Gonçalves Pereira. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120).

⁴⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit. ant., p. 21.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Cf. PASTOR, Juan Allonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. 1, p. 47-48.

⁵² Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. v. 1, p. 20.

⁵³ “Ao subtrair o controlo da Administração ao Poder Judicial, os revolucionários franceses podiam, portanto, invocar o princípio da separação de poderes, encontrando ‘cobertura’ para essa interpretação no pensamento de Montesquieu. (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit. ant., p. 19).

como explicam George Dupis e Marie-José Guédon:⁵⁴ “a revolução queria instaurar a separação de poderes e, no fundo, a separação das autoridades administrativas e judiciais é entendida, na época, como uma consequência natural.”

Foi preciso, em um primeiro momento, para o próprio bem da humanidade, ter na Separação de Poderes um mito, para atingirmos a devida maturidade do Direito Público.

Assim a presente constitucionalização dos direitos tomou força após a segunda grande guerra mundial, onde a proeminência dos direitos fundamentais do ser humano passou a ser a grande preocupação universal, surgindo novos valores éticos e morais, como forma de se desgarrar do citado mito da Separação dos Poderes.

Assim, os direitos fundamentais do homem incorporados ao constitucionalismo atual passou a ser o traço marcante do Estado do Bem-Estar Social.

A doutrina alemã foi uma das primeiras a enfrentar o presente tema, e após a natural evolução passou a permitir o controle judicial dos atos administrativos, inclusive os discricionários através do “enfoque jurídico funcional”⁵⁵ (*funktionell-rechtliche Betrachtungs-weise*), resultado da Constituição como procedimento do Estado prestador de serviços e como uma forma de realização dos direitos fundamentais, na dimensão de direitos de participação.⁵⁶

Este novo e atual enfoque parte do pressuposto de que o clássico princípio da Separação dos Poderes não possui mais um divisor de atuação entre os respectivos Poderes, visto que ele deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções; controlado, fiscalizado e coordenado pelos diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito.⁵⁷

O conceito de divisão funcional permite o controle do conceito jurídico indeterminado, da margem de livre apreciação e da discricionariedade sem que um poder afronte ao outro, ou invada o raio de competência alheia. A cooperação dos poderes substitui o bloco unitário do Estado.

Isto se dá, em nosso Direito Constitucional, quando o Poder Legislativo possui controles em relação ao Poder Executivo, nos seguintes casos: autorizar o Presidente da República a declarar guerra e fazer a paz (art. 49, II, CF); dispor sobre tratados e convenções com países estrangeiros, celebrados pelo Presidente da República (art. 49, I, CF); sustar atos normativos do Poder Executivo que excedam o poder regulamentar ou dos

⁵⁴ DUPIS, George; GUÉDON, Marie-José. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Armand Colin, 1991. p. 44.

⁵⁵ Cf. KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental*. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 45.

⁵⁶ HÄBERLE, Peter. Das Grundgesetz und die Herausforderungen der Zukunft-wer Gestaltet unsere Verfassungsordnung? In: Hartmut Maurer, *Das Akzeptiere Grundgesetz – Festschrift für Guenter Duerig Zum 70 Geburtstag*, Beck. Munique: Beck, 1990. p. 16.

⁵⁷ Carl Schmitt citando H. Stoll, defende: “El pleno derecho de control judicial es el verdadero coronamiento del Estado de Derecho. (SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitución*. Tradução de: Manuel Sanches Sarto. Madrid: Tecnos, 1931. p. 59).

limites de delegação legislativa (art. 49, V, CF); receber o compromisso quando da posse do Presidente e do Vice-presidente (art. 57, III, CF); por maioria absoluta o poder de derrubar o veto presidencial em texto legal (arts. 57, IV e 66, § 4º, CF); aprovar intervenção federal determinada pelo Presidente da República (art. 84, X, CF); aprovar o Estado de defesa (art. 136, § 4º, CF) decretado pelo Presidente da República (art. 84, IX e X, da CF); autorizar o Presidente da República a decretar Estado de Sítio (art. 84, IX, CF); com o auxílio do Tribunal de Contas, fiscalizar as despesas públicas (art. 71, I e II, CF); aprovar a indicação do Presidente da República de Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CF) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CF), do Procurador-Geral da República (art. 128, § 1º, CF), Ministros do Tribunal de Contas (art. 73, § 2º, I, CF), Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente (art. 52, IV, CF); eleger membro do Conselho da República (art. 89, VII, CF).⁵⁸

Pela divisão de funções dos Poderes, apesar do Poder Legislativo ter ingerência sobre todos estes citados atos discricionários do Presidente da República não ocorre a invasão de competência ou a indevida intromissão, pelo contrário, para o ato privativo do Executivo se consumar juridicamente ele necessita da concordância do Legislativo.

Em relação ao Poder Executivo, ele controla o Poder Legislativo quando o Presidente da República, em caso de relevância e urgência, edita Medidas Provisórias (art. 62, CF) ou solicita o regime de urgência em projetos de lei de sua autoria (art. 64, CF); sanção ou veto presidencial no processo legislativo ordinário (art. 66, CF); nomeação de membros do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo (art. 73, § 2º, I, CF).

