



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ANA PAULA ALVES RODRIGUES

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA ADMINISTRATIVA ANTE O
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A QUESTÃO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO**

FORTALEZA

2017

ANA PAULA ALVES RODRIGUES

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA ADMINISTRATIVA ANTE O
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A QUESTÃO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A477c Alves Rodrigues, Ana Paula.
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA ADMINISTRATIVA ANTE O PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE E QUESTÃO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO / Ana Paula Alves Rodrigues. – 2017.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3.
CONSTITUCIONALIZAÇÃO. I. Título.

CDD 340

ANA PAULA ALVES RODRIGUES

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIA ADMINISTRATIVA ANTE O
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A QUESTÃO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. William Paiva Marques Júnior.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador).
Universidade Federal do Ceará – UFC

Profa. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, que pela sua infinita misericórdia me ajudou chegar até aqui.

Aos meus pais, Ana e Paulo, por todo amor e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, cuja presença consigo sentir em cada detalhe minha vida. Agradeço pelo seu amor, sua bondade, sua graça, por sempre responder minhas orações e por ter me presenteado com uma família tão amável.

Aos meus pais, Ana Maria e Paulo Sérgio, tão presentes em minha vida e sempre me dando força e suporte emocional pra eu seguir meus objetivos. Serei eternamente grata por todo amor, afeto, companheirismo, atenção e esforço para proporcionar a mim e aos meus irmãos uma educação de qualidade. Amo muito vocês.

Ao meu irmão, André, que, desde pequena, sempre me ajudou em tudo que preciso, mesmo achando ruim. Muito obrigada pelo cuidado, companheirismo, conselhos e carinho.

Ao meu irmão, Gabriel, que apesar da enorme diferença de idade, é um grande companheiro e consegue sempre com seu jeito brincalhão deixar meu dia mais alegre.

À minha prima, Marília, minha companheira inseparável desde que nasci, que me conhece como ninguém. Foi com ela que compartilhei e compartilho os momentos mais especiais da minha vida e tenho as memórias mais saudosas e divertidas.

À minha prima Mariana, também, presente em minha vida desde muito pequena e por quem tenho um carinho imenso. Muito obrigada por estar sempre disposta a me ouvir e aconselhar e por tornar meus dias sempre mais doces, leves e alegres.

À minha tia, Fernanda, que sempre foi tia, mãe, irmã, prima e amiga. Sou muito grata por todo incentivo, amor e parceria. Muito obrigada por ter participado de todas as minhas fases e por todo apoio prestado durante a faculdade.

Ao meu orientador William Marques, exemplo de professor, coordenador, servidor público e de pessoa. Extremamente paciente, atencioso, solícito, bem-humorado e zeloso, que faz a Faculdade de Direito ser bem menos chata e mais leve. Espero atuar na minha vida profissional com seu mesmo empenho, dedicação, solicitude e seriedade.

À minha amiga, Sarah, cuja amizade, sem dúvidas, será o que levarei de mais especial dessa faculdade. Você fez a rotina dessa faculdade ser muito mais divertida. Espero levar nossa amizade para a vida toda. Sempre peço a Deus para encontrar pessoas sinceras, confiáveis e com o jeito que combine com o meu e, na faculdade, Ele me mostrou você.

Ao meu namorado e amigo, João Marcelo, que está comigo desde o comezinho da faculdade, me apoiando em tudo. Agradeço por seu carinho, parceria, paciência, caronas, incentivo e por me ajudar em qualquer situação. Que possamos compartilhar ainda muitos

sonhos, conquistas, alegrias e continuarmos nos apoiando nos momentos de dificuldade.

Aos meus amigos de escola, Cecília, Denise, Gisele e Igor, que apesar de cada um ter seguido um caminho diferente, continuamos unidos e torcendo pelo sucesso do outro.

Às minhas amigas de cursinho, Camile, Janayra, Margarida e Vanessa, que fizeram de um período tão tenso, incerto e complicado, algo bom de viver e me mostraram que o cursinho, apesar de penoso, pode ser alegre.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui, meus sinceros agradecimentos.

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Couture

RESUMO

A Administração Pública realiza e registra seus atos internos e externos, independentemente da instauração de litígio, observando, dentre outros critérios, o atendimento à legalidade e ao interesse público. Sob essa perspectiva, surge o questionamento se seria possível juridicamente o Administrador Público, quando da prática de ato administrativo ou prolação de uma decisão administrativa final, deixar aplicar determinada lei por entendê-la inconstitucional, contrária a preceitos constitucionais explícitos e implícitos, ou se a realização do controle de constitucionalidade estaria restrito ao Judiciário. Em síntese, busca-se analisar se à Administração somente restaria aplicar a lei, mesmo quando manifestamente inconstitucional, haja vista sua sujeição ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual a Administração Pública só pode agir em consonância com aquilo que a lei expressamente autorizar. É inconteste que o reconhecimento legal da realização de controle de constitucionalidade no âmbito da Administração traria consequências significativas no que se refere à celeridade no desfecho de processos administrativos, evitando, assim, a sobrecarga do Judiciário com demandas repetitivas. Desse modo, torna-se imprescindível a pacificação da questão para melhor atender ao interesse público, dada a necessidade de homogeneização do tema, afastando a adoção de soluções divergentes por parte do administrador público, ora afastando a aplicação de dispositivos por ele reputados inconstitucionais, ora declarando-se incompetente para aferição da constitucionalidade das leis, prejudicando, sobremaneira, a unidade e coerência do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONSTITUCIONALIZAÇÃO.

ABSTRACT

The Public Administration performs and registers its internal and external acts, regardless of the litigation, where it is necessary to observe, among other criteria, attendance to readability and public interest. The question that arises from this perspective is if it would be legally possible for a Public Administrator, while performing and administrative act or a final administrative decision, to let a certain law be applied because he consider it unconstitutional, contrary to explicit and implicit precepts, or if the constitutionality control accomplishment would be restricted to the Judiciary. In summary, the intention of this work is to analyze whether the Administration would only have to apply the law, even when manifestly unconstitutional, in view of its subjection to strict legality principle, which indicates that the Public Administration can only act in accordance with the law expressly authorizes. It is not contestable that the legal recognition of the constitutionality control in scope of the Administration would have significant consequences in what concerns the speed in outcome of administrative processes, thus avoiding the overload of the Judiciary with repetitive demands. This way, it becomes imperative to pacify the issue in order to better serve the public interest, once the need of distribute the matter is clear, avoiding the adoption of divergent solutions by the Public Administrator, sometimes rejecting the application of some means considered by him as unconstitutional, sometimes declaring himself incompetent to gauge the law's constitutionality, damaging the unity and coherence of the Brazilian legal system.

Keywords: CONSTITUTIONAL CONTROL. PUBLIC ADMINISTRATION.
CONSTITUTIONALIZATION.

SUMÁRIO

<u>1 INTRODUÇÃO.....</u>	<u>10</u>
<u>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONADE NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....</u>	<u>12</u>
<u>2.1 Modelo estadunidense de controle de constitucionalidade.....</u>	<u>13</u>
<u>2.2 Modelo austríaco.....</u>	<u>16</u>
<u>2.3 Modelo brasileiro.....</u>	<u>18</u>
<u>2.4 A Expansão Jurisdição Constitucional.....</u>	<u>21</u>
<u>3 ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COM ENFOQUE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS IMPLICAÇÕES SOBRE A LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVAS.....</u>	<u>26</u>
<u>3.1 Aspectos introdutórios sobre a constitucionalização do Direito.....</u>	<u>27</u>
<u>3.2 Constitucionalização do Direito Administrativo.....</u>	<u>29</u>
<u>3.3 Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade.....</u>	<u>31</u>
<u>3.4 Notas em torno da Discricionariedade Administrativa.....</u>	<u>35</u>
<u>4 SOBRE A POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</u>	<u>42</u>
<u>4.1 Possibilidade de realização do controle de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo.....</u>	<u>43</u>
<u>4.2 Sobre a viabilidade do administrador público realizar controle de constitucionalidade.....</u>	<u>46</u>
<u>4.3 Ponderações sobre os efeitos do ato administrativo declarado inválido em face dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança.....</u>	<u>53</u>
<u>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>58</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>63</u>

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade no Direito tem como finalidade precípua a aferição de compatibilidade dos atos normativos com as diretrizes constitucionais. Por muito tempo, entendeu-se que a faculdade de apreciar a constitucionalidade de uma lei, bem como de interpretar, conferir inteligibilidade e aplicar os preceitos constante da Carta Magna seriam de competência exclusiva do Poder Judiciário. Ocorre que, com a consolidação do pós-positivismo, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua supremacia material e axiológica, passou a se entender que o dever de guarda dos preceitos constitucionais diz respeito não só aos Poderes do Estado, em todas as esferas federativas, mas a toda sociedade. Sob essa perspectiva, busca-se analisar se poderia o Administrador Público, em processos administrativos, suspender a aplicação de norma legal por entendê-la inconstitucional, contrária a preceitos constitucionais explícitos ou implícitos, ou se somente restaria à Administração Pública aplicar a lei, inobstante a sua inconstitucionalidade manifesta, haja vista sua sujeição ao princípio da legalidade estrita, o qual determina que a Administração só pode agir em consonância com aquilo que a lei expressamente autorizar.

O primeiro capítulo faz uma abordagem histórica da evolução do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, Europa e Brasil, bem como dos mecanismos de jurisdição constitucional característicos do modelo estadunidense, consagrador do *judicial review* e do modelo austríaco, adotado pelos países de tradição romano-germânico. Em seguida, analisa-se o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional ocorrido ao longo do século XX, marcado pelo fortalecimento do Direito Constitucional, pela promulgação de novas constituições com ênfase na valorização dos direitos fundamentais, pelo refinamento dos mecanismos de jurisdição constitucional e pela proliferação de Tribunais Constitucionais na Europa e em alguns países da América do Sul e África.

No segundo capítulo, trata-se da constitucionalização do Direito, com especial destaque para a constitucionalização do Direito Administrativo. Posteriormente, analisa-se o princípio da legalidade sob a égide do princípio da juridicidade administrativa, procedendo-se, ainda, a uma análise conceitual de discricionariedade administrativa no âmbito de uma democracia constitucional.

O último capítulo aborda, no contexto de uma *sociedade aberta de intérpretes* e de um ordenamento jurídico caracterizado pela incidência direta da Constituição, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelo Chefe do Executivo e pelo administrador público, quando de suas atuações, verificarem manifesta violação aos ditames

abalizados na Constituição. Destacando-se, ainda, os inconvenientes gerados pela vedação de apreciação da constitucionalidade da lei pelos agentes públicos, sobretudo, no que tange ao agravamento da morosidade dos processos judiciais e ao pagamento desnecessário de verbas sucumbenciais pela Administração Pública.

Para a realização deste trabalho de conclusão de curso, serão utilizadas algumas fontes de natureza variada com o intuito de enriquecer a presente pesquisa. Assim, torna-se essencial a consulta à doutrina, jurisprudência, artigos, dissertações de mestrados, teses de doutorados e monografias que abordam os variados aspectos relacionados ao controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública.

Outrossim, merece destaque a pesquisa legislativa, com o escopo de analisar as principais fontes normativas pertinentes ao assunto em estudo, objetivando, assim, o exame não só da legislação atual, como também da já revogada.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONADE NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O controle de constitucionalidade consiste na aferição da compatibilização vertical de um ato normativo com a Constituição. Ressaltando que, em alguns casos, essa verificação de compatibilidade pode se estender a atos administrativos e, até mesmo, àqueles de efeito concreto.

Os pressupostos à realização do controle de constitucionalidade residem no reconhecimento da supremacia material da Constituição e na rigidez constitucional que, na visão de Canotilho (2003, p. 1060-1063) correspondem à supralegalidade material e à supralegalidade formal, respectivamente. A ideia de supremacia material está relacionada à concepção de que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às demais normas e atos do Poder Público. Já a ideia de rigidez constitucional se refere ao fato de que o processo de alteração da Constituição é mais rigoroso se comparado ao processo de elaboração das leis. Em razão disso, segundo a doutrina mais tradicional, não se reconhece a existência de controle de constitucionalidade nos países que adotam um modelo de Constituição flexível, haja vista que qualquer lei pode promover a modificação de uma norma constitucional, inexistindo, portanto, o pressuposto indispensável à realização deste controle, qual seja, o reconhecimento da rigidez da Constituição.

A expressão controle de constitucionalidade, em sua acepção ampla, é compreendida no sentido de fiscalização, isto é, de apreciação. Por sua vez, em sua acepção restrita, o controle de constitucionalidade está relacionado com a declaração de (in)constitucionalidade. Desse modo, mostra-se imprescindível compreender a distinção entre declaração e apreciação de constitucionalidade, uma vez que a ação de declarar uma norma inconstitucional significa reconhecer sua nulidade *ab ovo*, bem como sua inaptidão à produção de efeitos válidos, enquanto que a apreciação de constitucionalidade não gera essas consequências.

No sistema brasileiro prevalece o entendimento que somente o Poder Judiciário é competente para declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, seja por via incidental concreta ou por via principal concentrada. Em contrapartida, o Legislativo, o Executivo ou eventualmente o Tribunal de Contas podem fazer o controle de constitucionalidade no sentido de mera apreciação.

Demais disso, é amplamente sedimentada a existência de correlação entre gênese

do constitucionalismo moderno e os movimentos burgueses dos séculos XVII e XVIII, os quais serviram de alicerce ao desenvolvimento do constitucionalismo liberal, que, a princípio, empenhou-se na contenção do poder político, até então absoluto, mediante a necessidade de se observar os interesses da classe social em ascendência, qual seja, a burguesia. Favoreceu-se, assim, a salvaguarda das liberdades individuais frente ao Poder Estatal irrestrito.

Como ponderado por Gustavo Binenbojm (2014 a, p. 17) atribui-se à Revolução Gloriosa, no final do século XVII e à obra de John Locke o cerne do liberalismo político e da formação de um Estado Constitucional, marcado pela submissão às decisões parlamentares e pautado pelo respeito às liberdades individuais, compreendidas como direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao próprio Estado.

Nesse contexto, houve o surgimento das primeiras declarações modernas de direito, como consequência da necessidade de limitação do poder estatal mediante ao reconhecimento e consolidação de direitos individuais, sendo a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia conhecida como a primeira delas. As constituições modernas, portanto, foram concebidas por meio da absorção dos ideais liberais de limitação do poder estatal e submissão aos direitos fundamentais, compreendidos, segundo uma visão jusnaturalista, como direitos intrínsecos ao ser humano.

2.1 Modelo estadunidense de controle de constitucionalidade

A Constituição à maneira como concebida, assimilada e compreendida, atualmente no Brasil, isto é, como documento jurídico dotado de hierarquia superior e com conteúdo político, surge tão somente a partir do Século XVIII, por intermédio do advento da Constituição Americana.

Mister destacar que a Constituição Estadunidense, promulgada em 1787, constituiu um importante marco na formação do Estado Constitucional contemporâneo, tratando, essencialmente, em seu texto original da organização política dos Estados e da limitação dos poderes em um sistema de freios e contrapesos. É notório, portanto, que os responsáveis por elaborarem a primeira Constituição dos Estados Unidos não se preocuparam com a definição dos direitos e liberdades individuais. Na visão de Jorge Miranda (2009, p.138):

Os autores da Constituição não fizeram uma enunciação de direitos e liberdades individuais. Uns, porque a julgaram desnecessária em face das declarações já existentes nos Estados ou das regras constitucionais sobre separação de poderes. Outros, porque temiam que pudesse vir a servir para limitar as prerrogativas dos Estados em favor da União.

