

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL

GISELE C. MAZZALI

**CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
PELO PODER JUDICIÁRIO. DE MONTESQUIEU AO DIREITO
ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

GISELE C. MAZZALI

**CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
PELO PODER JUDICIÁRIO. DE MONTESQUIEU AO
DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direitos Fundamentais e
Democracia, pelo programa de Mestrado
das Faculdades Integradas do Brasil –
UniBrasil**

**Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto
Maliska**

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

GISELE C. MAZZALI

**CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
PELO PODER JUDICIÁRIO. DE MONTESQUIEU AO
DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre
em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo programa de Mestrado das
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil**

**Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Membro da UniBrasil**

**Prof. Dr. Emerson Gabardo
Membro da UniBrasil**

**Prof. Dr. Zulmar Fachin
Membro da UFPR**

Curitiba, 16/ 12 /2009

À Valmi, minha mãe, mulher determinada,
que tudo quanto aprendeu e aprende é na
escola da vida. Meu exemplo de caráter e
força.

AGRADECIMENTOS

Especialmente ao professor Alexandre Coutinho Pagliarini, cuja orientação, amizade e confiança me trouxeram até aqui.

A meu pai Hugo Bueno Mendes e meu marido Marcelo Mazzali, os quais, em momentos distintos da minha vida alicerçaram meus estudos e, em todos os outros, confiaram em mim.

A Luiz Edson Fachin, então professor de Direito Civil da PUC-Curitiba, o qual enxergou a aluna um tanto perdida, porém, esforçada, enfrentando as últimas provas antes da formatura em 1988 e a recomendou como aluna especial do mestrado da Universidade Estadual de Londrina, empreitada tentada, mas adiada por quase vinte anos.

A Oscar Ivan Prux, professor e estudioso dedicado aos direitos do consumidor, que alguns anos mais tarde, além de orientar, emprestar seus livros, me deu a oportunidade de substituí-lo em suas funções de professor, por um ano, na Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana. Uma honra.

A Zulmar Fachin, que em 2004, anos depois do primeiro Fachin (o Luiz Edson), então professor titular da cadeira de Direito Constitucional da especialização em Direito Ambiental da PUC-Londrina, conseguiu fazer com que eu não desistisse de continuar tentando, e, assim, no final de 2007, me recomendou o mestrado da Unibrasil, o que me traz novamente à realidade, neste final de 2009, e mais uma vez ao, então, primeiro tutor e depois orientador, Alexandre Coutinho Pagliarini, ao professor Gustavo Justino de Oliveira, agora professor titular da USP, o primeiro a me orientar no estudo do Direito Administrativo, seguido nessa tarefa por Emerson Gabardo, professor titular de Direito Administrativo da UniBrasil.

A Marcos Augusto Maliska, também membro da Unibrasil, que me acompanha e orienta nesta reta final do mestrado.

Aos amigos (eles sabem) que festejaram comigo os momentos felizes e me abraçaram carinhosamente naqueles momentos não tão felizes

A meus filhos, Franco e Lucca que, por estarem mais perto, certamente, sofreram mais que os outros as oscilações de humor e confiança.