O mesmo fenômeno ocorre quando o Poder Legislativo controla ou estabelece condições para o Poder Judiciário, nas seguintes situações constitucionais: Organização Judiciária (arts. 48, X; 124, parágrafo único; 113 e 121, todos da CF); aprovar nomeação de Ministros do STF e de Tribunais Superiores pelo Presidente da República (art. 84, XIV, CF); concessão de anistia mesmo que tenha decisão judicial transitada em julgado (art. 48, VIII, CF); promover o processamento e o julgamento do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República, por crimes de responsabilidades (arts. 51, 52, I e II, CF), CPI para investigar autoridades judiciais (art. 58, § 3º, CF).⁵⁹

Também vigora o controle do Poder Executivo em relação ao Poder Judiciário, quando ele escolhe e nomeia os Ministros do STF e do STJ, bem como quando é concedido o indulto ou a comutação de penas (art. 84, XII, CF).

Portanto, quando o Poder Judiciário controla os Poderes Executivo e Legislativo, ele também não invade o princípio da Separação dos Poderes, visto que a Constituição promoveu a divisão de funções dos poderes para humanizar mais o Direito Público, voltado para as garantias dos direitos fundamentais da sociedade e do Cidadão.

⁵⁸ Cf. Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 140-141.

⁵⁹ Cf. Alexandre de Moraes. Op. cit. ant., p. 141.

Certeira foi a observação de Mário Nigro, quando afirma que “a Administração Pública já não existe mais [...], apenas existem as Administrações Públicas entre as quais se desenvolvem relações, conflitos, acordos, controvérsias que modificam o direito administrativo substancial e influem também no processo.”⁶⁰

Esta divisão de funções dos Poderes do Estado está fundamentada na ordem democrática que rege a Constituição, onde a fiscalização e a coordenação recíproca entre os diversos órgãos públicos é uma realidade atual. Assim a divisão de poderes perde a sua anterior característica rígida de distribuições de tarefas, mecanicamente, sem que haja a atual integração racionalizada das várias funções do Estado.⁶¹

Melhor esclarecendo, seguem as sábias palavras de Andréas J. Krell:⁶² “Reconhecendo que, no Brasil, as funções do Estado são separadas em órgãos independentes e harmônicos (art. 2º, CF), o problema específico dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo deve ser compreendido na base dessa divisão funcional. Ao mesmo tempo, a Administração está claramente sujeita ao princípio da legalidade (art. 5º, II, e 37, *caput*, CF), sendo a questão justamente definir a quem a ordem jurídica atribui a interpretação e concretização desses conceitos e a decisão final sobre sua correta aplicação ao caso concreto: ao administrador, ao juiz ou se há uma distribuição dessa tarefa entre dois Poderes. Essa pergunta pela ‘densidade de controle’ (*kontrolldichtel*) surge de forma idêntica no âmbito da discricionariedade administrativa *strictu sensu*, localizado no mandamento da norma.”

A Constituição dotou o Poder Judiciário de mecanismos jurídicos para combater os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, sem que se caracterize uma indevida intromissão de um Poder sobre os outros, conforme decidido no RE nº 259.335 Agr/RJ-STF:⁶³ [...] Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. Agravo regimental não provido.”

Portanto, não há intromissão indevida de um Poder sobre o outro, quando o Poder Judiciário intervém para assegurar os princípios constitucionais, mesmo que o ato seja grafado como discricionário e que haja a necessidade de análise de mérito, pois o regime democrático exige tal conduta. A escolha discricionária não é indiferente ao Direito. O ideal do Estado não é o extermínio da discricionariedade, mas a sua juridicidade, entendida como modo de realização do Direito.

⁶⁰ NIGRO, Mário. *Transformazioni dell' Amministrazione e tutela e Procedura Civile*. Milão, n. 1, p. 22. mar./1980.

⁶¹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 34-35.

⁶² KRELL, Andréas J. Op. cit. ant., p. 45.

⁶³ STF. Rel. Min. Maurício Corrêa, RE 259.335/Agr/RJ, 2ª T., DJ de 7.12.2000. p. 22.

Em rigorosa manutenção do controle do poder, como exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático, o STF⁶⁴ afastou possível transgressão ao princípio da Separação de Poderes: “[...] O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado Democrático de Direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF).

Em uma outra hipótese jurídica, envolvendo correção de prova de concurso público, a interferência do Poder Judiciário,⁶⁵ para restabelecer os cânones constitucionais, não foi tida como violadora do princípio político da Separação de Poderes.

Com a perda da onipotência do Estado em face da Constituição, a invocação do princípio da Separação dos Poderes, como uma forma de prejudicar a sindicabilidade do ato administrativo, constitui-se como artifício para deixar imune de controle os atos arbitrários.

Paulo Otero,⁶⁶ eminente Administrativista lusitano, considera um erro histórico consistente na Separação de Poderes como uma tentativa de impedir que o Poder Judiciário possa penetrar na essência do ato administrativo: “Existe aqui um verdadeiro equívoco histórico: utiliza-se o dogma da separação de poderes para, num primeiro momento, excluir a atividade administrativa do controle pelos Tribunais Judiciais, criando-se dentro da própria Administração órgãos de controle que, num segundo momento, invocando uma vez mais a separação de poderes, são tratados como tribunais para permitir agora que não exerçam sobre os outros órgãos da Administração poderes de injunção e de substituição que se teriam de considerar legítimos entre órgãos situados no interior da Administração Pública.”