Posteriormente, para suprir a ausência de regulamentação dos direitos individuais, foi elaborado um conjunto de dez emendas à Constituição, aprovadas em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 12 de dezembro de 1791, mais conhecido como *Bill of Rights* Americano. A Constituição dos Estados Unidos da América consistiu, portanto, no primeiro documento escrito com vistas à ordenação do Estado sob um modelo federativo.

Paralelamente à instituição do esquema federativo, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis “[...] é considerado como uma das mais importantes contribuições do constitucionalismo norte-americano às democracias ocidentais” (BINENBOJM, 2014 a, p. 25). A possibilidade de avaliar uma lei ou qualquer ato normativo primário emanado do Legislativo frente a Constituição surgiu nos EUA, em 1803, com o famoso caso *Marbury v. Madison*, ocasião em que John Marshal, presidente da Suprema corte, à época, deparou-se com o clássico caso envolvendo conflito entre a lei federal e norma constitucional. Decorreu daí, a sistematização de um raciocínio, resultado de uma longa evolução histórica iniciada na Inglaterra, durante o século XVII, com a doutrina de Edward Coke e com precedentes no próprio território estadunidense¹, os quais aduziam que admitir a preponderância de uma lei face à Constituição Federal consistiria em admitir a primazia daquela em detrimento desta última, tendo como decorrência lógica o reconhecimento da insubordinação da lei à Constituição. Como elucidado por Gustavo Binenbojm (2014 a, p. 29):

O célebre aresto de John Marshall, proferido pela Suprema Corte no caso *William Marbury v. James Madison*, em 1803, que entraria para a história como o marco primeiro da jurisdição constitucional, não foi um gesto de improvisação, mas resultado de um longo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial. A partir dele, entretanto, o controle judicial de constitucionalidade das leis se incorporou definitivamente à experiência constitucional dos Estados Unidos.

Nesse contexto, restou sedimentado que permitir a aplicação de uma lei em nítida contrariedade ao conteúdo constitucional implicaria no reconhecimento da supremacia do Legislativo em detrimento dos demais poderes e da própria Constituição, mostrando-se claramente incompatível com o modelo estadunidense de separação nítida entre os três poderes da Federação, marcado pelo pioneirismo no estabelecimento de mecanismos de controle recíproco entre eles, por meio do surgimento do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Sagrou, dessa maneira, a teoria da *judicial review of legislation* em face da tradição inglesa de soberania parlamentar, proclamando-se a supremacia da

¹ Derbli (2003, p. 148) destaca a existência de precedentes nos Estados de New Jersey (1780) e Virginia (1782), nos quais os juízes reconheciam sua competência na apreciação de conformidade das leis locais face às Constituições dos Estados.

Constituição.

Conforme sintetizado por Derbli (2003, p. 148), do caso *Marbury v. Madison* depreendem-se três postulados básicos da doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis ainda vigente nos EUA, a saber:

I) a constituição, como expressão da vontade soberana popular institui e delimita os poderes do Estado, sendo dotada de superioridade hierárquica em relação as demais normas, tornando-se imprescindível a compatibilidade de qualquer lei ou ato de governo com a Constituição para o reconhecimento de sua validade;

II) todos os juízes e tribunais possuem competência para aplicar ou deixar de aplicar lei contrária à Constituição, inobstante a sua pertinência, à priori, ao caso concreto em análise, tratando-se, portanto, de modalidade de controle difuso de constitucionalidade;

III) a lei inconstitucional é nula de pleno direito, isto é, inválida *ab ovo*, competindo ao Judiciário tão somente declarar sua nulidade e, por conseguinte, a invalidade de todos os atos praticados sob a égide de tal lei, de modo que a decisão judicial terá, a princípio, efeitos *ex tunc*.

Fica cediço, portanto, que os EUA consagraram o controle concreto difuso de constitucionalidade, pelo qual compete ao julgador analisar incidentalmente questão prejudicial de incompatibilidade de lei face à constituição nos casos submetidos ao seu exercício jurisdicional. Assim, não se declara em sede de controle concreto a inconstitucionalidade de lei em tese, mas apenas afasta-se a sua aplicação, gerando efeitos tão somente *inter partes*. A despeito do controle de constitucionalidade no modelo estadunidense se difundir por todos os órgãos do Judiciário, a Suprema Corte, em função da aplicação do princípio do *stare decisis*, exerce o relevante encargo de apresentar decisão definitiva com força vinculante aos casos controvertidos envolvendo matéria constitucional submetidos à sua apreciação. Assim, a utilização do referido princípio consiste em instrumento de combate à insegurança jurídica gerada por decisões conflitantes, proferidas por órgãos jurisdicionais diversos, na análise de casos semelhantes.

Mais de dois séculos após a sua entrada em vigor, a Constituição dos EUA prevalece com seus 07 (sete) artigos originais, sendo acrescida de vinte e sete emendas ao longo de todos esses anos. Salienta-se que o modelo instituído, com fundamento na doutrina do *common law*, possibilita aos tribunais, quando da criação e da adaptação do Direito, a atribuição do sentido e alcance das normas em consonância com a realidade posta e com a dinamicidade social e do próprio Direito. Podendo-se inferir, desse contexto, que a Constituição Estadunidense se caracteriza por sua plasticidade, permitindo, assim, coadunar a

interpretação constitucional com a realidade social. (BARROSO, 2015, p. 42).

2.2 Modelo austríaco

Adotado na maior parte dos países europeus, o modelo austríaco de jurisdição constitucional concentrada foi desenvolvido por Hans Kelsen na Constituição Austríaca de 1920, precursora na adoção deste sistema abstrato fiscalizador de constitucionalidade da legislação ordinária.

Para o jurista austríaco, a declaração de inconstitucionalidade implica na exclusão da norma do ordenamento jurídico, ficando tal função política a cargo de um órgão específico definido na Constituição, denominado Tribunal Constitucional. Não obstante a denominação de tribunal, tal órgão não integra, segundo Kelsen, a estrutura do Poder Judiciário, uma vez que a tarefa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei não constitui uma atividade reservada à jurisdição, dado o seu caráter eminentemente político. Assim, o Tribunal Constitucional, sob essa perspectiva, é considerado um órgão autônomo, independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não servindo, porquanto, de instrumento à satisfação de interesses de nenhum dos três poderes, tendo como finalidade precípua a guarda da Lei Fundamental.

Na visão de Kelsen, a atividade da Corte Constitucional na apreciação da constitucionalidade das leis se assemelharia a função de um *legislador negativo*, de modo que a atuação desta Corte equivaleria a uma modalidade especial de revogação da lei. Como bem ponderado pelo constitucionalista português Jorge Miranda (2005, p. 528):

No pensamento de Kelsen anular uma lei significa emanar uma norma geral, visto que a anulação tem a mesma característica da generalidade que possui a formação de lei, sendo por assim dizer uma formação de sinal negativo. Mas ela dá-se em aplicação das normas da Constituição e os poderes do legislador negativo, do órgão d justiça constitucional, estão aí completamente definidos. E é por isso que tal função se assemelha à de qualquer outro tribunal.

A concepção de jurisdição constitucional concentrada, de matriz austríaca, apregoa que inconstitucionalidade da lei não pode ser aferida por juízes ou tribunais, no exercício da sua atividade jurisdicional, ainda que *incidenter tantum* e com eficácia adstrita ao caso submetido a sua análise. Segundo a doutrina de Kelsen, a fiscalização da constitucionalidade das leis estaria reservada, tão somente, as chamadas Cortes Constitucionais, dotadas de competência para decidir as questões de conteúdo constitucional, levadas ao seu conhecimento por meio de uma ação especial, atualmente conhecida como ação direta. Mauro Cappelletti (1984, p. 104) analisando a Constituição Austríaca, de 1920,

aduz que:

De fato, esta Constituição não só criou uma especial Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – na qual concentrou a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um pedido especial (“Antrag”), isto é, do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos. Desta sorte, o controle de legitimidade das leis vinha a ser, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, inteiramente desvinculado dos casos concretos [...].

Destarte, na origem do sistema de jurisdição constitucional de matriz austríaca, desenvolvido por Kelsen, encontravam-se os órgãos do Poder Judiciário impossibilitados de realizarem qualquer controle de constitucionalidade tanto por via incidental, mediante o exame do caso concreto, como por via abstrata, tendo em vista que somente cabia à Corte Constitucional a decisão acerca da inconstitucionalidade das leis, não cabendo aos juízes e tribunais em geral nem mesmo a arguição de inconstitucionalidade dos processos de sua alçada, pois estes não figuravam no rol de legitimados para a propositura do incidente.

Nos moldes do controle de constitucionalidade austríaco, depreende-se que a exclusão da norma do sistema jurídico constitui encargo do legislador negativo, representado pelos juízes *ad hoc* que compõem o Tribunal Constitucional. Destarte, caberia apenas a este a realização do controle de constitucionalidade, tratando-se, portanto, de um controle concentrado, uma vez que a aferição da constitucionalidade de uma norma concentrava-se em um único órgão; abstrato, pois essa apreciação não se estendia à análise do caso concreto, ficando restrita ao exame da lei em tese, por meio da utilização de ações específicas.

Com o advento da reforma da Constituição Austríaca, em 1929, ampliou-se o elenco dos legitimados para a deflagração do procedimento de jurisdição constitucional, a fim de abarcar os dois órgãos judiciários superiores, a saber, a Corte Suprema e a Corte Administrativa, estendendo-se a elas a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade frente aos Tribunais Constitucionais, porém limitada à via incidental. Conquanto a proeminência do controle abstrato no modelo austríaco, instaurado em 1920, inaugurou-se, com a reforma de 1929, o controle concreto de constitucionalidade realizado, outrossim, pela Corte Constitucional.

Mister frisar que, nessa conjuntura, restava aos magistrados a aplicação da lei, mesmo quando evidente sua inconstitucionalidade, haja vista sua ausência de competência tanto para apreciar questões atinentes a constitucionalidade das leis quanto para submetê-las ao crivo das Cortes Constitucionais. Contudo, como destaca Cappelletti (1984, p. 108-109), os sistemas italiano (1948) e alemão (1956) implementaram mudanças pertinentes para que todos

os juízes comuns, achando-se diante de lei que julguem contrária à Constituição, tenham o poder-dever de submeter a matéria ao Tribunal Constitucional, a fim de que esta seja decidida com eficácia vinculatória pela aludida Corte. Destacando-se que a partir do século XX, o modelo de jurisdição constitucional de matriz austríaca se difundiu por vários países europeus mediante a criação de Tribunais Constitucionais com vistas à realização de controle concentrado de constitucionalidade.

2.3 Modelo brasileiro

O Brasil sofreu notável influência tanto do modelo estadunidense do *judicial review*, como do modelo austríaco europeu de controle abstrato concentrado, porquanto é cediço que o Brasil adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Sendo importante ressaltar que há mais de 190 (cento e noventa) anos de sua existência como um país independente de Portugal e conseqüente assunção de sua soberania política e econômica como Estado autônomo, o Brasil passou por diferentes etapas no tocante à realização do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, passando por um período no qual imperava a ausência de qualquer mecanismo de controle (1824-1891), até aos dias atuais, em que restou claramente consolidado, a partir da Carta Magna de 1988, o sistema híbrido ou misto, com primazia para o controle concentrado abstrato.

A primeira Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25 de março de 1824, foi marcada pela influência do modelo francês, fundado na ideia de democracia de Rousseau, que valorizava a vontade da maioria. Desenvolveu-se no Brasil, mediante a absorção desse ideário político, a percepção de que apenas ao legislador caberia a criação e a interpretação das leis por constituir o Parlamento expressão da vontade popular, ou seja, a vontade do legislador correspondia a própria vontade do povo. Destarte, suas decisões eram majoritárias e dotadas de legitimidade democrática. Por conseguinte, restava ao juiz, tão somente, a mera aplicação das decisões legislativas, não lhe competindo fazer qualquer valoração ou atividade interpretativa quando da aplicação da lei. Desse modo, inexistia propriamente um modelo de controle de constitucionalidade na Constituição de 1824, cabendo ao Poder Legislativo a guarda da Constituição.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, caracterizou-se pela influência do sistema estadunidense de Controle, introduzido no Brasil por Ruy Barbosa, admirador do modelo difuso de controle de constitucionalidade. O Direito Constitucional brasileiro passou, então, a permitir que juízes e tribunais afastassem,

incidentalmente, a aplicação de lei reputada inconstitucional na apreciação dos litígios submetidos a sua análise.

Todavia, cumpre frisar, que a adoção do modelo estadunidense de controle judicial difuso e incidental de constitucionalidade no Brasil sem a incorporação de um sistema de vinculação aos precedentes, característico dos países de tradição jurídica anglo-saxônica, alinhados à doutrina do *stare decisis*, gerou uma série de inconvenientes por suscitar problemas relacionados à insegurança jurídica. Ademais, inobstante a declaração de inconstitucionalidade da lei, esta continuava em vigor (*on the books*), o que ensejava uma multiplicação de demandas concernentes à matéria reputada inconstitucional por determinado juiz ou tribunal.

Com a Constituição posterior, de 1934, importantes mudanças foram implementadas com vistas a aperfeiçoar o sistema de controle difuso incidental e corrigir os transtornos advindos da adoção desse modelo, a saber: a Resolução Suspensiva do Senado, ensejando a possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* à decisão do Judiciário, dotada, aprioristicamente, de efeito subjetivo *inter partes*; o instituto da Reserva de Plenário, que atribuía apenas ao plenário de um tribunal a faculdade de declarar a norma inconstitucional, subtraindo dos órgãos fracionários essa possibilidade e o instituto da Representação Interventiva, pelo qual a União poderia intervir nos Estados, diante de algumas hipóteses, dentre elas, no caso de violação aos princípios constitucionais sensíveis.

Portanto, como bem observado por Derbli (2003, p.171), ocorreu uma abertura gradual aos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade:

A partir de então, nota-se a paulatina introdução de instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, desde a modificação da disciplina da representação interventiva até a criação da representação genérica de inconstitucionalidade, em 1965, que representa a inequívoca apreensão do modelo concentrado de fiscalização de constitucionalidade, sem que fosse suprimido o controle difuso, já integrante da cultura jurídica brasileira.

Ante o exposto, resta claro que a Constituição de 1988 representa a síntese de toda essa evolução histórica dos mecanismos jurisdição constitucional, introduzidos no Brasil ora por influência sistema estadunidense, ora pela absorção dos instrumentos típicos do sistema concentrado, característico do modelo austríaco europeu, culminando, por conseguinte, na adoção de um sistema eclético, com a preponderância do controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as inovações e avanços implementados pela Carta Magna de 1988, importante destacar a expressiva ampliação do rol de legitimados ativos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional 16/65, ainda na

Constituição de 1946, e cuja legitimidade para a sua deflagração competia exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Faz-se, assim, mister destacar um pequeno trecho da obra de Luís Roberto Barroso (*online*, 1998, p. 15) sobre a importância da superação do monopólio de deflagração da jurisdição constitucional abstrata pela iniciativa exclusiva do PGR:

De fato, o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. No regime constitucional anterior, o Procurador-Geral da República detinha o monopólio da deflagração do controle abstrato de constitucionalidade, mediante oferecimento de representação, para utilizar a designação então empregada.

Logo, tem-se como principal efeito dessa inovação, a excessiva valorização e utilização do controle concentrado, via ADI, com repercussão significativa no próprio modelo de controle concreto, que passou a incorporar alguns dos principais mecanismos característicos do controle concentrado abstrato, a exemplo da modulação temporal de efeitos da decisão (*ex nunc* ou *pro futuro*) e da introdução da figura no *amicus curiae*, objetivando conferir legitimidade democrática às decisões dos tribunais. Esse fenômeno de absorção de institutos do controle abstrato pelo controle concreto é denominado por parcela da doutrina de abstrativização ou objetivização do controle concreto, que tem suscitado debates acalorados no âmbito do Pretório Excelso.

Outras novidades, outrossim, importantes trazidas pela CF/88 consistem na criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e na instituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ademais, destaca-se a ampliação dos remédios constitucionais, com a criação Mandado de Segurança Coletivo, Habeas Data e Mandado de Injunção, bem como o alargamento da Ação Popular e da Ação Civil Pública. Não se podendo olvidar da criação da Reclamação Constitucional, que existia apenas no plano infraconstitucional.

Posteriormente, por intermédio da Emenda Constitucional nº 3/1993, incorporou-se ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro a Ação Declaratória de Constitucionalidade com o escopo de ratificar a presunção de constitucionalidade da norma, afastando eventual incerteza jurídica e estabelecendo uma orientação homogênea sobre a matéria.

Impende salientar a relevância, indicada por Luís Roberto Barroso (2015, p. 298), da expansão da legitimação para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mediante a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, como instrumento de apoio às minorias, uma vez que o processo de deflagração de controle de constitucionalidade abstrato, aprioristicamente excludente de participação popular, deixou de ser mero instrumento de

governo e passou a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos.

Com isso foi inaugurado no Brasil um novo marco histórico do Direito Constitucional, marcado, sobretudo, pela redemocratização perpetrada pela promulgação da Constituição de 1988, instaurando, definitivamente, um Estado Constitucional Democrático de Direito. Para Barroso, a necessidade de redemocratização do país ensejou o robustecimento do Direito Constitucional em um verdadeiro ambiente de reconstitucionalização, passando este a ocupar a centralidade de nosso ordenamento jurídico, tendo a Constituição um papel imprescindível na promoção da transição de um regime autoritário, marcado pela intolerância, para um Estado Democrático de Direito, pautado pelo prestígio à legalidade constitucional. (BARROSO, 2015, p. 280).

2.4 A Expansão Jurisdição Constitucional

No decorrer do século XX, observa-se uma patente expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, que segundo Barroso (2015, p. 279-284), teve como marco filosófico o pós-positivismo e como marco histórico, o fim da 2ª Guerra mundial e, em nível de Brasil, a redemocratização com o advento da Constituição de 1988. Operou-se, assim, como fruto do neoconstitucionalismo, um verdadeiro avanço dos instrumentos de controle de constitucionalidade sobre matérias que, a princípio, não comportavam qualquer ingerência do Poder Judiciário, tampouco, a possibilidade de invocação da atuação de uma jurisdição constitucional.

Faz-se importante destacar que a Constituição, até meados do século XX, era compreendida como uma Carta política dependente da formulação de Políticas Públicas para que pudesse produzir os efeitos nela delineados. Somente com o advento da Teoria da Força Normativa da Constituição, o texto constitucional passou a ser reconhecido como norma jurídica, dotado de eficácia e aplicabilidade imediata, ou seja, com aptidão para impor seus efeitos ao caso concreto.

Esse novo cenário foi resultado da evolução de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e do surgimento do Estado Social. Nesse contexto, a Constituição assumiu a posição de protagonista da ordem jurídica, antes ocupada pelo Código Civil. Reconheceu-se a supremacia formal e material da Constituição, que deveria orientar e condicionar toda a produção, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Nesse sentido, Daniel

Sarmiento (2003, *online*) destaca que a formação de um Estado Social fez a Constituição Federal se imiscuir na esfera das relações privadas, antes disciplinadas por leis ordinárias, em especial pelo Código Civil, observando-se, ainda, uma sensível limitação no campo da autonomia dos indivíduos em favor dos interesses coletivos mediante a edição de normas de ordem pública. Verifica-se, portanto, que a centralidade do Diploma Civilista cedeu espaço à centralidade da Constituição.

Em contrapartida, o Código Civil desempenhou no Brasil durante boa parte do século XX a tarefa de unificar o sistema, disciplinando as relações entre particulares nos mais variados aspectos concernentes às relações intersubjetivas. Todavia, a expansão dos demais ramos do direito acompanhada do elevado grau de especialização alcançado por determinadas matérias, *a priori*, de regulação genérica pelo Código Civil, ensejou a formação de microssistemas normativos, dotados de autonomia, e, por vezes, com regras, valores e princípios dissonantes dos sedimentados no Diploma supra. Ocorreu, assim, um processo de *descodificação* do direito civil, experimentado inicialmente, a partir da Primeira Guerra Mundial, em países, como Alemanha e Itália, ensejando a transição do Estado Legiferante para um Estado Constitucional, no qual a Constituição, seus princípios, congregadores de elevado conteúdo axiológico, e suas disposições definidoras de direitos fundamentais passaram a constituir elemento unificador de todo o ordenamento jurídico.

Essa transição ocorreu também, em grande medida, pela tentativa de superação da barbárie perpetrada pela defesa da máxima proteção à legalidade, resultante do apogeu do positivismo jurídico, que teve como seu precursor no sistema jurídico romano-germânico Hans Kelsen, defensor de uma interpretação autopoietica do direito, pela qual o direito deveria buscar em si os fundamentos para a sua própria compreensão e interpretação. Logo, era vedado qualquer valoração moral da norma pelo intérprete, pois a solução para os casos submetidos ao controle jurisdicional se encontrava dentro do próprio ordenamento jurídico, que, segundo Kelsen, caracterizava-se por sua completude, comportando instrumentos suficientes e apropriados para resolução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não pudessem ser supridas pela subsunção da questão aos conceitos, regras e princípios constantes do ordenamento jurídico. (Barroso, 2015)

Como bem explanado por Binenbojm (2014 a, p. 61), “no paradigma do positivismo, a neutralidade dos juízes, a neutralidade dos juízes é assegurada pela crença de que estes se limitariam a uma aferição formal e asséptica da compatibilidade entre lei e Constituição”.

Kelsen desenvolveu a denominada teoria do escalonamento do ordenamento

jurídico, segundo a qual o ordenamento estaria estruturado em camadas hierarquizadas, de modo que uma norma inferior retira seu fundamento de validade da norma imediatamente superior, sendo a Constituição reconhecida como a Lei Fundamental do Estado, em sentido lógico-jurídico, e constituindo fundamento de validade para toda legislação infraconstitucional. A validade da norma, portanto, dependeria da obediência à forma prescrita na Constituição, independentemente do conteúdo por ela ostentado.

Assim, essa impossibilidade do Estado-Juiz realizar uma valoração das normas que integravam o sistema jurídico propiciou a ascensão de regimes de cunho autoritário, violento e segregador, que se instalaram na Europa no decorrer do século XX, tendo como seus principais representantes, o fascismo na Itália, e o nazismo na Alemanha, responsáveis por promoverem uma série de atrocidades contra os direitos humanos, respaldados pela vigência de um legalismo acrítico, pautado pelo distanciamento entre direito, moral e ética.

Ademais, faz-se imprescindível destacar que, de acordo com Barroso (2015, p. 297) até o começo da década de 1940, o modelo preponderante na Europa consagrava a supremacia do Parlamento, segundo conceito desenvolvido na Inglaterra de *democracia de Westminster*, e a soberania da lei como expressão da vontade geral, conceito adotado na França. Destarte, ao Poder Judiciário restava tão somente a aplicação das normas, enquanto ao Poder Legislativo, que refletia a vontade da nação, cabia a tarefa de inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações.

Cumprido frisar que o refinamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade na Europa foi uma inovação surgida a partir da segunda metade da década de 1940, em decorrência do fortalecimento do Direito Constitucional, acompanhado da promulgação de novas constituições, respaldadas na valorização dos direitos fundamentais e com o escopo de coibir os excessos, o autoritarismo e a opressão que permearam a primeira metade do século XX.

Como elucidado por Luís Roberto Barroso (2015, p. 297):

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Esse novo quadro, marcado pela construção e avanço de uma jurisdição constitucional, resultou na elaboração de constituições que passaram a refletir as principais peculiaridades do modelo recém-instaurado, a saber, a expansão do constitucionalismo; a

proteção aos direitos fundamentais, com fulcro na dignidade da pessoa humana; e a instalação dos denominados tribunais constitucionais, inicialmente, na Alemanha² (1951) e, em seguida, na Itália³ (1956).

Já com relação à França, Barroso (2015, p. 56) observa que, inobstante o modelo tradicionalmente adotado, no qual preponderava a soberania da lei e rechaçava-se qualquer controle de constitucionalidade repressivo à maneira do executado em território estadunidense ou continental europeu, houve uma mudança expressiva, a partir da Constituição de 1958, passando-se a admitir a verificação de conformidade dos atos legislativos, mediante um procedimento específico, prévio e preventivo a ser exercido pela Corte Constitucional. Posteriormente, com reforma de 2008, implementada pela Lei de Modernização das Instituições da V República, introduziu-se uma modalidade de fiscalização de constitucionalidade *a posteriori*.

Impende ressaltar que esse forte sentimento de desconfiança do povo francês em relação ao juiz, que perdurou ao longo do século XIX até o começo da segunda metade do século XX, era atribuído ao fato dos magistrados não serem escolhidos em processo eletivo direto para ocuparem seus cargos, não se concebendo, portanto, a possibilidade deles virem a invalidar norma legal, decorrente da vontade majoritária, externada por meio de decisão parlamentar. Logo, as decisões do Parlamento se revestiam de total legitimidade democrática, não podendo ser substituídas ou invalidadas por decisão judicial.

No mais, destaca-se a criação de tribunais constitucionais por toda a Europa nas décadas subsequentes, a saber, Grécia, Espanha, Portugal, Bélgica, avançando posteriormente sobre países do Leste Europeu, como Polônia e Rússia; países asiáticos, como a Índia; Estados latino-americanos e países africanos, a exemplo da África do Sul. Barroso salienta (2015, p. 298) que atualmente na Europa, apenas Reino Unido, Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*.

No Brasil, até 1891, predominava a ausência de qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade. Foi só a partir da promulgação da primeira Constituição Republicana, em 1891 que se instaurou instrumentos de controle concreto de constitucionalidade, via

2 A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, determina, em seu art. 93, a criação do Tribunal Constitucional Federal, atribuindo-lhe a responsabilidade pela interpretação de suas normas fundamentais e aferição da compatibilidade formal e material da legislação federal e estadual com o texto constitucional. Destacando-se que a sua instalação ocorreu em 1951.

3 A Itália, em 1947, promulgou a Constituição da República Italiana, prevendo no art. 134, a formação de seu Tribunal Constitucional, instalado efetivamente em 1956, encarregado de julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos estaduais com força de lei.

incidental, mediante a adoção do modelo estadunidense do *judicial review*, que autoriza a qualquer juiz o exercício do controle difuso de constitucionalidade no julgamento de casos concretos. Já a modalidade de controle por via principal, concentrado e abstrato, de influência Kelseniana, foi implementado apenas com o advento da Emenda Constitucional 16/65, tendo tornado-se mais efetivo e usual com a ampliação dos legitimados para a propositura das ações de controle abstrato, a partir da Constituição de 1988. Desse modo, a CF/88 foi responsável por romper o monopólio da iniciativa de deflagração do controle concentrado de constitucionalidade e desencadear a expansão da jurisdição constitucional. Na sequência, a introdução de novas ações de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, corroboraram para o robustecimento da jurisdição constitucional.

Destaca-se, que não obstante a existência de instrumentos de controle de constitucionalidade na Europa e no Brasil, desde o século XIX, eles não concentravam a força e a importância que desfrutam na atualidade, uma vez que foi só a partir do século XX que a Constituição teve sua compreensão, sentido e alcance reformulados para atender as exigências advindas de um novo momento histórico, marcado pelo fim da II Guerra Mundial, pela ascensão do pós-positivismo e, no caso brasileiro, pela redemocratização, instaurada a partir da Constituição de 1988. Nesse contexto, não mais se concebia a Constituição como um mero documento político, a depender da atuação parlamentar para produzir os efeitos por ela definidos. Reconheceu-se a Constituição como um documento jurídico, dotado de normatividade, isto é, com pretensão de se tornar efetivo, independentemente de manifestação legislativa, mediante a adoção de mecanismos de defesa e efetividade do texto constitucional, propiciados pelo avanço da jurisdição constitucional, o que ensejou a criação de órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade.

3 ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COM ENFOQUE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS IMPLICAÇÕES SOBRE A LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVAS

O Direito Constitucional assumiu um papel primordial no segundo pós-guerra, com a redefinição do sentido e alcance das normas constitucionais, que adquiriram amplo prestígio em face das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. O conteúdo axiológico e os fins perseguidos pelas regras e princípios insculpidos na Constituição se tornaram fundamento jurídico de validade apto a orientar a produção normativa de todos os poderes e esferas do governo, de modo que todas as normas integrantes do Sistema Jurídico devem se coadunar com os preceitos consagrados na Constituição. Assim, para que uma lei seja considerada válida é necessário além da observância do processo legislativo, a compatibilização de seu conteúdo com as normas constitucionais, importando, necessariamente, em uma assimilação e compreensão das normas contantes da ordem jurídica sob a ótica constitucional.

Na análise de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p. 122),

O que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. Em outras palavras, tornou-se hegemônico o modelo norte-americano de constitucionalismo, que tem no controle jurisdicional de constitucionalidade um dos seus baluartes.

Demais disso, cumpre ressaltar o reconhecimento da força normativa da constituição, durante o séc. XX, teve uma importância inquestionável no processo de reconstitucionalização da Europa⁴, ao final da Segunda Guerra, pois consolidou o entendimento de que as normas constitucionais têm o poder de ordenar e conformar a realidade política e social. A Constituição, portanto, não mais consistiria, apenas, em um mero produto da realidade social, uma vez que passou a se impor sobre ela, culminando em uma verdadeira confluência entre norma e realidade. As normas constitucionais adquiriram, assim, *status* de norma jurídica⁵, superando o modelo predominante até o início século XIX, que restringia-se a conferir caráter de proclamação política ao texto constitucional, herança da

4 Barroso (2015, p. 279) salienta que a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

5 Barroso (2015, p. 7) destaca que até meados do século XIX a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos.

teoria desenvolvida por Lassalle⁶, reconhecendo-se, por conseguinte, a normatividade da Constituição e seu caráter de imperatividade. Portanto, a introdução desse novel modelo permitiu que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais fosse dada prevalência as soluções que buscassem alcançar a máxima efetividade da Constituição.

No Brasil, esse fenômeno só foi introduzido no final da década de 1980 com o processo de redemocratização acompanhado, ainda, do interesse da construção de um novo Direito Constitucional, marcado pelo prestígio à democracia e aos direitos fundamentais, como elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

3.1 Aspectos introdutórios sobre a constitucionalização do Direito

Segundo Barroso (2015, p. 390), com a constitucionalização do Direito, as normas constitucionais, com seu conteúdo axiológico, seus princípios, dotados de obrigatoriedade e força vinculante, e fins públicos perseguidos, passam a ser determinantes para a validação, compreensão e atribuição de sentido das normas do direito infraconstitucional, irradiando-se com força normativa por toda ordem jurídica. Ademais, a constitucionalização do direito ensejou a observância dos preceitos constitucionais não só na relação verticalizada entre Poder Público e particulares, mas fez incidir seus efeitos também no âmbito relações privadas.

O reconhecimento da centralidade material, axiológica da Constituição constitui a *força motriz* para a constitucionalização do direito na medida em que toda a legislação infraconstitucional e todos os ramos do direito teriam sua interpretação e aplicação condicionadas a uma leitura pelas lentes da Constituição, objetivando a efetivação dos valores, princípios, direitos e fins nela albergados. (BARROSO, 2015, p. 402) Fica cediço que a constitucionalização do direito opera seus efeitos sobre todos os Poderes e esferas federativas, vinculando-os diretamente à Constituição.

“Trata-se de realizar uma verdadeira *filtragem constitucional do direito*, de modo a reinterpretar seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que ela consagra.” (BINENBOJM, 2014 b, p. 65).