⁶⁴ STF. Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452/RJ, Pleno., DJ de 12 maio 2000. p. 20.

⁶⁵ STF. Rel. Min. Marco Aurélio, Ag. 171342-0. *Informativo* STF nº 28.

⁶⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 278.

Assim, como intérprete da Constituição,⁶⁷ o Poder Judiciário na divisão de funções dos Poderes do Estado, foi alçado a condição de manter efetivos os “princípios gerais de interpretação constitucional”,⁶⁸ reconhecidos pela dogmática e jurisprudência da Alemanha como princípios da “unidade de constituição”,⁶⁹ sem que isto signifique uma indevida e indesejada violação ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, CF).

V. – DO CONTROLE CONSTITUCIONAL DO ABUSO DE PODER

A interpretação dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, feita pelo Poder Judiciário não invade a esfera dos demais órgãos políticos,⁷⁰ tendo em vista que ela objetiva manter eficaz tais comandos supremos, coibindo abusos ou excessos de poder por parte dos órgãos públicos.⁷¹

Desta forma, o Direito Constitucional concretizado pelos Tribunais, que Ronald Dworkin⁷² defende como “direito constitucional comum” é fortificado pela interpretação da norma legal que assumiu dimensão constitucional, com plena eficácia.⁷³

Essa necessária e constitucional interpretação (art. 5º, XXXV, CF) determina, sempre que solicitado, a intervenção do Poder Judiciário, para afastar lesão ou ameaça a direito, independentemente da qualificação da parte passiva na lide. A ordem jurídico-constitucional assegura a todos o acesso ao Poder Judiciário em concepção integral,⁷⁴ sem que tal prerrogativa constitua na indesejada invasão de um Poder sobre o outro.

⁶⁷ Cf. QUEIRÓS, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 136.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 226.

⁶⁹ “A unidade da Constituição surge com a conjugação do processo e das suas funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da teoria da Constituição e da teoria da Democracia.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de: Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 32-33).

⁷⁰ A respeito do tema, segue o seguinte aresto do STF: “1.Servidor público estadual - Gratificação de Responsabilidade - GR concedida por lei a todos os servidores da SEFAZ ocupantes de cargos comissionados: extensão aos servidores inativos - aposentados em cargos comissionados, com base no art. 40, § 4º,CF (red. anterior à EC 20/98): o reconhecimento do direito a tal extensão, por decisão judicial que deu cumprimento a norma constitucional auto-aplicável, não ofende os princípios da separação dos poderes e da estrita legalidade, nem contraria a Súmula 339/STF. 2. Agravo regimental: interpretação de direito local, inviável na via do extraordinário: Súmula 280.” (STF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, AI 276786 AgR/AM, 1ª T., DJ de 25 abr. 2003. p. 35).

⁷¹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 251.

⁷² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: The Fontana Press, 1986, reimp. 1991. caps. 10 e 11.

⁷³ Identificada a eficácia da Constituição como força normativa de sua preservação, Konrad Hesse, informa: “Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático’. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata’, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que toda as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 22).

⁷⁴ STF. Rel. Min. Marco Aurélio, R nº 158.655-9/PA, 2ª T., DJ de 2 maio 1997. p. 16.567.

Como todos os Poderes Públicos estão obrigados a respeitar os princípios e as normas constitucionais, qualquer lesão ou ameaça outorga ao lesado a possibilidade de ingresso ao Poder Judiciário, que instado a se pronunciar, possui a indelegável missão de manter a unidade da Constituição, mesmo que ele tenha que adentrar o controle do mérito do ato administrativo discricionário.

Esta responsabilidade pela tutela da ordem jurídica⁷⁵ constitucional, afasta a premissa de uma pseudo invasão de competência de poderes, tendo em vista que o uso de uma faculdade discricionária não possui mais o condão de retirar do Poder Judiciário a possibilidade de verificar se houve ou não desvio de poder.⁷⁶

Vigora no campo do Direito Constitucional – Administrativo a influência de preservação dos direitos fundamentais desenvolvidos pela jurisdição constitucional do *Bundesverfassungsgericht* como “princípios de uma ordem jurídica geral”, capaz de justificar a atuação ampla do Poder Judiciário.