Como consequência desse fenômeno, intitulado *filtragem constitucional*, Barroso (2015, p. 402) conclui que toda interpretação jurídica representa uma interpretação constitucional com incidência direta ou indireta da Constituição, isto é, mesmo quando a controvérsia se fundar na aplicação de norma infraconstitucional, o intérprete deve buscar

6 Hesse (1991, p.1) aduz que segundo a tese fundamental de Ferdinand Lassalle as questões constitucionais corresponderiam a questões política, não se confundindo com questões jurídicas.

coadunar seu sentido e alcance com as disposições constitucionais, bem como aferir sua compatibilidade com o texto constitucional.

Mister destacar, nesse cenário de constitucionalização do Direito, a importância da interpretação conforme a Constituição, definitivamente incorporada em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº. 9.882/99, na qual restou evidenciada sua dupla acepção. Para Barroso (2015, p. 336-337), o referido princípio pode ser invocado como técnica hermenêutica, tendo como cerne a interpretação da legislação ordinária da forma que melhor realizar o sentido e alcance dos valores e fins intrínsecos ao texto constitucional. Podendo, outrossim, ser compreendido como mecanismo de controle de constitucionalidade, na medida em que permite a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ante a constatação da presença de normas jurídicas que comportam diferentes possibilidades interpretativas. Assim, de acordo com essa segunda acepção, deve-se atribuir o sentido que mais se coadune com a racionalidade constitucional, excluindo-se, por consequência, o sentido que se mostre incompatível com a harmonia constitucional.

Outro aspecto importante a ser destacado consiste no ressignificado que os princípios constitucionais adquiriram quando da consolidação desse novo modelo de centralidade constitucional. Antes de 1988, não se reconhecia a natureza normativa dos princípios constitucionais, alegando-se como fundamento o elevado grau de abstração e generalidade dos mesmos. Nesse contexto, recorria-se à utilização dos princípios como meras fontes de integração do Direito, no caso de lacuna legal. Com o reconhecimento da normatividade e hegemonia dos princípios, motivado pelo advento do pós-positivismo e endossado pelas teses desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios foram erigidos ao patamar de norma jurídica, reconhecendo-se os atributos indispensáveis para a sua eficácia, a saber, imperatividade e instrumentos de coação necessários a garantir seu devido cumprimento.

Gustavo Binenbojm (2014 a, p. 85), incorporando a teoria de Dworkin, aduz que “a Constituição e seu sistema de direitos incorporam princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem ser compatíveis”, reforçando a necessidade de se efetuar uma *leitura moral da constituição*.

Fica cediço que o nascimento do pós-positivismo configurou marco importante para a reconciliação entre o Direito e a Ética, aproximação, essa, tão rechaçada no período de império do positivismo jurídico, o qual compreendia o Direito como um fim em si mesmo. Na atual fase, portanto, entende-se que os princípios são dotados de expressiva densidade axiológica, trazendo em seu bojo uma gama de valores morais definidores de direitos

fundamentais e irradiando seu conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico, dada a elevada carga normativa que encerram em seu núcleo. Nesse sentido, Binenbojm (2014 b, p. 64) dispõe:

Ao promoverem a incorporação à ordem jurídica dos mais importantes valores humanísticos — como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade, dentre outros —, os princípios constitucionais possibilitam uma reaproximação entre as esferas do direito e da moral, infundindo conteúdo ético ao ordenamento.

Assim, restou evidenciada a força vinculante dos princípios constitucionais, na atual conjuntura pós-positivista, na qual os princípios podem e devem incidir diretamente, sem necessidade de intermediação legislativa, nos casos que reclamem sua manifesta aplicação. Nesse contexto, como bem delineado por Barroso (2015, p. 359), os princípios constitucionais podem servir de parâmetro à interpretação de toda a ordem jurídica, tanto no plano da própria Constituição, conferindo unidade e harmonia ao sistema, como no plano infraconstitucional, orientando a definição do sentido e alcance das normas jurídicas em consonância com os valores e fins delineados em seu texto. Ademais, podem ensejar a supressão de qualquer norma ou ato jurídico contrastante com os valores por eles endossados, dado o reconhecimento de sua eficácia negativa.

Por fim, como bem explanado por Binenbojm (2014 b, p. 30-31) concebe-se, atualmente, a constituição como um sistema aberto de princípios, estruturados por uma lógica de ponderação proporcional, podendo ser aplicados em maior ou menor grau, conforme o emprego de técnicas de ponderação. Para o autor, “a Constituição e seu sistema de direitos fundamentais incorporam princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem ser compatíveis.”

3.2 Constitucionalização do Direito Administrativo

A seguir, analisa-se, no âmbito do Direito Administrativo, a repercussão desse cenário, de ascensão do pós-positivismo, no qual se reconheceu a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico e substituiu-se a supremacia da lei, em sentido formal, pela supremacia da Lei Maior, com seu sistema de direitos fundamentais, consagradores de verdadeiros princípios morais.

Faz-se necessário evidenciar que, a partir da Constituição de 1988, emergiu a preocupação de conferir um tratamento constitucional sobre aspectos típicos da Administração Pública, minudenciando-se uma série de princípios a serem observados quando

da atuação administrativa e discorrendo-se, exaustivamente, sobre matérias relacionadas aos servidores públicos. Essa ingerência excessiva da Constituição em certos aspectos da organização administrativa, por vezes, é criticada por sobrepujar o caráter garantístico, evidenciado na Constituição de 1988.

Destarte, buscou-se promover um tratamento constitucional apto a incidir sobre as relações constituídas tanto no âmbito da própria Administração Pública como entre ela e seus administrados, instituindo-se, para tanto, além dos princípios constitucionais gerais, princípios específicos a fim de orientar a atuação administrativa.

Assim, a Administração Pública passou a lastrear a sua atividade diretamente nas regras e princípios extraídos da Constituição, tornando-se, esta, o fundamento precípua apto a orientar o agir administrativo nas suas múltiplas esferas de atuação. Operou-se, assim, em um cenário pós-positivista, a constitucionalização do Direito Administrativo, influenciado pelo avanço da jurisdição constitucional, pelo reconhecimento da supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro e pelo enfraquecimento da lei formal. O administrador público, no exercício da atividade administrativa, não mais se restringe apenas à obediência aos atos normativos emanados do legislativo, mas respalda sua atuação diretamente nas disposições constitucionais.

“A *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional”. (Binenbojm, 2014, p. 38).

Nesse ínterim, o Direito Administrativo passou a ser assimilado por meio de uma ótica constitucional assentada em um sistema de princípios, entendido como *núcleo de condensação de valores*⁷, que tem o homem como principal destinatário das disposições constitucionais, o que explica a grande relevância atribuída aos direitos fundamentais dentro do arcabouço constitucional. A compreensão da dignidade humana como objeto precípua do Direito, tornando o respeito aos direitos fundamentais finalidade basilar da ordem constitucional, decorreu da superação do positivismo jurídico e do que se convencionou chamar de *virada Kantiana do Direito*⁸. Ocorreu, portanto, uma releitura do pensamento de Kant sob o prisma do Direito, que reconheceu a dignidade humana como fundamento último

7 Binenbojm (2014 *apud* Canotilho, 2002) atribui a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos como núcleo de condensação de valores, o aspecto mais importante da constitucionalização do direito.

8 A expressão é atribuída a Otfried Hoffe e utilizada para se referir a expressiva influência do pensamento de Kant no Direito, reformulando a ideia vigente à época do positivismo jurídico de que o fim do Direito era ele próprio.

de validade do Direito, suplantando a ideia kelseniana de que o direito é um fim em si mesmo. Foi assim que os direitos fundamentais, respaldados na ideia de dignidade da pessoa humana, tornaram-se pressupostos de legitimação a validar toda produção normativa infraconstitucional, servindo por conseguinte, como causa de limitação do poder estatal, não se permitindo sua flexibilização para favorecer interesses individuais ou coletivos.

Torna-se, ademais, imprescindível analisar esse novo cenário constituído a partir de 1988, com especial ênfase para as mudanças empreendidas pela superação da concepção de legalidade administrativa estrita e pela reformulação do conceito de discricionariedade, outrora concebida como espaço isento de disciplina legal e imune ao controle judicial do mérito administrativo, passando, ulteriormente, a ser condicionada à observância da lei e das diretrizes constitucionais.

3.3 Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade

O princípio da legalidade, sob uma visão mais tradicional, é entendido como uma vinculação positiva do administrador às instruções previamente estabelecidas em sede de processo legislativo. Nessa perspectiva, enquanto no âmbito das relações privadas prevalece a autonomia da vontade, sendo lícito ao particular fazer tudo o que a lei não proíba, na seara da Administração Pública, o administrador tem sua atuação restrita à observância dos comandos legais, não podendo se afastar de seu cumprimento estrito.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 89) explica que:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Portanto, de acordo com uma concepção mais tradicional referente ao princípio legalidade, restava tão somente à Administração Pública o papel de aplicação e execução dos preceitos legais previamente estabelecidos pelo legislador. Assim, subtraía-se do administrador a possibilidade de qualquer interpretação ou valoração dissociada ou transcendente dos limites fixados na legislação.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 89-90), não existe para o administrador margem para exercício de sua vontade pessoal, uma vez que as leis administrativas representam preceitos de ordem pública, de observância obrigatória pelos aplicadores e destinatários da norma. Nesse diapasão, o descumprimento das instruções

constantes do texto legal configura grave ofensa aos interesses da coletividade e às exigências do bem comum.

Cumprido destacar que o princípio da legalidade emergiu em meio a um contexto de declínio dos regimes absolutistas e nascimento do liberalismo, perpetrado pela ascensão da burguesia. Assim, como preceitua Moraes (1999, p. 21), “a doutrina do Direito Administrativo formou-se sob a inspiração do Estado Liberal – suas principais categorias forjaram-se e seus dogmas sedimentaram-se, sob o pressuposto do 'culto da lei’”.

Todavia, essa visão de proeminência da lei começou a perder força na segunda metade do século XX, em razão da barbárie praticada por regimes nazifascistas, somada à ascensão do pós-positivismo. Por conseguinte, a expansão dos mecanismos de jurisdição constitucional, o reconhecimento força normativa da constituição mediante sua pretensão de eficácia, bem como a consolidação da normatividade dos princípios constitucionais erigiram a Lei Fundamental à posição de centro gravitacional do Direito. A norma infraconstitucional, nesse cenário, passou a se subordinar aos preceitos constitucionais, porquanto o sentido e alcance da lei deveria ser compreendido sob uma perspectiva constitucional, pela qual a Constituição se torna encarregada de vincular todos os ramos do Direito à observância de suas disposições.

Conforme explicitado por Binenbojm (2014 b, p. 36):

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela constituição como cerne de vinculação administrativa à juridicidade.

Pode-se inferir que o princípio da juridicidade administrativa surgiu como uma alternativa a crise da legalidade, desencadeada na Europa no pós-Segunda Guerra Mundial. Até então, a lei era vista, segundo uma visão rousseuniana, como manifestação da vontade geral e fonte basilar do Direito, de modo que não se questionava sua aplicação, pois a atividade legiferante representava uma extensão da vontade popular e, porquanto, a observância da lei, como manifestação da vontade do povo, implicava, necessariamente, no respeito à vontade geral.

Binenbojm (2014 b, p. 133-142) aponta algumas razões que levaram a essa crise da lei em geral e da legalidade administrativa em particular:

I) a primeira delas decorre da ampla produção legislativa, sobretudo, nos países filiados ao modelo romano-germânico, resultante, em grande medida, da ideia *kelseniana* de completude do ordenamento jurídico, associada ao raciocínio desenvolvido no âmbito do

Estado Social, segundo o qual a lei teria aptidão para regular as questões sociais mais importantes;

II) a segunda razão que levou à crise lei foi a sua concepção, como expressão da vontade geral, insuscetível de qualquer valoração ou questionamento, de acordo com a lógica positivista engendrada por Kelsen, vigente durante toda a primeira metade do século XX, servindo de legitimação para a prática de uma série de arbitrariedades sob a égide de regimes nazifascistas;

III) a terceira razão para o esvaziamento da legalidade foi a ascensão do constitucionalismo e o reconhecimento da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, com seus princípios e regras orientando a atuação administrativa em suas três esferas, funcionando, assim, como pressuposto de validade da atividade legislativa, administrativa e judiciária;

IV) um quarto motivo que ensejou o declínio da lei em sentido formal foi o aumento de atos normativos infraconstitucionais, a exemplo dos regulamentos autônomos e executivos, capazes, por si só, de legitimar a atividade administrativa, havendo, por conseguinte, a superação da ideia de que somente a lei, decorrente de processo legislativo, serviria de substrato apto a validar o agir administrativo, pois esta se mostra incapaz de regular as múltiplas questões resultantes de uma realidade social dialética;

V) por fim, o autor aponta como última razão para o enfraquecimento da lei, a limitação do Poder Legislativo enquanto principal órgão normatizador, dado o fato que nos países ocidentais, o Executivo exerce expressivo controle sobre o processo legislativo. Em relação ao Brasil, Binenbojm ressalta que esse controle é exercido por meio da: reserva de iniciativa legislativa, privativa do chefe do Executivo, em matérias relevantes; da possibilidade de trancamento de pauta das deliberações ocorridas no Congresso Nacional, por ato da Chefia do Executivo; e da formação de bases parlamentares, com escopo de aprovar projetos de interesse precípua do governo.

Mister salientar, ainda, o entendimento de Germana Oliveira Moraes (Moraes, 1999, p. 23-24) sobre o tema em comento. Para a autora, influenciada pela doutrina de Paulo Bonavides, o princípio da legalidade estrita se transmudou em princípio da constitucionalidade, submetendo a atividade legiferante à observância dos comandos constitucionais, de modo que o Poder Legislativo se encontra adstrito à obediência a uma legalidade constitucional. Já no âmbito do Poder Executivo, ela ressalta que este, ao disciplinar a atuação administrativa, deve estar em conformidade não apenas com a lei, representada tão somente por regras jurídicas, mas com todo o Direito, decomposto em regras e princípios gerais do Direito, previstos

explícita ou implicitamente na Constituição.

O fato é que os princípios e regras constantes do texto constitucional passaram a servir, a partir da segunda metade do século XX, como principal parâmetro apto a orientar a atuação administrativa. Assim, conferiu-se ao administrador público para além da tarefa de zelar pela observância e aplicação da lei, o papel de resguardar, precipuamente, as disposições elencadas na Constituição. Toda atividade administrativa passou a ser pautada em consonância com as diretrizes constitucionais, de modo que o administrador só poderá aplicar lei que esteja em harmonia com regras, princípios, complexo de direitos fundamentais e fins públicos encampados na Carta Magna. Essa vinculação direta da atuação administrativa ao conteúdo abalizado na Constituição, resultado da constitucionalização do direito, reflete o que se entende, atualmente, por juridicidade administrativa, que preceitua que o administrador deve fiel observância às normas do ordenamento jurídico, em especial, ao texto constitucional, rompendo-se com a ideia de atuação administrativa pautada, exclusivamente, na observância da lei em seu sentido formal.

Nesse sentido, a atividade administrativa, em consonância com o princípio da juridicidade, deve obedecer ao ordenamento jurídico como uma unidade, representado pela Constituição, com suas regras e sistema de princípios, pela lei em sentido material e formal e, ainda, pelos regulamentos do Poder Executivo. Para Binenbojm (2014 b, p. 149):

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.

Portanto, já começa a ser palatável a ideia de atuação do administrador *contra legem*, quando a aplicação da lei representar uma violação do conteúdo constante da Carta Magna ou mesmo *prater legem*, onde é possível o administrador agir sem intermediação legislativa e aplicar as normas sistematizadas no texto constitucional, dado o reconhecimento da normatividade de suas disposições em substituição à ideia obsoleta prevalente no Brasil, até o final do século XX, de que a Constituição consistiria em uma mera declaração política.

Como ponderado por Binenbojm (2014 b, p. 37), verificou-se o surgimento de uma verdadeira Constituição *administrativa*, com suas regras e princípios vinculando direta e imediatamente as autoridades administrativas. À vista disso, para que as decisões administrativas possam ser consideradas legítimas, torna-se imprescindível a observância das competências administrativas fixadas no texto constitucional, bem como a necessidade de

coadunar todo o processo administrativo com a sistemática constitucional, objetivando-se preservar a prevalência de seus preceitos, seu sistema de princípios aglutinadores de valores e complexo de direitos fundamentais. Portanto, a Constituição adquiriu *status* de norma jurídica autônoma, prescindindo da intervenção legislativa e desvincilhando-se da lei em seu sentido formal para se tornar efetiva, evidenciando-se, assim, sua aptidão para se impor sobre todos os poderes do Estado e esferas administrativas. Nesse diapasão, a legalidade se tornou apenas mais um princípio constitucional com o condão de orientar a atividade administrativa, dentre os elencados no art. 37 e demais dispositivos da Lei Maior, encerrando o período de centralidade da lei no sistema jurídico-administrativo.

3.4 Notas em torno da Discricionariedade Administrativa

O conceito de discricionariedade surgiu na Europa nos séculos XVI a XVII, à época do chamado Estado de Polícia, estando intrinsecamente relacionada ao poder soberano exercido pelos monarcas absolutistas. Nesse contexto, evidenciava-se uma verdadeira sobreposição entre as definições de discricionariedade e arbitrariedade, na medida em que preponderava a vontade suprema do Rei, independentemente de qualquer manifestação de vontade popular, tanto no campo das relações entre o Poder Público e particulares como no âmbito das relações privadas.

A partir do século XIX, a discricionariedade assumiu contornos aproximados aos concebidos na atualidade mediante o incremento da produção legislativa, associada à posição de destaque ocupada pelo Legislativo quando da consolidação do Estado de Direito. Nesse contexto, Andreas Krell (2004, p. 17) ressalta que “... do Poder Executivo foi retirada a prerrogativa de editar leis, e a vontade do rei, substituída pela vontade geral do povo”, acrescentando que “o grande desafio do jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade”.

Portanto, no século XIX, a noção de discricionariedade consistia na liberdade de atuação administrativa em consonância com aquilo que não fosse vedado pela lei, tendo a Administração Pública ampla margem de liberdade para agir nos espaços ausentes de normatização pela atividade legislativa. Contudo, já no século XX, a discricionariedade passou a ser entendida como a liberdade de atuação administrativa de acordo com as regras e critérios delineados na legislação, porquanto a liberdade do administrador público passou a estar vinculada às diretrizes fixadas em lei. Essa concepção de vinculação positiva à lei resultou da doutrina alemã da *positive Bindung*, a qual dispunha que a Administração Pública

deveria ter sua atuação pautada na lei. Desse modo, a discricionariedade implicava no exercício da liberdade decisória dentro das possibilidades e limites estabelecidos na legislação posta, sendo notória a influência do pensamento kelseniano, o qual apregoa que, na atividade interpretativa pode existir mais de uma solução possível, fundamentada juridicamente dentro da moldura normativa vigente.

Para Maria Sylvia Zanella de Di Pietro (2012, p. 24), a discricionariedade é um poder jurídico limitado pela lei, de modo que "... a lei não é mais barreira externa, fora da qual a Administração pode agir livremente; toda atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei; fora desse círculo nada é possível fazer".

Evidenciou-se, assim, uma evolução da concepção de discricionariedade administrativa, antes compreendida como uma zona completamente imersa à liberdade decisória do administrador, imune a qualquer controle legislativo ou judicial, para um conceito de discricionariedade sujeita à observância de requisitos fixados em lei, com vistas a atender aos fins nela delineados, os quais representam, em última análise, como explicado por Hely Lopes Meirelles (2011, p. 178), a própria consecução do bem comum.

Superou-se, destarte, a ideia de discricionariedade como o espaço de atuação administrativa sujeito, tão somente, ao alvedrio do administrador, herança do período absolutista, onde discricionariedade se confundia com arbitrariedade. Para Meirelles (2011, p. 177) a discricionariedade:

Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que se imponha ao seu capricho, nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa.

Tornou-se anacrônica a rígida divisão entre atos discricionários e atos vinculados, pois inexitem atos inteiramente discricionários, uma vez que o exercício da competência discricionária estará invariavelmente adstrito à observância de elementos, como competência, forma e finalidade, que serão sempre considerados elementos vinculados, reservando-se ao administrador a liberdade de escolha apenas quanto aos motivos e ao objeto do ato administrativo. Entendimento, este, sedimentado pelo Desembargador Seabra Fagundes na apelação cível n. 1.422, de sua relatoria:

A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercê-la, e não a liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), no praticar o ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei

prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Entre praticar o ato ou dê-se abster, entre praticá-lo com êste ou aquêle conteúdo (por exemplo: advertir apenas ou proibir), ela é discricionária. Porém no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro (Ap. Cível 1.422-RN, Rel. Seabra Fagundes, julgado em 1948).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 57), a decisão supra apresentou-se como autêntico *leading case* sobre o tema concernente ao controle jurisdicional da atuação administrativa, inaugurando a teoria do desvio de poder no Brasil. Ressaltando-se que esta tem sua origem relacionada ao Conselho de Estado da França, ocasião onde foram lançadas suas bases, ao admitir-se a impugnação do ato administrativo ante a verificação de desvio de poder. (MELLO, 1993, p. 56). A referida teoria apregoa a impossibilidade de o agente administrativo se desvencilhar da finalidade fixada na lei. “Por isso o controle jurisdicional do desvio do poder é um controle de estrita legalidade”. (MELLO, 1993, p. 57). A teoria do desvio de poder decorre, na visão de Celso Antônio de Mello (1993, p. 51), da ascensão de um Estado de Direito respaldado na supremacia da lei em sentido formal, como expressão da vontade popular, restando ao administrador atuar apenas *secundum legem*, sendo-lhe vedado agir *contra legem* ou *extra legem*, na medida que o Executivo atua como *longa manus* do Poder Legislativo, isto é, realizando aquilo que foi disposto pelo Legislativo.

Posteriormente, a despeito desse controle finalístico, instituído pela teoria do desvio de poder, entabulando o controle judicial sobre os atos da Administração Pública, verificou-se que ele se mostrava incapaz de impedir a ocorrência de arbitrariedades quando do exercício da competência discricionária, em razão da impossibilidade de submeter o mérito do ato administrativo ao exame jurisdicional. Desenvolveu-se, nessa conjuntura, a teoria dos motivos determinantes como mecanismo para coibir a prática de atos administrativos dissociada dos motivos declinados na sua fundamentação. Desse modo, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a inobservância dos motivos apontados como pressuposto a sua prática enseja o controle do Poder Judiciário, caso sejam inexistentes ou inverídicos, ou falte adequação entre as razões expostas e o resultado alcançado. (MS 13.948-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/09/2012).

Segundo Caio Tácito (1975, p. 60, *apud* MELLO, 1993, p. 88) “... se inexistente motivo ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade”. Nesse mesmo sentido, Binenbojm (2014, p. 218) aduz que “a validade do ato estará condicionada à existência dos fatos apontados pela Administração como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como a juridicidade de tal escolha”.

Nada obstante a evolução do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, resultado tanto do advento da teoria do desvio do poder, responsável por introduzir o controle dos fins indicados na lei, como pelo implemento da teoria dos motivos determinantes, que ensejou a possibilidade de intervenção judicial sobre aspectos atinentes ao mérito administrativo, o que se verifica é que tais esforços doutrinários, absorvidos pela jurisprudência, mostraram-se insuficientes para conter os excessos cometidos, sob pretexto da impossibilidade de ingerência do Judiciário no tocante ao mérito do ato.

Ante a perda da centralidade da lei face à Constituição na ordem jurídica, acompanhada da normatização dos princípios constitucionais e da expansão da juridicidade administrativa, a concepção de discricionariedade foi redefinida para se amoldar a essa nova sistemática, introduzida pela Constituição de 1988, resultante dos *postulados do constitucionalismo na fase pós-positivista*.⁹ Para Andreas J. Krell (2004, p. 54), a atual fase pós-positivista, eminentemente particularizada pela positivação dos princípios gerais do Direito nos textos constitucionais contemporâneos, possibilitou o controle dos atos provenientes da discricionariedade administrativa sob a perspectiva da juridicidade, sobrepujando o controle baseado em uma legalidade estrita, para condicioná-los à observância de princípios constitucionais, implícitos e explícitos, (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.).

Portanto, nesse contexto, restou superado o conceito de discricionariedade como um espaço isento de disciplina legal e imune à sindicabilidade judicial do mérito administrativo. Na visão de Germana Moraes (1999, p 37-38) não se concebe mais a discricionariedade como simples resultado da submissão a um “direito por regras”, onde apenas a legalidade, em seu sentido estrito de conformidade com regras jurídicas, condicionava a edição de atos administrativos, mas se reconhece uma nova compreensão de discricionariedade, onde se busca adequação a um “direito por princípios” ante a principiologia constitucional, consagrada pela Constituição de 1988. Infere-se, portanto, que juridicidade administrativa passou a vincular a atuação da Administração Pública, outrora sujeita à observância da legalidade, representada apenas por regras, para submeter-se ao ordenamento jurídico como um todo, com especial ênfase para os princípios constitucionais. Assim, apresenta Germana Moraes (1999, p 37-38) a redefinição do conceito de discricionariedade, como:

A margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder mediante a ponderação comparativa dos

9 Expressão utilizada por Germana de Oliveira Moraes em sua obra, Controle Jurisdicional da Administração Pública, 1999, p. 37.

interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais do Direito e dos critérios não positivados de conveniência e oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.

Para Juarez Freitas (online, 2011, p. 146), “... como toda discricionariedade encontra-se vinculada, inexistente espaço lícito para a discricionariedade pura ou exclusivamente política, que nada mais é do que o ninho de arbitrariedades por ação ou por omissão”.

Em suma, verifica-se que a dicotomia entre atos discricionários e vinculados já não mais se justifica, em razão da incorporação noção de juridicidade administrativa, pela qual se observa a vinculação direta da Administração Pública à Constituição e ao ordenamento jurídico, evidenciando-se uma classificação dos atos administrativos em diferentes graus de vinculação à juridicidade. (BINENBOJM, 2014 b, p. 220). Encontra-se, assim, suplantada a impossibilidade de revisão do mérito administrativo mediante o controle jurisdicional, haja vista sua sujeição aos princípios constitucionais gerais e setoriais aplicáveis no âmbito da Administração Pública.

Demais disso, cumpre ressaltar que a imprecisão conceitual de interesse público serviu para justificar, durante muito tempo, os excessos e arbitrariedades cometidas quando do exercício do Poder Discricionário, na medida em que se determinava, aprioristicamente, a primazia do público sobre o privado, sem qualquer ponderação dos direitos e interesses em conflito no caso concreto. No entanto, como enfatizado por William Marques (*online*, p. 268), esse cenário mudou a partir da consolidação do Estado Democrático de Direito e do advento do neoconstitucionalismo:

O aperfeiçoamento do Estado de Direito representado pelo neoconstitucionalismo reverbera no aspecto de questionamento, transformação e superação da supremacia do interesse público sobre o privado que cede espaço a um modelo participativo, paritário e consensual de Administração Pública, inclusive no tocante à imposição de limites objetivos à discricionariedade administrativa.

Ainda hoje, muitos autores administrativistas, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia de Pietro, defendem o princípio da prevalência do interesse público, respaldado-se em uma lógica organicista, segundo a qual os interesses individuais consistem apenas em uma parcela do interesse coletivo, externado pela sociedade considerada em sua generalidade.

Para Celso Antônio de Mello (2003, p. 53), “[...] o interesse público deve ser

conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”. Em seguida Mello (2003, p. 60), faz a seguinte afirmação a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir garantidos e resguardados.

Por seu turno, Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 66), compartilhando do mesmo entendimento de Celso Antônio, ressalta que as normas de direito público têm como objetivo principal atender ao interesse público e ao bem-estar coletivo, protegendo, em alguma medida, de forma reflexa o interesse individual. Na sequência, a autora aduz que o interesse público deve preponderar sobre os individuais, constituindo a supremacia do interesse público princípio apto a orientar a Administração em todas as suas decisões, servindo como fundamento para todo o direito público. Maria Sylvia (2012, p. 68) destaca ainda que:

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de 'atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei' (inciso II).

Todavia, alguns constitucionalistas e administrativistas, como Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmiento, Gustavo Binbenojm, Humberto Ávila, dentre outros, vêm questionando veementemente a doutrina que defende, de forma apriorística, a supremacia do interesse público sobre o privado, sem a devida ponderação entre os interesses conflitantes em cada caso e sob a luz dos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da proteção aos direitos fundamentais.

A própria concepção de princípio é incompatível com a ideia de supremacia, uma vez que os princípios são entendidos como preceitos jurídicos dotados de alto grau de abstração e generalidade, cuja incidência se determina mediante procedimento de ponderação entre bens juridicamente tutelados. Nesta lógica, permite-se a aplicação, inclusive, de princípios colidentes, desde que seja possível a harmonização entre os mesmos, respeitando-se a relevância de cada um deles ante o caso concreto. Assim, ao contrário das regras, que a aplicação de uma exclui a incidência de outra, aos princípios não se aplica esse tipo de solução antinômica, de modo que diante da impossibilidade de combinação entre eles, a aplicação de um, no máximo, afastará a incidência de outro, que com ele se mostre incompatível, o que não importará na invalidade do princípio afastado nem na sua exclusão do

ordenamento jurídico.

Gustavo Binenbojm (2014 b, p. 111) em análise sobre o tema concluiu que:

[...] as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* em caráter abstrato, senão devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do *jogo de ponderações proporcionais* envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.

[...]

Qualquer juízo de prevalência deve ser *reconduzido* ao sistema constitucional, necessariamente dúctil e plural, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.

Assim, com a consolidação de uma democracia constitucional não se pode mais conceber a discricionariedade como um espaço onde o administrador dispõe de total liberdade para a determinação do objeto e escolha dos motivos que fundamentam a edição do ato administrativo, tendo em vista que o exercício do Poder Discricionário se encontra balizado à observância da Constituição, com suas regras, princípios e sistema de direitos fundamentais, que têm como finalidade precípua a proteção da dignidade da pessoa humana.

Fica cediço que o interesse público não pode ser analisado e assimilado dissociado dos interesses individuais, não podendo, porquanto, o administrador invocar, de forma antecipada, o interesse público para fundamentar sua atividade administrativa, sem antes proceder uma análise minuciosa dos direitos em conflito no caso concreto, por meio da utilização de um método ponderativo que tenha por escopo permitir a máxima realização dos interesses envolvidos. Tão somente, não sendo possível essa solução e levando-se em consideração que os interesses individuais constituem extensão do próprio interesse público, necessário se faz, a luz da proporcionalidade, da razoabilidade e do respeito aos direitos fundamentais, decidir qual interesse deverá preponderar diante do caso concreto.

4 SOBRE A POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Discorre-se, aqui, sobre a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, via incidental, entendido em seu sentido ampliado, no âmbito da administração pública. Busca-se, assim, perquirir se o administrador público, quando da prática de atos administrativos, poderia afastar lei ou dispositivo legal que entendesse contrários à Lei Maior, haja vista o reconhecimento crescente, pós-1988, de sua supremacia material no cerne do ordenamento jurídico, em razão da constitucionalização do direito em um contexto pós-positivista, agregada ao reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios.