Jürgen Habermas,⁷⁷ jusfilósofo alemão, citado por Patrícia Baptista,⁷⁸ testemunha a insuficiência da ultrapassada construção clássica do princípio da Separação de Poderes, para defender a irradiação dos direitos fundamentais para todas as esferas do Direito, principalmente para aquelas relacionadas à atuação do Estado: “Esses ‘conteúdos essenciais’ ou ‘limites imanentes’ dos direitos fundamentais, operam, segundo o autor, como parâmetros da atuação do Estado-administrador, no campo onde a lei formal não alcança. Por meio de sua realização pela jurisdição constitucional, servem para superar a insuficiência atual da construção clássica do princípio da separação de poderes, atuando como balizamentos controláveis e aferíveis para a atuação administrativa, sobretudo sob a forma do Estado Social. Trata-se de um efeito irradiador dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito e, particularmente, para aquelas relacionadas à atuação do Estado. O direito constitucional, para, assim, assumir o papel de autêntico limite substantivo, e não meramente formal, do direito administrativo.” –[aspas no original]-

Konrad Hesse,⁷⁹ mantendo eficaz o atual quadro da ordem democrática, onde o controle de poder estabelece o equilíbrio das forças políticas, em total alteração à construção inicial da divisão de Poderes, estabelece, o Poder Judiciário como o responsável pela manutenção da integridade da Constituição: “Um elemento de equilíbrio dos poderes estatal-jurídico é o controle judicial do poder executivo (art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental), nomeadamente, porém, o controle de todos os poderes estatais pela jurisdição constitucional, dotada com ampla competência na Lei Fundamental. Esse controle significa uma incorporação, até agora desconhecida à tradição constitucional alemã, do Poder Judiciário no sistema dos refreamentos de poderes e controles. O elemento

⁷⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. ant., t. 3, p. 386.

⁷⁶ Cf. TÁCITO, Caio. Controle Judicial da Administração Pública no Direito Brasileiro. In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 997.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 308-309.

⁷⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Transformação do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 42-43.

⁷⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 376-377.

estatal-jurídico do equilíbrio de poderes, que se torna eficaz nele, une-se com o democrático, porque ele abre a possibilidade à minoria de recorrer à proteção do tribunal constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição e, assim, de consolidar sua situação – em que, naturalmente, o Tribunal Constitucional nenhum outro peso pode lançar no prato da balança senão aquele da sua própria autoridade.”

Estes efeitos refreadores do poder a que aduz Konrad Hesse estabelecem a eficácia da Constituição como uma forma de equilibrar os poderes.

Portanto, fica ultrapassada a assertiva clássica de que quando o Poder Judiciário penetra no mérito, na conveniência ou na oportunidade do ato administrativo discricionário, ele está ultrapassando a fronteira da Separação de Poderes. Como visto, pela atual divisão de funções dos Poderes compete ao Poder Judiciário manter a unidade da Constituição, de forma que o Estado, em todas as suas ramificações preconize os ditames Constitucionais, como uma forma de manter livre e justa toda a sociedade.

Está ultrapassada a barreira dos limites dos Poderes, como uma forma de impedir a devida e constitucional fiscalização do Poder Judiciário, responsável pela realização da efetividade das normas e dos princípios contidos na Lei Fundamental.

Surge, em nossos dias, um novo conceito central do Direito Administrativo, que influenciado pelo direito alemão, incorporou na Constituição o centro da razão do Estado.

Assim, a atual Constituição, como dito por Caio Tácito⁸⁰ abriu “novos caminhos para a contenção de abusos do Poder Administrativo, acenando como aperfeiçoamento das instituições democráticas, a valorização do homem comum e a maior proteção dos interesses comunitários.”

A Discricionariedade ampla, desgarrada do Direito e da Lei, que poderia parecer sugerida, onde a oportunidade ou a conveniência administrativa imperavam na tomada do ato livremente, como era compreendida pela Administração do século passado motivou, Hans Huber⁸¹ a afirmar que ela era “o cavalo de Tróia do Estado de Direito”, algo a ser considerado como ultrapassado pelo Direito Constitucional e pertencente à arqueologia jurídica.

E foi justamente pela constitucionalização do Direito Administrativo que houve a devida evolução, onde os princípios fundamentais deste ramo do Direito deixaram de ser exteriorizados pela legislação infra-constitucional para tomar assento na própria Teoria Constitucional, representada por suas normas e seus princípios.

Quanto aos princípios, ainda no meio para o final do século passado, a doutrina, abolindo o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, utilizados

⁸⁰ TÁCITO, Caio. Op. cit. ant., p. 1012.

⁸¹ HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats. In: *Demokratie und Rechtsaat, Festgabe Zum 60. Zürich: Geburtstag von Zaccaria Giacomett, 1953. p. 59.*

para validar o mecanismo da discricionariedade administrativa,⁸² demonstrou que o sistema jurídico não era mais composto somente de regras, mas também de princípios constitucionais, visto que os direitos fundamentais do cidadão não poderiam mais figurar como peça decorativa. E coube a Josef Esser,⁸³ Ronald Dworkin⁸⁴ e Robert Alexy,⁸⁵ dentre outros notáveis doutrinadores demonstrar a transformação do Direito, que passou a ter nos princípios constitucionais uma referência capaz de abolir as idéias passadas de que os princípios gerais de direito, os costumes e a analogia é que representavam o sistema jurídico. Com certeza, essa atual concepção trouxe novo *status* constitucional, através da idéia do controle do ordenamento jurídico pelos preceitos e princípios, consagrando o surgimento da Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo.

O novo constitucionalismo se afastou do modelo positivista da jurisprudência dos conceitos e dos valores,⁸⁶ para buscar nos princípios o seu verdadeiro fundamento de validade.