Reconhece-se, atualmente, que no Sistema Jurídico brasileiro os Poderes Executivo e Legislativo desempenham uma importante função no que concerne à apreciação da constitucionalidade das leis na defesa da hegemonia constitucional. Superou-se, por conseguinte, a ideia que competiria exclusivamente ao Judiciário a guarda da Constituição e a realização do controle de constitucionalidade. Prevaleceu, assim, o entendimento de que cabe ao Legislativo e ao Executivo, bem como ao Tribunal de Contas, compreendido como órgão constitucional autônomo, a realização do controle de constitucionalidade no sentido de mera apreciação, como se observa abaixo no julgado e súmula, de autoria do Supremo Tribunal Federal:

(...) Asseverou-se que o CNJ ou qualquer outro órgão, do Judiciário ou de outro poder, não têm competência para tolerar, admitir ou considerar aceitável prática de inconstitucionalidade. Ressaltou-se, ainda, não haver embasamento para que o CNJ, órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, expeça normas sobre o direito dos magistrados ou admita como providência legítima o gozo de férias coletivas desses agentes públicos [art. 93, XII]. (ADI 3823/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Data de julgamento: 06/12/2006).

Súmula 347, STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.

Fica cediço que todos os Poderes, em todas as esferas, devem atuar tendo por finalidade o cumprimento dos preceitos constitucionais, coibindo, no âmbito de suas competências e atribuições, qualquer violação ao conteúdo, explícito e implícito, abalizado na Constituição, a fim de assegurar sua efetividade.

4.1 Possibilidade de realização do controle de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo

No regime anterior à Constituição de 1988, somente ao Procurador-Geral da República cabia a iniciativa para a deflagração do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse contexto, seria autorizado ao Chefe do Executivo suscitar o descumprimento autoexecutório de norma considerada inconstitucional, em razão do princípio da supremacia da Constituição e da possibilidade de recusa à aplicação de lei eivada de inconstitucionalidade. Destarte, para o Poder Executivo se mostrava inconcebível o cumprimento de diploma ou dispositivo legal inconstitucional em detrimento dos preceitos constitucionais, pois isso representaria, além de grave violação à Constituição, a proeminência de dispositivos infraconstitucionais, subvertendo, porquanto, a hierarquia normativa.

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, ampliando o elenco de legitimados para a propositura do controle abstrato de constitucionalidade, incluindo o Chefe do Executivo federal e estadual, começou a se defender a tese de impossibilidade de descumprimento de lei reputada inconstitucional, tendo em vista que a Constituição passou a trazer mecanismos próprios de jurisdição constitucional, passíveis de utilização pelo Presidente da República e Governadores dos Estados, inclusive, com faculdade de formulação de pedido liminar visando à suspensão dos efeitos da lei, objeto de impugnação.

Gilmar Mendes (*online*, 1997, p. 18) percebendo os impactos dessa inovação constitucional referente ao reconhecimento dos chefes dos Executivos federal e estadual para a iniciativa do controle concentrado, teceu os seguintes comentários:

É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou de quase desforço perdeu razão de ser na maioria dos casos.

Em que pese o entendimento ora referenciado, perfilhado por parcela da doutrina, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento que admite a possibilidade de negativa pelo Executivo de aplicação de norma considerada inconstitucional, como se observa a seguir:

Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais." (ADI 221-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22/10/93)

Alexandre de Moraes (2007, p. 36) discorrendo sobre o tema aduz que ao

Executivo caberia a obediência precípua das normas constitucionais, de modo que seria plenamente possível a negativa de eficácia aos dispositivos legais inconstitucionais, destacando que não se pode exigir que o Chefe do Poder Executivo consinta com o cumprimento de uma norma que julgue inconstitucional, não se olvidando, todavia, de ulterior exame pelo Judiciário.

Tem predominado, portanto, em sede doutrinária e jurisprudencial, a tese conforme a qual é possível o controle de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo, tendo como principais propagadores Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Clèmerson Merlin Clève e Gustavo Binenbojm. Alega-se, para tanto, que com a incorporação do princípio da juridicidade no âmbito da Administração Pública, não se pode impedir que o Executivo descumpra, de plano, os diplomas e dispositivos legais considerados inconstitucionais. Contanto, a assunção de postura em contrário significaria uma flagrante afronta ao princípio da supremacia da Constituição, ocasionando verdadeira subversão do sistema normativo, no qual a Lei Maior se situa no topo da ordem jurídica, irradiando sua força normativa em toda a extensão e em todas as direções do ordenamento jurídico.

Além disso, sustentam os defensores da negativa de eficácia pelo Executivo que a propositura de ação direta de inconstitucionalidade não obsta a possibilidade descumprimento de lei reputada inconstitucional, haja vista que não se reserva exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para conferir inteligibilidade, interpretar e aplicar a Constituição. Segundo Gustavo Binenbojm (2014 b, p. 262):

No contexto de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, à autoridades públicas deve ser assegurado um amplo espaço de expressão e participação na *revelação e definição* dos significados constitucionais prevalentes. Tal participação não se dá, entretanto, apenas no âmbito do processo formal de fiscalização da constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

No mais, dentre outros argumentos utilizados para embasar referida orientação, ressalta-se o fato da Constituição não assegurar a legitimidade para a deflagração do controle abstrato aos chefes do executivo na esfera municipal, o que ensejaria uma situação de desequilíbrio nos quadros da Administração Pública. Alega-se, ainda, que o advento da Emenda Constitucional nº 03/93 deixou claro que o Poder Executivo tanto pode como deve negar a aplicação de lei considerada inconstitucional, desde que não haja decisão declaratória de constitucionalidade proferida pelo Pretório Excelso, uma vez que as decisões de mérito, proferidas em sede de ADC pelo Supremo Tribunal Federal produzirão eficácia subjetiva *erga omnes* e efeito vinculante sobre os Poderes Judiciário e Executivo. Por fim, argumenta-se que a aplicação de norma eivada de inconstitucionalidade configuraria crime de responsabilidade,

pois implicaria em violação da própria Constituição, conforme preceitua o art. 85, *caput*, da Carta Magna.

Em sentido contrário, os que refutam o referido posicionamento alegam, com base na doutrina dos juristas Humberto Ribeiro Soares, Ruy Carlos de Barros Monteiro e Zeno Veloso, que o sistema de jurisdição constitucional brasileiro reserva à iniciativa do Poder Executivo instrumentos específicos à impugnação de dispositivos legais inconstitucionais. Ademais, autoriza-se, inclusive, o requerimento de liminar com vistas à suspensão imediata dos efeitos dos dispositivos questionados, mitigando, assim, a alegação de impossibilidade de solução rápida para as demandas envolvendo casos de inconstitucionalidade.

Humberto Ribeiro Soares (*online*, p. 532) discorrendo sobre o tema dispõe que se fosse permitido ao Poder Executivo, mediante sua chefia, descumprir as normas que lhe afigurassem inconstitucionais, este incorreria em uma ilegítima interferência da divisão constitucional de competências, sobrepujando o princípio da separação dos poderes, corolário do Estado de Direito:

E este é o mesmo panorama conceitual que antagoniza a possibilidade de o Executivo deixar de cumprir lei que ele, Executivo – sem julgamento ou antes de julgamento do Poder Judiciário – julgue, por si, inconstitucional. Se o fizesse, aliás, dupla interferência na partilha de competências constitucionalmente estabelecida, o Executivo sustando um ato do Legislativo, e, ao mesmo tempo, usurpando competência do Judiciário, a quem a Constituição competência do controle de constitucionalidade sucessivo, seja pela via de exceção, concreta, difusa, seja pela via da ação, abstrata, concentrada, não a havendo concedido ao Executivo.

Ressalta-se, ainda, que, para a parcela da doutrina que defende a impossibilidade de negativa de eficácia de leis reputadas inconstitucionais, o descumprimento autoexecutório não instaura um quadro de desigualdade no âmbito da Administração Pública, ante a prevalência do princípio da simetria, de modo que a legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade se estende, outrossim, para o chefe do executivo municipal.

Demais disso, sustentam que a EC nº 03/93 não teve a pretensão de facultar ao Executivo a não aplicação de plano dos diplomas e dispositivos legais julgados por ele incompatíveis com a Lei Maior, mediante a realização de controle de constitucionalidade, mas, sim, de conferir equilíbrio, unidade e coerência interna à ordem constitucional. Para Lucas Catibi de Laurentiis (*online*, 2012, p. 147):

A previsão da parte final do art. 102, § 2º, da CF não perde sua razão de ser com a negação da possibilidade de órgãos administrativos realizarem o controle de constitucionalidade das leis, pois subsiste a necessidade da uniformização do entendimento acerca da interpretação e da aplicação concreta de normas constitucionais incidentes em controvérsias jurídicas.

Por fim, argumenta-se que o reconhecimento da força normativa da Constituição não teve o condão de viabilizar a realização do controle de constitucionalidade pelos órgãos da Administração Pública, ao revés, consolidou o entendimento de que todas as normas jurídicas, passíveis de questionamento no tocante a sua constitucionalidade, devem ser encaminhadas ao Judiciário.

Importante ressaltar que, a despeito da construção doutrinária que inadmita a possibilidade de descumprimento autoexecutório pelo Executivo, por meio de sua chefia, das leis que, a seu juízo, contrariem a sistemática constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sinalizado pela incorporação do entendimento concernente à negativa de eficácia de dispositivo legal maculado de inconstitucionalidade, admitindo-se ulterior fiscalização dessa decisão pelo Judiciário, tanto em sede de controle concreto como no âmbito do controle abstrato.

Contudo, inobstante a consolidação desse entendimento, questão que se impõe como indispensável à realização de uma análise mais aprofundada e pormenorizada, diz respeito à possibilidade do administrador público, quando da prática de atos administrativos e prolação de decisões, afastar a incidência de dispositivos em patente desconformidade com as normas constitucionais, incluindo-se os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, que se irradiam por todo o sistema normativo.

4.2 Sobre a viabilidade do administrador público realizar controle de constitucionalidade

Faz-se mister destacar que, nada obstante a tese doutrinária manifestando-se a favor da prerrogativa de o Poder Executivo em não aplicar lei em desconformidade com as normas constitucionais, em respeito a supremacia material e axiológica experimentada pela Constituição, entendeu-se que esta incumbência estaria restrita à esfera de atuação do Chefe do Executivo. Desse modo, em prestígio à segurança jurídica, não se admitia a competência do administrador público, embora investido da necessária parcela de poder público para o exercício de suas atribuições, proceder a uma apreciação da constitucionalidade das normas jurídicas.

Segundo entendimento esposado por Hugo de Brito Machado Segundo (*online*, 2003), o afastamento de norma através de um juízo de discricionariedade que a reputasse incompatível com a ordem constitucional vigente importaria em atribuir ao Executivo a faculdade de julgar as leis às quais está submetido.

Todavia, a partir da Constituição de 1988, observou-se significativa transformação no Direito Constitucional brasileiro, em virtude do reconhecimento da força normativa da Constituição, da eficácia normativa dos princípios constitucionais e consolidação do princípio da juridicidade constitucional no âmbito da Administração Pública, mitigando, em grande medida, o legalismo estrito. Infere-se, portanto, que a partir de 1988, quando a Constituição alcançou uma posição de centralidade na ordem jurídica, esta passou a ser entendida e assimilada em consonância com os preceitos consagrados pela Lei Maior. Nessa conjuntura, a Constituição passou a servir como parâmetro de interpretação para todo o direito infraconstitucional, que deve retirar diretamente da Constituição seu fundamento de validade, procedendo-se a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Em consequência da instauração desse cenário, marcado pela incidência direta da Constituição, emergiu a indagação se estaria o administrador público incumbido de deixar de aplicar dispositivos legais quando eivados de inconstitucionalidade, ou seja, de proceder a um controle administrativo de constitucionalidade de ofício, em observância à aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais.

Impende ressaltar que a não aplicação de norma incompatível com a Lei Maior e declaração de nulidade de lei no exercício do controle de constitucionalidade configuram atividades inconfundíveis. A primeira se refere a uma acepção ampliada do controle de constitucionalidade, concernente à apreciação dos atos normativos sob uma perspectiva constitucional, à semelhança do que é admitido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede sumular, no âmbito dos Tribunais de Contas. Já a segunda, relaciona-se à realização do controle de constitucionalidade propriamente dito, que tem como resultado final a declaração de (in)constitucionalidade do ato normativo pelo STF.

Contanto, autorizar esta possibilidade, não resultaria em uma declaração de nulidade de leis ou atos normativos a ser efetuada pelo administrador público, mas culminaria no reconhecimento do controle administrativo de constitucionalidade, com fulcro no dever de guarda das normas constitucionais, conforme estatuído pelo art. 23, I, da CF, que estabelece como competência comum de todos os entes da federação “zelar pela guarda Constituição, das leis e das instituições democráticas”. Nesse contexto, a negativa de extensão dessa prerrogativa na esfera administrativa colocaria em risco a coerência interna e a unidade de sistema jurídico brasileiro.

Demais disso, tal atividade decorre, em grande medida, da superação da concepção de que a interpretação da constituição seria de atribuição exclusiva do Judiciário, uma vez que o respeito aos princípios e regras constitucionais é uma tarefa que se impõe aos

três poderes, em todas as esferas administrativas, englobando a sociedade como um todo. Ressaltando-se, ainda, que, para Peter Häberle (1997), no contexto de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, na qual é reservado a todos o direito de atuar ativamente no processo de intelecção e interpretação das normas constitucionais, o administrador público exerce relevante papel como intérprete da Lei Maior, possuindo a obrigação, decorrente da própria Constituição, de realizar uma interpretação do Direito com ênfase nos postulados nela delineados. Nesse contexto, portanto, torna-se imprescindível a implementação de um controle de constitucionalidade dilatado e integrado, vinculando todos os Poderes do Estado, a fim de assegurar a eficácia direta do conteúdo axiológico inserido na Constituição.

Juarez Freitas (*online*, 2011, p, 144), analisando o tema em comento, defende um controle ampliado e sistemático da Constituição, com aptidão para “combater as inconstitucionalidades comissivas e, ao mesmo tempo, impedir a recorrente inércia violadora da Constituição”, com o escopo de coadunar a atuação administrativa com as finalidades republicanas e de promover a efetivação do direito fundamental à boa administração, direito este, que assegura à sociedade usufruir de uma administração pública, pautada pela: eficiência, transparência, motivação, imparcialidade e “respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. (FREITAS, *online*, 2011, p. 148).

Assim, seguindo a orientação consagradora de um controle de constitucionalidade mais dilatado, seria plenamente defensável, em nome da tutela ao sistema de direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, deixar o administrador público de aplicar lei em patente confronto com os preceitos abalizados na Carta Magna. Não sendo, portanto, facultado ao administrador, em uma situação como esta, aplicar norma ou ato administrativo normativo inconstitucional, com fundamento em uma legalidade estrita ou na ausência de norma autorizando-o a agir, uma vez que a adoção de postura omissiva ante ao poder-dever de proteção aos ditames constitucionais configuraria séria violação à Lei Maior.

Nesse diapasão, não subsiste o argumento sustentado pela corrente contrária que defende a impossibilidade do administrador público negar aplicação de uma lei manifestamente inconstitucional por entender ser prejudicial à segurança jurídica, pois como bem elucidado por Freitas (*online*, 2011, p. 152), “... desde que assimilada com boa-fé e acurácia, a noção larga de guarda administrativa da constitucionalidade não implica jamais excesso nem invasão. Não conspira contra a segurança jurídica, e ainda a fortalece”.

Destarte, reconhecer o contrário consistiria em grave afronta à Ordem Constitucional estabelecida, uma vez que essa atitude equivaleria conferir ao direito

infraconstitucional prevalência em face da Constituição Federal, atribuindo àquele *status* superior, o que é inconcebível no ordenamento jurídico brasileiro, onde as diretrizes constitucionais constituem fundamento último de validade de toda ordem infraconstitucional. Sendo cediço que em nosso sistema jurídico, os comandos constitucionais vinculam todos os poderes e esferas estatais, impondo a total obediência destes aos postulados ali consagrados.

Faz-se mister destacar, ainda, que a inadmissão dessa prerrogativa ao agente público acarreta uma série de transtornos no seio da ordem jurídica, a saber: a perpetuação de leis e dispositivos legais inconstitucionais, ocasionando sérios prejuízos ao interesse público, e a sobrecarga do judiciário com demandas repetitivas, contribuindo, sobremaneira, com a morosidade processual. Em uma análise sobre o tema, Juarez Freitas (*online*, 2011, p. 159):

[...] se revela imprescindível reduzir a litigiosidade, causada pelo próprio Estado-administração, fenômeno que congestionam a pauta judicial e a faz morbidamente morosa. Ademais, no plano das ponderações estatísticas, imperioso admitir que o resolutivo acatamento das decisões judiciais pelo Estado-administração desafogaria os tribunais, pois não há dúvida de que a administração pública converteu-se em grande demandada, num quadro que piora a já baixa confiabilidade média dos agentes políticos.

Acrescenta-se, ainda, o fato que a Constituição de 1988, no art. 5º, incisos LV e LXXVIII, conferiu ao processo administrativo, nos mesmos moldes já assegurado ao processo judicial, “o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, bem como “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Logo, a negativa de eficácia aos ditames constitucionais, representada pela impossibilidade do administrador público negar a aplicação de lei flagrantemente inconstitucional constitui nítido obstáculo a efetivação da garantia constitucional à razoável duração do processo.

Importante frisar que a realização do controle de constitucionalidade em sua acepção ampla no âmbito da Administração Pública não obstará a análise da questão, quando provocado, pelo Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, continuaria sendo função precípua do Judiciário o controle de constitucionalidade em última instância, de modo que a apreciação constitucional dos dispositivos legais pelo administrador público, de ofício, quando de sua atuação como representante do Poder Público, não representaria qualquer prejuízo ao exercício do controle último reservado ao Judiciário, a quem competiria sanar eventuais desvios cometidos pelas instâncias administrativas. Ademais, o próprio constituinte originário ao determinar no art. 23, I, da CF, o dever de guarda da Constituição, admitiu que o controle da juridicidade constitucional se estenderia aos demais poderes, em todas as esferas de governo. Como explanado por Freitas (*online*, 2011, p. 145):

[...] a guarda da Constituição jamais se deve cingir às Cortes judiciais, embora a elas, em nosso sistema, incumba controle característico e cabal. Nessa perspectiva, imperativo tecer, com o austero resguardo das competências, uma rede de controle sinérgico de constitucionalidade, a cargo do Estado inteiro e da sociedade, de sorte a realizar inédita sindicabilidade integrada — externa, interna, jurisdicional e social — da gestão pública brasileira.

Ante o exposto, não se afigura razoável tolher do administrador público a possibilidade de negativa de cumprimento de norma manifestamente inconstitucional, desde que o faça motivadamente e em observância direta e imediata dos preceitos insculpidos na Lei Maior. Destarte, o agente público só se encontra adstrito ao acatamento de lei constitucional, em razão de sua submissão ao princípio da juridicidade, que tem por finalidade coadunar a prática administrativa com a sistemática constitucional, objetivando-se assegurar a eficácia direta e imediata de seus preceitos, seu sistema de princípios aglutinadores de valores e seu complexo de direitos fundamentais, em prestígio ao direito à boa administração pública.

Mister destacar que o controle ampliado de constitucionalidade também permitiria o acatamento das decisões judiciais pacificadas proferidas pelos tribunais superiores, sobretudo, daquelas declaradoras de inconstitucionalidade proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade. Portanto, subtrair do administrador público a aludida possibilidade equivaleria a forçá-lo a dar concretude a norma inconstitucional, inobstante a questão submetida a análise já se encontrar pacificada pela jurisprudência dos tribunais superiores. Além disso, eventual prejuízo ao administrado pela aplicação de norma legal já reconhecida em sede jurisprudencial como inconstitucional, possivelmente, implicaria na provocação do exercício da atividade jurisdicional pelo particular prejudicado, a fim de ver a inconstitucionalidade afastada, o que poderia ocasionar para a Administração Pública uma série de prejuízos de ordem financeira, referente ao pagamento de verbas sucumbenciais.

Examinando a matéria em comento, Juarez Freitas (*online*, 2011. p. 159), faz a seguinte ponderação:

Assentado esse aspecto, impõe-se sublinhar que a vinculação do administrador público às diretrizes constitucionais deve acontecer, (a) de modo interventivo próprio ou (b) mediante acatamento das decisões judiciais pacificadas, como sinal do cultivo das mentalidades cruciais para a sustentabilidade constitucional, nas relações de administração, com vistas a obter ganhos de qualidade da gestão pública, por intermédio do controle administrativo de constitucionalidade.

Convém ressaltar, ainda, que o agente público mesmo quando da prática de atos tradicionalmente conhecidos como discricionários, ele se encontra balizado à observância das diretrizes constitucionais. Por conseguinte, atualmente, no direito constitucional não mais se justifica a rígida distinção entre atos vinculados e discricionários, em razão do princípio da

juridicidade administrativa, o qual estatui que a Administração Pública deve atuar em conformidade com todo o Direito, representado por regras e princípios, com destaque para a Constituição.

Observa-se, portanto, que não há como obrigar o agente público ao cumprimento de lei em patente desconformidade com a Constituição, dada a eficácia direta e imediata de suas disposições, que o vincula à sua fiel observância. Nesse sentido, o administrador público, independentemente de pronunciamento judicial, ao observar a inconstitucionalidade de lei, orientadora de sua atuação administrativa, tem o dever jurídico de lhe negar cumprimento, apontando as razões que o levaram a concluir pela inconstitucionalidade da norma. Em seguida, deve haver a comunicação às autoridades de hierarquia superior que detenham poder decisório no âmbito do órgão ou entidade administrativa, bem como ao Ministério Público do ente estatal a que este esteja vinculado, a fim de que, na qualidade de *custos legis*, formule parecer jurídico sobre a questão e, sendo atestada a incompatibilidade do diploma ou dispositivo legal, deve-se autorizar a liberação de todas as autoridades administrativas que compõem aquele órgão ou entidade, com o fulcro de se assegurar a coerência e a unidade de suas decisões. Todavia, caso o Ministério Público conclua pela inconstitucionalidade da norma jurídica, recomenda-se a não suspensão da mesma, tendo em vista as sérias implicações que poderiam decorrer de uma decisão como esta.

Com relação aos órgãos administrativos, faz-se necessário tecer algumas observações. Para Hely Lopes Meirelles (2011, p. 71-73), os órgãos públicos se dividem em:

Órgãos independentes, originários da Constituição e representativos dos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, situados no topo da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um poder pelo outro (...)

Órgãos autônomos são os localizados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e diretamente subordinados a seus chefes. Tem ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos com funções precípua de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atividades que constituem sua área de competência. Participam das decisões governamentais e executam com autonomia as suas funções específicas, mas segundo diretrizes dos órgãos independentes, que expressam as opções políticas do Governo (...)

Órgãos superiores são os que detém poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. Não gozam de autonomia administrativa nem financeira, que são atributos dos órgãos independentes e dos autônomos a que pertencem. Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas, dentro de sua área de competência, com responsabilidade pela execução, geralmente a cargo de seus órgãos subalternos. (...)

Órgãos subalternos são todos aqueles que se acham hierarquizados a órgãos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução. Destinam-se à realização de serviços de rotina, tarefas de formalização de atos administrativos, cumprimento de decisões superiores e primeiras soluções em

casos individuais, tais como os que, nas repartições públicas, executam atividades-meio e atendem ao público. (...)

Infere-se dessa lógica, que os agentes públicos vinculados aos órgãos públicos independentes, por não se submeterem à hierarquia de qualquer outro órgão ou Poder, somente possuem o dever de comunicarem a existência de lei ou dispositivo legal, possivelmente detentor de vício de constitucionalidade, às autoridades de hierarquia superior que compõem a cúpula do mesmo. Assim, estas concluindo pela inconstitucionalidade da norma determinarão a suspensão de sua aplicação no âmbito do respectivo órgão independente. Fazendo-se, ainda, necessário remeter a questão acerca constitucionalidade da norma a quem tenha legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de obter um pronunciamento definitivo sobre a matéria e de manter a harmonia das decisões no âmbito da Administração Pública.

Por sua vez, os agentes dos órgãos autônomos, superiores e subalternos devem sempre que verificarem a existência de lei inconstitucional, quando do exercício do procedimento administrativo, suspender a aplicação da norma e comunicarem a referida inconstitucionalidade as autoridades administrativas dos órgãos de hierarquia superior, a que estão sujeitos ao controle hierárquico, e estes, auxiliados por parecer jurídico do Ministério Público, na condição de *custos legis*, entendendo pela inconstitucionalidade, devem se posicionar pela não aplicação da mesma no âmbito daquele órgão. Posteriormente, deve haver a provocação de algum dos legitimados para propositura de ação do controle concentrado, com o fulcro da referida lei ser declarada inconstitucional, produzindo efeitos *erga omnes* e vinculando todo Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal.

Portanto, torna-se imprescindível a comunicação ao Chefe do Executivo ou a qualquer dos legitimados constantes do rol do art. 103, da CF/88, a fim de que estes, na qualidade de autorizados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, representem pela inconstitucionalidade da norma, mediante a deflagração da jurisdição constitucional concentrada abstrata, de competência do Supremo Tribunal Federal, objetivando sua declaração de nulidade e exclusão definitiva do ordenamento jurídico.

Depreende-se desse cenário, que o administrador público, visando à efetivação dos preceitos delineados na Carta Magna, tanto pode praticar ato administrativo, inobstante contrário à lei, esteja em conformidade com a Constituição, como pode deixar de aplicar ato administrativo em patente confronto com as diretrizes constitucionais, a despeito da vigência de lei expressamente determinando sua prática.

Nessas circunstâncias, faz-se imperioso analisar os efeitos do reconhecimento da

inconstitucionalidade por parte da autoridade administrativa no que tange aos atos administrativos praticados com respaldo em diploma ou dispositivo legal incompatível com a Carta Magna, a partir de uma perspectiva de respeito à segurança jurídica, à boa-fé e às legítimas expectativas.

4.3 Ponderações sobre os efeitos do ato administrativo declarado inválido em face dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança

Sabe-se que, em regra, a administração pública ao atestar a invalidade de um ato, quando do exercício de sua autotutela, dá início ao procedimento de anulação com efeitos *ex tunc*, tendo por fundamento a Súmula 473, do STF, a qual aduz que a Administração pode anular os atos que contenham vícios ilegais, porque deles não se originam direitos. Contudo, atualmente, tal discurso se mostra obsoleto, em razão da ascensão do princípio da proteção da confiança, que tem o condão de tutelar as expectativas legítimas dos cidadãos, constituindo corolário do princípio da segurança jurídica, de importância ímpar em um Estado Democrático de Direito.

Cumprido frisar que, sob a perspectiva do ordenamento jurídico, a manutenção de um ato inválido gera insegurança jurídica, uma vez que a necessidade de preservação do ordenamento jurídico de modo previsível estimula a exclusão de atos ilegítimos, em razão do princípio da legalidade. Já sob o ponto de vista do indivíduo, a exclusão de ato inválido acarreta insegurança jurídica, uma vez que possuía expectativa de que o ato era válido. Nota-se, assim, que a segurança jurídica irradia, constantemente, valores conflitantes, mostrando-se, por vezes, favoráveis às expectativas legítimas depositadas pelos cidadãos no que concerne à validade dos atos praticados pela Administração Pública e, por vezes, contrários a estas expectativas, assegurando a exclusão desses atos de maneira definitiva e com eficácia retroativa. Sobre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, Canotilho (2003, p. 257) destaca:

Estes dois princípios - segurança jurídica e protecção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que

os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial.

Infere-se, portanto, que o princípio da protecção da confiança, derivado do Estado Democrático de Direito, tem como finalidade precípua tutelar as expectativas legítimas dos administrados criadas pelos atos da Administração Pública, em prestígio à segurança e à estabilidade das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e seus administrados, tendo em vista que uma relação de confiança entre eles configura pressuposto indispensável à viabilização do convívio social. Para Binbenjy (2014 b, p. 187):

A segurança jurídica representa, como se sabe, umas das ideias mais caras ao Estado de direito. Isto porque, para que as pessoas possam com paz e liberdade é fundamental assegurar alguma estabilidade à relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do Direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à protecção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública.

Assim o princípio da protecção à confiança, originário da doutrina alemã, surgiu para complementar o sentido do princípio da segurança jurídica e assegurar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, estabilidade e confiabilidade as relações jurídicas entre Administração e administrados, perfazendo condição essencial para o exercício da autonomia privada de maneira segura.

Apenas recentemente, o Supremo Tribunal Federal atribuiu a segurança jurídica a qualidade de princípio constitucional implícito extraído da cláusula do Estado de Direito e reconheceu a protecção da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica, ou seja, como subprincípio da segurança jurídica. Veja-se:

Os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da protecção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado. (AG.REG. em Mandado De Segurança 25.805 Distrito Federal, Relator: Min. Celso de Mello, data de julgamento: 26/06/2012).

E, no que respeita à jurisprudência específica, não são poucos os precedentes em que esta Corte vem, de há muito, reafirmando, diante de prolongadas situações factuais geradas pelo comportamento mesmo da Administração Pública, a supremacia jurídico-constitucional dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima sobre a legalidade estrita (Cf. RE nº 364.511-AgR-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 30/11/1997; QO- PET (MC) nº 2.900-RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ 08/03/2003; MS nº 24.268-MG, Rel. p/ o ac. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 17/09/2004; MS nº 22.357-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 05/11/2004; RE nº 598.099-MS, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 30/09/2011; MS nº 25.116-DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJ de 10/02/2011; RE nº 552.354-AgR-ED-AC-AC, Rel. Min.

ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJE de 27/04/2011; e MS 25.963-DF, Pleno, DJ de 20/11/2008; MS 26.628- DF, Pleno, DJ de 21/02/2008, ambos de minha relatoria) (Ação Cível Originária nº 79, Relator: Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 15/03/2012).

Fica cediço, portanto, que em situações nas quais se verifiquem uma mudança de posição do Poder Público, manifestada por meio da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou invalidação de um ato administrativo ilegal, não se afigura razoável que as expectativas legítimas dos cidadãos, pautadas nesses atos normativos posteriormente invalidados, sejam prejudicadas. Desse modo, faz-se indispensável a realização de um juízo de ponderação entre os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica, visando, quando possível e recomendável, à prevalência do segundo, o que resultaria, por vezes, na subsistência de ato administrativo viciado ou na validação de seus efeitos pretéritos, para melhor atender a tutela da confiança legítima dos indivíduos em face dos atos estatais. (BINENBOJM, 2014 b, p. 192-197).

No ordenamento jurídico brasileiro, aceita-se, também, a possibilidade de anulação de atos com efeitos *ex nunc*, sobretudo, diante de atos que assegurem vantagens financeiras e remuneratórias. Necessário se faz ressaltar que a Lei de Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, Lei nº 5.427/2009, traz, ainda, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos do ato administrativo declarado inválido, deslocando para um momento futuro os efeitos de sua invalidação, a fim de permitir, por razões de segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança que um ato declarado inválido produza efeitos por mais um período de tempo. Contudo, essa possibilidade não se encontra prevista na Lei Federal de Processo Administrativo, Lei 9.784/99. Veja-se a Lei nº 5.427/2009, reguladora do processo administrativo no Estado do Rio de Janeiro:

Art. 53. A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé.

[...]