Esta grande virada na interpretação constitucional estabelece a necessidade de se cumprirem não só as normas, mas também os princípios da Lei Fundamental. Os princípios deram novo alcance a todos os ramos do Direito, visto que como vetores da ciência jurídica constituem-se proposições básicas e fundamentais a serem seguidas pelo Poder Público⁸⁷ como um todo.

Para Paulo Bonavides,⁸⁸ os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.”

Assim, a elevação dos princípios no plano constitucional permitiu uma maior valoração dos direitos fundamentais, como aventado por Karl Larenz:⁸⁹ “Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, da Lei Fundamental) [...]; o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art. 3º, parágrafos 2º e 3º da Lei Fundamental e, para além disso, a idéia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19, parágrafo 4º e 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à idéia de Estado Social.” - [aspas no original]-

⁸² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 233.

⁸³ ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁸⁶ ESSER, Josef. Op. cit. ant., p. 9.

⁸⁷ Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitações e Seus Princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 7.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84.

⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 479.

A seguir, o citado mestre germânico⁹⁰ arremata: “É reconhecido que estes princípios hão de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização das cláusulas gerais.”

Os princípios constitucionais possuem grande valor normativo, constituindo-se a própria realidade jurídica, com reflexo em todos os ramos do Direito.

Ao constituírem, os princípios constitucionais, a base do ordenamento jurídico, “la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica”,⁹¹ são idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação.

Portanto, pela nova interpretação constitucional é estabelecida a necessidade de se cumprirem não só as normas mas também os princípios.

Os princípios gerais de uma ciência, na visão de Norberto Bobbio,⁹² nada mais são que “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais graves”.

Sugerindo os princípios com a expressão “mandado de otimização”, Robert Alexy⁹³ escreveu: “Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau em que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.”

Também merece destaque, as colocações de German Bidart Campos,⁹⁴ que ao se referir à hermenêutica constitucional, pontificou “si hay principios generales del derecho constitucional (y no sólo la integración) deve girar en torno de ellos, em cuanto gozan de la supremacia de la constitución a la que pertencem.”

Para Marcello Ciotola,⁹⁵ “os princípios são definidos como verdades de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de Juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Entendidos como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, os princípios, tendo por base sua generalidade ou abrangência, se dividem em onivalentes, plurivalentes e monovalentes.”

⁹⁰ Id.

⁹¹ Cf. PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 59.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 256.

⁹³ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Doxa: Universidad de Alicante, n. 5

⁹⁴ CAMPOS, German Bidart. *La Interpretacion y el Control Constitucionales en la Jurisdiccion Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1988. p. 234.

⁹⁵ CIOTOLA, Marcello. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Coord.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29.

Como alicerce do conhecimento, os princípios não podem ser dissociados do contexto geral, cabendo, nesse particular, registrar as colocações feitas por Miguel Reale:⁹⁶ “Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referencia e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.”

Tanto os princípios como as regras de uma Constituição se transformam em normas, porque determinam para toda a sociedade o que deve ser seguido e cultuado.⁹⁷

In casu, os princípios contidos no *caput* do art. 37, da CF são expressos e determinados, fazendo nascer para a Administração Pública a obrigatoriedade de segui-los, sob pena de cometimento de ato ilegal, distanciado do que vem estatuído na Constituição.

Os princípios *sub oculis*, como conceituado por José dos Santos Carvalho Filho,⁹⁸ são “diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.”

Funcionam, assim, os princípios, como normas fundamentais para boa gestão da coisa pública.

Com esta fundamentação, onde os princípios constitucionais caracterizam-se como “raízes” do Direito Administrativo, houve substancial alteração deste ramo do Direito, que passou a ser totalmente vinculado a essa nova filosofia de conceitos.

Destarte, através desta vinculação, os princípios constitucionais passaram a controlar a Administração Pública, em especial no aperfeiçoamento do controle desta quanto aos seus atos discricionários,⁹⁹ permitindo uma identificação do ambiente decisório do administrador, em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração a serem seguidos.¹⁰⁰

⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 61.

⁹⁷ “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ajuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, a igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 83).

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 12.

⁹⁹ Nesse sentido se posiciona Patrícia Baptista: “A mais destacada atuação dos princípios constitucionais do direito administrativo se verifica no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública, sobretudo no controle da discricionariedade.” (BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. ant., p. 91).

¹⁰⁰ VILHENA, Oscar Vieira. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um ensaio sobre os Limites Materiais do Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 200-201.

Assim, a oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser desprezados pelos princípios da Constituição, que funcionando como critério objetivo de toda a Administração Pública, devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público. Estes limites de ordem constitucional demarcam o espaço de atuação do administrador, como infere Luís Roberto Barroso:¹⁰¹ “O poder discricionário, portanto, encontra limites, como já referido, na finalidade legal da norma que o instituiu, mas também, e primordialmente, nas normas constitucionais. No normal das circunstâncias, como no caso examinado neste estudo, a finalidade legal do ato a ser praticado e as normas constitucionais são limites que convivem harmoniosamente para demarcar o espaço de atuação do administrador, mas é importante registrar que, em caso de conflito insuperável entre esses dois elementos, a supremacia será sempre das normas constitucionais, admitindo-se até mesmo que o administrador deixe de dar cumprimento à lei em reverência à Constituição.”

Funcionam os princípios como os vetores à guiar todo ato público, inclusive o administrativo discricionário.

Assim, o ato administrativo discricionário, em seu todo, fica vinculado aos critérios objetivos dos princípios constitucionais, não como uma forma de limitação, mas sim como um aperfeiçoamento da medida a ser adotada.

É preciso que se dê um fim a idéia de que com a vinculação do ato administrativo discricionário aos princípios constitucionais, estar-se-ia impedindo a livre movimentação do administrador, pois esta nova filosofia do Direito Administrativo Constitucional amadurece o ato público qualitativamente. Nada é mais nefasto do que atos discricionários ocultando interesses particulares, contrários à finalidade pública. Por esta razão, a vinculação aos princípios da Constituição na tomada de posição do administrador, evita que fins alheios ao interesse público sejam os prevalentes.

Nesse sentido, precisas foram as colocações de Alexandre de Moraes:¹⁰² “O mérito do ato administrativo, que somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses legal e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público. Mérito, portanto, do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade, dentro da legalidade e moralidade, existente nos atos discricionários. Dessa forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório. [...] Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevalier, ‘o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito.’” -[aspas no original]-

Portanto, a verificação dos princípios constitucionais no ato administrativo discricionário não inviabiliza o critério de oportunidade e de conveniência, visto que estes

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. ant., t. 3, p. 367.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 135-136.

comandos maiores não impedem a tomada de atos, apenas criam condições que evitam a arbitrariedade e o abuso de poder.

Nessa situação é que o controle jurisdicional é imperioso para o equilíbrio de forças, pois o administrado possui nos princípios constitucionais a garantia de que não será oprimido pela envergadura do poder público.

Assim, como consequência do Estado de Direito, não há mais espaço para a criação do ato administrativo discricionário desvinculado dos princípios e das normas constitucionais.

Destarte, a vinculação do Estado à legalidade constitucional retira do administrador público a condição de promover uma escolha livre para a tomada do seu ato discricionário afastada dos princípios constitucionais, pois a sua liberdade não é total na atual fase do Direito Administrativo Constitucional, ela é vinculada aos instrumentos contidos na Constituição.

Não é retirado, por esta ótica, o exercício de competência de um poder-dever funcional, relativamente livre, mas é ressaltado que ele será sempre subordinado a realização de objetivos harmonicamente impostos em um Estado de Direito, desde logo fixados pelos princípios constitucionais.

Portanto, a livre escolha administrativa continua a existir, apenas ela é vinculada aos princípios da administração pública, para que a sociedade tenha a garantia de que os homens públicos atuarão direcionados aos interesses de todos (públicos) e não ocorram desvios de finalidade indesejados.

Em alentado estudo, M. Francisca Portocarrero,¹⁰³ averba sobre “discricionariedade pura” no novo âmbito constitucional: “Assim, ao utilizar-se a expressão ‘discricionariedade pura’ não poderá deixar de se ter presente o novo quadro constitucional e legal da discricionariedade, nas modernas Administrações de Estados de Direito. [...] Bem como pensamos que não se pode caracterizar, sem mais, aquela escolha discricionária, entre soluções jurídicas, como verdadeiramente livre, uma vez que ela é condicionada pelos pressupostos fixados pela norma, sendo sempre função deles; e é, ainda, função da aplicação dos princípios jurídicos gerais da atividade administrativa, sempre reguladores do exercício da discricionariedade, máxime os da imparcialidade e da proporcionalidade.” – [aspas no original]-

Em um Estado de Direito, as atividades das autoridades administrativas são vinculadas sempre aos princípios e preceitos da Constituição, não existindo uma zona de

¹⁰³ PORTOCARRERO, M. Francisca. Notas sobre Variações em Matéria de Discricionariedade. A propósito de Algumas Novidades Terminológicas e da Importância de Construções Dogmáticas pelas Nossas Doutrina e Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo. In: VAZ, Manuel; LOPES, J. A. Azeredo (Coords.). *Juris Et de Jure* – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1988. p. 648 - 650.

atuação¹⁰⁴ “completamente livre”, pois a liberdade consiste em conformar a necessidade do ato aos comandos eleitos para a sua boa e eficaz validade. Com isto, não se retira a competência discricionária do agente público, apenas ela é vinculada aos princípios constitucionais para melhor servir ao interesse coletivo. Não se deve esquecer que os princípios ao serem embutidos na Lei Fundamental já foram ponderados pelo Constituinte, de forma que fosse balizada a atuação da Administração Pública.

Não vigora mais a idéia da discricionariedade clássica, onde a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial, pois os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, podendo haver análise de mérito do ato administrativo.

Deturpa-se, por outro lado, o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário,¹⁰⁵ como se ele fosse o intruso aleatoriamente, descartando-se que a sua missão é combater o excesso de poder do órgão público, quando confrontados seus atos com os princípios e as normas legais.