§3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

Nada obstante a regra de que os atos ilegais devem ser retirados do ordenamento, em prestígio ao princípio da legalidade e ao aspecto objetivo da segurança jurídica, que repudia a instabilidade e a ausência de previsibilidade gerada por sua manutenção, o administrador público deve, em algumas situações, manter na ordem jurídica atos eivados de ilegalidade. Para Maria Sylvia Di Pietro (2012, p.245):

A Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, por exemplo, em seu artigo 54, aduz que o direito da Administração de anular atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da edição do ato, ressalvada a hipótese de má-fé. Logo, o agente público dispõe de um prazo de cinco anos para anular esse tipo de ato ilegal. Caso não o faça, este será mantido na ordem jurídica. Todavia, verificada a má-fé por parte do administrado, a anulação poderá ocorrer a qualquer tempo.

Por fim, existe a possibilidade da convalidação, pela qual retira-se o vício de um ato mediante a edição de um novo ato, sendo este último dotado de efeitos retroativos. Cabe à Administração Pública realizar o sopesamento de princípios, como interesse público, segurança jurídica, boa-fé e da proteção da confiança para, ao final, decidir pela anulação ou convalidação. A Lei nº 9.784/99 trata da convalidação no seu artigo 55, tratando-a como faculdade. No entanto, a doutrina entende que somente em hipótese de vício de competência em ato discricionário a convalidação consistiria em decisão discricionária do Poder Público, sendo nas demais hipóteses obrigatória, em prestígio ao princípio da legalidade. (DI PIETRO, 2012, p. 255).

Ademais, em consonância com o art. 55, da Lei nº 9.784/99, a convalidação só será admitida em decisão na qual se evidencie não acarretar lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros. Logo, a *contrario sensu*, inobstante o ato administrativo possuir defeito sanável, mas a decisão representar prejuízo ao interesse público e a terceiros, a anulação do ato seria obrigatória, não consistindo em decisão discricionária do Poder Público. Por fim, imperioso ressaltar que nem todo tipo de vício comporta convalidação. Para a doutrina majoritária as nulidades do ato administrativo se dividem em nulidades absolutas (atos nulos) e relativas (atos anuláveis), em razão da influência do Direito Civil. Nesse sentido, a convalidação só pode alcançar as nulidades relativas ou os atos anuláveis, que são aqueles que possuem defeitos sanáveis. Podem ser convalidados o vício de competência, vício de forma e vício quanto ao elemento objeto, quando este for plúrimo. No que tange ao motivo e à finalidade, não é possível a convalidação, pois no tocante ao primeiro, mostra-se inviável a alteração com efeito retroativo de uma situação de fato, já em relação à finalidade, torna-se inviável a correção de ato praticado em contrariedade ao interesse público ou aos fins

perseguidos pela lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição do Brasil de 1988 adota o sistema eclético de jurisdição, tendo incorporado tanto o modelo estadunidense que consagrou o *judicial review* como o modelo austríaco de controle concentrado, que teve Hans Kelsen como seu precursor. Desse modo, compete a todos os juízes tribunais, *incidenter tantum*, na análise dos casos submetidos a sua atividade jurisdicional, a realização do controle concreto de constitucionalidade e, sendo constatada a incompatibilidade da lei com a Constituição, será declarada a nulidade da norma, com efeitos subjetivos *inter partes*. Já o controle abstrato de constitucionalidade constitui competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, de modo que a declaração de nulidade de lei eivada de inconstitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, vinculando o Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal.

Ressalta-se que só a partir da Carta Cidadã de 1988, a Constituição teve seu sentido e alcance reformulados para atender às exigências formuladas pelo processo de redemocratização das instituições, desencadeado pelo fim da ditadura militar. Desse modo, com a promulgação da Constituição de 1988, reconheceu-se a normatividade dos preceitos constitucionais, abarcando tanto as regras como os princípios por ela engendrados. Nesse contexto, a Constituição deixou de ser considerada uma mera proclamação política para se tornar um documento jurídico, dotado de normatividade e com pretensão de se tornar efetivo, independentemente da atuação Legislativa, adotando, para tanto, mecanismos próprios de defesa e efetividade de suas disposições, estimulados pelo avanço da jurisdição constitucional abstrata.

Ademais, o Direito Constitucional assumiu um papel de amplo destaque no segundo pós-guerra, com a redefinição do sentido e alcance das normas constitucionais, que adquiriram amplo prestígio em face das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. O conteúdo axiológico e os fins perseguidos pelas regras e princípios insculpidos na Constituição se tornaram fundamento jurídico de validade apto a orientar a produção normativa de todos os poderes e esferas do governo. Assim, uma lei somente terá sua legitimidade atestada se estiver em consonância com o processo legislativo vigente e seu conteúdo se mostrar compatível com as diretrizes constitucionais. Consolidou-se, portanto, um processo de constitucionalização do Direito, de modo que todas as normas integrantes do Ordenamento Jurídico deveriam se coadunar com os ditames constitucionais.

O reconhecimento da centralidade material e axiológica da Constituição foi imprescindível para essa constitucionalização do Direito, condicionando a compreensão e

interpretação de toda a legislação infraconstitucional e de todos os institutos de direito público e privado a uma (re)leitura pelas lentes da Constituição, com o objetivo de assegurar a observância direta e imediata da Constituição por todos os ramos do Direito.

Fica cediço que a Constituição de 1988 instituiu uma verdadeira democracia constitucional, onde o respeito aos direitos fundamentais é um dos seus pressupostos basilares. Ademais, a expansão dos mecanismos de jurisdição constitucional, o reconhecimento força normativa da Constituição mediante sua pretensão de eficácia, bem como a consolidação da normatividade dos princípios constitucionais erigiu a Lei Fundamental à posição de centro gravitacional do Direito.

Demais disso, nesse contexto de proeminência da Lei Fundamental, o princípio da juridicidade administrativa apregoa que a atuação administrativa deve estar em conformidade com todo o Direito, decomposto em regras e princípios gerais do Direito, com destaque para a Constituição. Assim, toda atividade administrativa passou a ser pautada em consonância com as diretrizes constitucionais, de modo que o administrador só poderá aplicar lei que esteja em harmonia com as regras, princípios, complexo de direitos fundamentais e fins públicos delineados na Carta Magna, rompendo-se com a ideia de atuação administrativa sedimentada apenas na observância da lei em seu sentido formal. Torna-se evidente, portanto, que a legalidade se tornou somente mais um princípio constitucional com o condão de orientar a atividade do Administrador Público, dentre aqueles elencados no art. 37 e demais dispositivos da Lei Maior, pondo fim ao período de centralidade da lei no sistema jurídico-administrativo.

Com a consolidação do pós-positivismo, a perda da centralidade da lei face à Constituição, a normatização dos princípios constitucionais e a expansão da juridicidade administrativa, tornou-se impreterível a reformulação do conceito de discricionariedade administrativa para se amoldar a nova sistemática introduzida pela Constituição de 1988. Assim, a discricionariedade, em prestígio à própria juridicidade, passou a se submeter não apenas a observância de uma legalidade em sentido estrito, vinculada exclusivamente às regras jurídicas, mas à obediência ao ordenamento jurídico em sua integralidade, com destaque para os princípios constitucionais.

Assim, com a consolidação de uma democracia constitucional não se pode mais conceber a discricionariedade como um espaço onde o administrador detém liberdade ilimitada para a determinação do objeto e escolha dos motivos que fundamentam a edição do ato administrativo, tendo em vista que o exercício do Poder Discricionário se encontra adstrito à observância da Constituição, com suas regras, princípios e sistema de direitos fundamentais, que tem como finalidade precípua a proteção da dignidade da pessoa humana. Restou, por

consequente, suplantada a ideia de impossibilidade de revisão do mérito administrativo mediante o controle jurisdicional, haja vista sua sujeição aos princípios constitucionais gerais e setoriais aplicáveis no âmbito da Administração Pública.

Atualmente, resta sedimentado que no Sistema Jurídico brasileiro os Poderes Executivo e Legislativo desempenham uma importante função na defesa da hegemonia constitucional, rompendo, porquanto, com a ideia de monopólio do Judiciário no que tange ao exercício do controle de constitucionalidade, compreendido em sua acepção ampla, e ao dever de guarda da Constituição.

Destarte, tem predominado em sede doutrinária e jurisprudencial a tese segundo a qual é possível o controle de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo, em razão, dentre outros motivos, da incorporação do princípio da juridicidade no âmbito da Administração Pública. Nessa conjuntura, não se pode subtrair do Executivo o descumprimento de plano dos diplomas e dispositivos legais considerados inconstitucionais, pois a assunção de postura em contrário significaria uma flagrante afronta ao princípio da supremacia da Constituição, ocasionando verdadeira subversão do sistema normativo, no qual a Lei Maior se situa no centro da ordem jurídica, irradiando sua força normativa em toda a extensão e em todas as direções do ordenamento jurídico.

Paralelamente a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de realizar um controle dilatado de constitucionalidade, surgiu a indagação se estaria, também, o administrador público incumbido de deixar de aplicar dispositivos legais quando eivados de inconstitucionalidade, isto é, de proceder a um controle administrativo de constitucionalidade de ofício, em observância à aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais. Os defensores dessa possibilidade argumentam que no contexto de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, na qual é reservado a todos o direito de atuar ativamente no processo de inteligência e interpretação das normas constitucionais, o administrador público exerce relevante papel como intérprete da Lei Maior, possuindo a obrigação, decorrente da própria Constituição, de realizar uma interpretação do Direito com ênfase nos postulados nela delineados. Dessa forma, o controle de constitucionalidade a ser desempenhado pelo administrador público seguiria a mesma lógica daquele já admitido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede sumular, no âmbito dos Tribunais de Contas e daquele realizado pelo Chefe do Executivo.

Importante destacar que a extensão dessa faculdade ao agente público não resultaria em uma declaração de nulidade de leis ou atos normativos a ser efetuada pelo administrador, mas representaria tão somente o reconhecimento do controle administrativo de

constitucionalidade, com fulcro no dever de guarda das normas constitucionais, conforme estatuído pelo art. 23, I, da CF/88. Portanto, torna-se imprescindível a implementação de um controle de constitucionalidade dilatado e integrado, vinculando todos os Poderes do Estado, a fim de assegurar a eficácia direta do conteúdo axiológico da Constituição.

Demais disso, mostra-se plenamente defensável, em nome da tutela ao sistema de direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, deixar o administrador público de aplicar lei em patente confronto com os preceitos abalizados na Carta Magna. Logo, em decorrência do poder-dever de proteção dos ditames constitucionais, cabe ao administrador público, no exercício da autotutela, típica do Estado-Administração, ao se deparar com lei ou dispositivo legal manifestamente inconstitucional, recusar-se, motivadamente, à aplicação dos mesmos, em observância direta e imediata aos preceitos encampados na Lei Maior. Destarte, o agente público só se encontra adstrito ao acatamento de lei constitucional, em razão de sua submissão ao princípio da juridicidade, que tem por finalidade coadunar a prática administrativa com o ordenamento jurídico, analisado sob uma perspectiva constitucional. Em prestígio ao próprio direito à boa administração pública, faz-se imperioso assegurar a eficácia direta e imediata da Constituição, com seu conjunto de princípios aglutinadores de valores e seu sistema de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o administrador público, nada obstante a inexistência de pronunciamento judicial, ao observar a inconstitucionalidade de lei orientadora de sua atuação, tem o dever jurídico de lhe negar cumprimento, apontando as razões que o levaram a concluir pela inconstitucionalidade da norma. Em seguida, deve haver a comunicação às autoridades de hierarquia superior no âmbito do órgão ou entidade administrativa, bem como ao Ministério Público do ente estatal a que este esteja vinculado, a fim de que, na qualidade de *custos legis*, formule parecer jurídico sobre a questão e, sendo atestada a incompatibilidade do diploma ou dispositivo legal, deve-se autorizar a liberação de todas as autoridades administrativas que compõem aquele órgão ou entidade, com o fulcro de se assegurar a coerência e a unidade de suas decisões.

Ademais, havendo a constatação pelas autoridades hierárquicas superiores da contrariedade de lei ou dispositivo legal com os preceitos encampados pela Constituição, pode o administrador, utilizando-se do princípio da autotutela, promover a anulação de ato administrativo praticado com base na lei reputada inconstitucional que, em geral, terá efeitos retroativos. Ocorre que, em prestígio aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança, a Administração Pública, poderá promover a anulação desse ato com efeitos prospectivos ou efetuar a convalidação dos atos que apresentem defeitos sanáveis e

não representem lesão ao interesse público nem aos direitos de terceiro.

Torna-se imprescindível, ainda, a comunicação ao Chefe do Executivo ou a qualquer dos legitimados constantes do rol do art. 103, da CF/88, a fim de que estes, na qualidade de autorizados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, representem pela inconstitucionalidade da norma perante o Supremo Tribunal Federal, mediante a deflagração da jurisdição constitucional concentrada abstrata, objetivando a declaração de nulidade da lei e sua exclusão definitiva do ordenamento jurídico.

Já no caso de norma já, reiteradamente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade, torna-se recomendável as autoridades administrativas superiores acatarem a posição do Pretório Excelso, haja vista sua qualidade de guardião da Constituição, orientando os demais agentes públicos a se absterem de aplicar a norma reputada inconstitucional pela jurisprudência do Supremo. Torna-se, outrossim, imprescindível a submissão da questão ao Chefe do Executivo para que ele possa representar pela (in)constitucionalidade da lei, mediante a deflagração do controle abstrato, com o fulcro de se obter uma decisão definitiva com eficácia contra todos e capaz de vincular a Administração Pública federal, estadual e municipal, uniformizando, assim, o entendimento sobre a matéria, em prestígio à segurança jurídica.

Ante o exposto, resta claro que o administrador público não disporá da prerrogativa de declarar a nulidade de lei, por ele, reputada inconstitucional, cabendo-lhe, tão somente, o exercício do controle de constitucionalidade dilatado, quando da prática de ato administrativo, bem como em todas as fases do processo administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)**, Revista de Direito Administrativo nº 214, 1998, p. 15. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4y8kr5MwLUIJ:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47263/45375+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 14 de abril, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINEBNBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014 a.
- BINEBNBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014 b.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DERBLI, Felipe. **A evolução Histórica da Jurisdição Constitucional e sua Influência no Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 57, p. 131-159, 2003. Acesso em: 27 de mar. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FREITAS, Juarez. **Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8612/7351>>. Acesso em: 12 de abril, 2017.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- 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, 2004.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. ISSN 0034.8007 – RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-166, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8832/7625>>. Acesso em: 16 de abril, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento**. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 98, p. 98, 2003. Disponível em: <<http://sistemas.qis.com.br:8084/hugosegundo/imprimir.conteudo.asp?situacao=1&idpublicacao=25>>. Acesso em: 18 de abril, 2017.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Notas em Torno da Construção da Administração Pública Consensual e Paritária ante a Releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**. Revista CONPEDI, v. 25, p. 265-294. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/919u5o22/L62liXl21vFtL9k4.pdf>>. Acesso em: 21 de abril, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Maelheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade**. Revista de informação legislativa do Senado Federal, v. 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/220/r134-02.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 12 de abril, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 8 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 1 ed. São Paulo: Dialética, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, in Os Pensadores, Editora Abril Cultural, 1978.

SARMENTO, Daniel. **A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado**. Revista da EMER, v. 6, n 23, p.272-297, 2003. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>.
Acesso em: 12 de maio, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial.** Revista Quaestio Iuris, v. 06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/11773/9225>>. Acesso em: 15 de maio, 2017.

SOARES, Humberto Ribeiro. **Pode o Executivo deixar de cumprir uma lei que considere inconstitucional?** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, 1997. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=0884f268-aed1-4db8-85ae-90ed02062d2e&groupId=132971>. Acesso em: 20 de abril, 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará.** Fortaleza, 2013.