Ou, como deixamos expresso em outra oportunidade:¹⁰⁶ “A constitucionalização das regras da Administração Pública permite ao Poder Judiciário um controle mais efetivo sobre os atos administrativos. [...] Mesmo o ato administrativo discricionário não poderá ser caracterizado em colisão com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

A vinculação da Administração à realidade constitucional faz com que seus atos sejam vigiados, não como uma forma de intervenção em sua conveniência e nem na respectiva oportunidade, e sim para mantê-la condicionada aos seus instrumentos condicionantes. É o mesmo fenômeno que ocorre quando o Poder Legislativo edita uma Lei inconstitucional. Ou seja, quando o Poder Judiciário interpreta a norma e aplica a eficácia da Constituição, na prática ele não extrapola a sua função para transformar-se em legislador.

Tem-se, portanto, que com a função da constitucionalização das normas e dos princípios da Administração Pública, o Poder Judiciário amplia o seu leque de controle sobre os atos do Estado.

Exemplo do afirmado tem-se quando o STF, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22307-7/DF, determinou que a remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos e militares fosse na mesma data e no mesmo índice, na forma da redação embrionária do art. 37, X e XV, da Constituição Federal.

¹⁰⁴ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 183.

¹⁰⁵ “O conceito de acto administrativo tem sido sempre recortado com base em considerações de natureza jurisdicional” (AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito administrativo: Lições aos Alunos do Curso de Direito em 1988-89*. Lisboa: s. ed. 1989, v. 3, p. 59).

¹⁰⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Constitucionalização das Regras da Administração Pública e o controle do Poder Judiciário. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 111-129, 1.º trimestre de 2002.

O princípio da igualdade, seja no enfoque específico dado ao regime jurídico dos servidores públicos e aos demais princípios expressos na Constituição não deve ser entendido como um dever endereçado somente ao legislador de conceder o mesmo tratamento àqueles que se encontram na mesma situação, mas, também, um dever endereçado ao juiz para que aplique diretamente aos casos levados ao Poder Judiciário a norma constitucional que, conforme aduziu o STF neste precedente, é norma constitucional auto-aplicável diretamente pelo Magistrado e, portanto, dispensa integração legislativa.

Também pelo Mandado de Injunção n. 232-1/RJ, que teve a relatoria do eminente Min. Moreira Alves, concedeu seis meses ao Congresso Nacional para que ele adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação seja cumprida, o requerente goze da imunidade tributária requerida.

Estes exemplos são robustos para desmistificar que a impenetrabilidade do ato discricionário público não mais vigora, quando confrontado com os princípios e as normas constitucionais.

Vige o princípio da juridicidade e o condicionamento da discricionariedade administrativa aos princípios constitucionais.

Com isto, não é retirada a liberdade administrativa, apenas ela é condicionada para a melhor solução jurídica para o caso concreto de interesse público.¹⁰⁷ “... o princípio da proporcionalidade, por sua vez, que impõe à autoridade administrativa, no procedimento administrativo da escolha da melhor solução jurídica para o caso concreto de interesse público, a de decidir os vários testes de juridicidade a que deve submeter a decisão.”

Confirmando o que foi dito, a Ministra Eliana Calmon, em magistral julgado¹⁰⁸ ressaltou a nova visão do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao controle judicial do ato administrativo discricionário: “Administrativo e Processo Civil – Ação Civil Pública - Ato Administrativo Discricionário: nova Visão. 1 – Na realidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador [...]”

Assim, o critério de hermenêutica conforme a Constituição privilegia a interpretação extensiva da norma legal, e via de consequência, pode-se desnudar o ato administrativo discricionário para coteja-lo com o estabelecido na Lei Fundamental.¹⁰⁹

A justificativa oficial para a ilimitada ampliação da abrangência da atuação administrativa, pauta-se em aventada mudança no perfil do Estado, que teria deixado de ser

¹⁰⁷ PORTOCARRERO, M. Francisca. Op. cit. ant., p. 652.

¹⁰⁸ STJ. Rel. Min. Eliana Calmon, Resp 493.811/SP, 2ª T., julgado em 11 nov. 2003.

¹⁰⁹ Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Jurisprudência Comentada : Controle de Conveniência e Oportunidade do Ato Administrativo Discricionário. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. Rio de Janeiro, v. 14, p. 287, 2º trimestre de 2004.

“liberal” passando a assumir posturas “sociais”, com vista a assegurar os direitos à saúde, assistência, educação, etc.

Abstraindo-se da constatação de que tais propósitos não foram atingidos, o que por si só espaneiria a validade da justificativa, não se pode olvidar a advertência de Pontes de Miranda,¹¹⁰ quanto ao risco de supressão das conquistas obtidas com o liberalismo, em nome da suposta efetivação de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões: “Há de aproveitar-se o que já se alcançou; levar-se consigo o que se tem, ao ir-se buscar o que se não tem. Deixando-se o que se tem, ter-se-ão de percorrer outras estradas para readquirir o que se deixou no meio do caminho.”

Assim, a liberdade na aferição da oportunidade e conveniência da atuação administrativa, impõe balizamento não só na Lei, como nos princípios constitucionais, não se autorizando, ao intérprete e operador do Direito, sopesa-los à sua conveniência invocando a preponderância de interesses ditos “sociais”, já ponderados pelo Constituinte originário.

VI. – CONCLUSÃO

Após toda a presente explanação constata-se que o Estado Democrático de Direito dotou o Poder Judiciário, na separação de função dos Poderes, de um dever indelegável de manter intacta a unidade da Constituição, podendo para tanto adentrar ao controle de mérito do ato administrativo discricionário para que ele não se desgarre dos princípios objetivos e das normas fixadas pela Constituição como um poder-dever do administrador público.

A consagração de uma tutela jurisdicional plena, efetiva e sem limitações do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), representa o “edifício de garantias do Estado de Direito.”¹¹¹

Assim, os conceitos de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário já não mais são vistos como uma “incógnita” jurídica, pois vinculados aos dogmas constitucionais. Assim é que, quando da execução do ato discricionário, o administrador público deverá motivá-lo em conformidade com o que vem estabelecido na Lei Fundamental.

Há, portanto, uma concepção nova de que o ato administrativo discricionário é um privilégio da função em vez do poder,¹¹² com o pleno alargamento do controle jurisdicional para todas as decisões internas, independentemente se ela é discricionária ou não. Esta nova visão deve-se ao compromisso constitucional a que todos os homens públicos estão vinculados quando da realização de seus atos, bem como a garantia objetiva de proteção aos direitos fundamentais da parte, que deixou de ser vista como um administrado, mero

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade* : (os três caminhos). Campinas: Bookseller, 2001. p. 164.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. ant., p. 35.

¹¹² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 75.

objeto do poder, para ser destinatário de direitos e garantias individuais. Esta substancial alteração, colocou um ponto final na doutrina clássica defendida por Maurice Hauriou do “processo ao ato”, que via no processo administrativo uma soberania do Estado, atacável somente para a verificação da legalidade.

Essa relação entre os Direitos Constitucional e Administrativo que Ould Bouboutt¹¹³ rotulou entre dois “irmãos siameses” não é mais desafinada, pois a nova concepção dos princípios constitucionais fez com que Peter Häberle¹¹⁴, afirmasse que “o Direito Administrativo atual existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material, em conjunção com – e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional.”

Portanto, vinculada e regrada pelo Direito Constitucional, surge a Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, onde os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal são obrigatórios para todo o segmento da Administração Pública. Essa dependência constitucional do Direito Administrativo, fez com que Otto Bachof¹¹⁵ escrevesse: “a influência da Constituição nas normas, institutos e conceitos do direito administrativo, bem como o seu aperfeiçoamento e transformação constituem o pão nosso de cada dia, sobretudo da justiça (administrativa).”

Este pleno e eficaz exercício constitucional que estabelece a respectiva Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo submete e aumenta a responsabilidade, via de consequência, alarga o dever do Poder Judiciário de fiscalizar se a Administração Pública, de todos os Poderes, está realizando atos em conformidade com os preceitos e princípios constitucionais.

Este poder-dever dos Tribunais não representa uma indevida intromissão no Poder alheio, pois como visto anteriormente, já não prevalece mais o “mito” construído por Montesquieu, da ampla, geral e irrestrita divisão dos Poderes. Na atual dogmática constitucional, os poderes são instituídos para dividirem funções, que serão sempre disciplinadas e regradas pela Constituição.

Desta forma, qualquer ato administrativo sofre a influência direta dos princípios objetivos e das normas constitucionais, sem que com isto haja uma indesejada interferência da independência de um Poder sobre o outro.

Cabe ao Poder Judiciário, como responsável pela salvaguarda da Constituição, fiscalizar o fiel cumprimento dos ditames constitucionais. Surge a inafastabilidade do

¹¹³ BOUBOUTT, Ould. *L'apport du Conseil Constitutionnel ou Droit Administratif*. Paris: Economica, 1987. p. 26.

¹¹⁴ HÄBERLE, Peter. Verfassungsprinzipien im Verwaltungsverfahrensgesetz. In: SCHMITT, Glaeser. *Verwaltungsverfahren – Festschrift für 50. Jahrgigen Bestehen der Richard Boordberg Verlag, Boorberg, Stuttgart, 1977*. p. 51.

¹¹⁵ BACHOF, Otto. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Walter de Gruyter. Berlin, n. 30, p. 205, 1972.

controle jurisdicional, que segundo Zaiden Geraige Neto,¹¹⁶ possui a obrigação de dizer se o ato discricionário foi exercido dentro da sistemática constitucional vigente.

Concluimos, por fim, pela plena penetrabilidade do ato administrativo discricionário, que não poderá ficar imune ao controle judicial, máxime quando envolver o critério de conveniência e de oportunidade, pois a verdadeira liberdade consiste em fazer tudo aquilo que a Constituição estabelece. Com este eficaz controle do mérito do ato administrativo, não se está cerceando a Administração Pública, apenas o Poder Judiciário mantém efetiva a unidade da Constituição, quando estabelece que se cumpram os princípios e as respectivas normas da Magna Carta.

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário o efetivo controle dos atos públicos, dotando a Constituição de procedimentos legais que a parte lesada poderá se utilizar.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2006.

.MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

¹¹⁶ GERAIGE NETO, Zaiden. *O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional* : Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003. p. 58.