RESUMO

Montesquieu e a sua obra são considerados os responsáveis pela sistematização da tripartição dos poderes. Foi a partir do francês que os Estados se reconfiguraram, ao tomarem como base a limitação do poder – então absoluto – do governante. Portanto, nos primeiros tempos dos “novos Estados”, cada Poder exerce a sua função independentemente dos outros dois, numa clara e impenetrável circunscrição de atuação. Entretanto, verifica-se em todo o curso de *O Espírito das Leis*, que a proposta elaborada por Montesquieu, faz-se no sentido de que as funções próprias ao Poder Público e a ser por ele desempenhadas possam e devam sê-lo por órgãos diferentes, que exerçam, assim, um sistema de freios internos no desempenho do Poder. O Princípio da Separação dos Poderes, além de ser um dos apoios da transformação do Estado, tornou-se também um dos fundamentos do Direito Público no Estado moderno. Ele representou e continua a representar uma das garantias de liberdade do indivíduo. Pelo simples fato de Montesquieu ser, na lógica, um dos antecedentes necessários para qualquer discussão sobre Poderes – e funções – do Estado pós-Revolução Francesa, justifica uma revisita ao momento político que o mundo vivia na época em que ele começa a escrever o seu *O Espírito das Leis*. Visto e exposto o antecedente indispensável para o desenvolvimento desta dissertação, então, daí sim, pode-se discutir o cerne da questão – que, aliás, na época de Montesquieu seria impensável -, qual seja: o Judiciário pode adentrar em políticas públicas que são do raio de atuação do Executivo, originariamente? Qual seria o alcance, então, da possibilidade de “intromissão” do Poder Judiciário, quando deixa de agir o Poder Executivo? Em sendo verdadeira essa hipótese, resta ainda a questão de como apetrechar o Judiciário para efetivar tal controle. Quanto às respostas a estas inquietações, tão fundamentais para a concretização dos direitos mais básicos dos cidadãos, tanto a doutrina quanto os tribunais superiores têm, ainda que de forma lenta e gradual, apontando, se não as respostas, os caminhos através dos quais se pode chegar a elas.

Palavras Chave: Montesquieu. Tripartição dos Poderes. Poder Executivo. Atos Discricionários. Inação. Poder Judiciário. Revisão. Limites. Controle.

ABSTRACT

Montesquieu and his workmanship is considered the responsible ones for the systematization of the tripartition of the powers. It was from the Frenchman who the States if had re-configured, when taking as base the limitation of the power - then absolute - of the governor. Therefore, in the first times of the "new States", each Power independently exerts its function of the others two, in a clear and impenetrable circumscription of performance. However, it is verified all in the course of The Spirit of the Laws, that the proposal elaborated by Montesquieu, becomes in the direction of that the proper functions to the Public Power and to be for it played can and must be it for different agencies, that exert, thus, a system of internal brakes in the performance of the Power. The principle of the separation of being able them, beyond being one of the supports of the transformation of the State, one of the beddings also became beddings of the Public law in the modern State. It represented and continues to represent one of the guarantees of freedom of the individual. For the simple fact of Montesquieu to be, in the logic, one of the necessary antecedents for any quarrel on being able - and functions - of French the after Revolution State, it justifies one revisits to the moment politician who the world lived at the time where it starts to write its Spirit of the Laws. Visa and displayed the indispensable antecedent for the development of this dissertation, then, from there yes, can be argued core of the question - that, by the way, at the time of Montesquieu it would be unreflectable -, which is: the Judiciary one can invade originarily in public politics that are of the ray of performance of the Executive? Which would be the reach, then, of the possibility of "intromission" of the Judiciary Power, when it leaves to act the Executive? In being true this hypothesis, it still remains the question of as to equip the Judiciary one to accomplish such control. How much to the answers to these fidgets, so basic for the concretion of the rights most basic of the citizens, as much the doctrine how much the superior courts have, despite of slow and gradual form, pointing, if not the answers, the ways through which if it can arrive they.

Key Words: Montesquieu. Tripartition of Powers. Executive Power. Discretionary Acts. Inaction. Judiciary Power. Revision. Limits. Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	16
1. Montesquieu e	16
1.1 a natureza das coisas e o espírito das leis	16
1.2 o direito e a religião	19
1.3 a política e o direito constitucional	22
1.4 a doutrina da separação dos poderes	24
1.5 a positivação da teoria: da Europa à América do Norte e desta à América do Sul	36
2. O espírito das leis e o sistema de freios e contrapesos (<i>checks and balances</i>) na separação de funções	41
2.1 origens próximas da doutrina da separação dos poderes	48
2.2 a contribuição dos constituintes norte-americanos à teoria da separação dos poderes	62
2.3 a separação das funções no direito público francês	68
2.4 o princípio constitucional da separação dos poderes no direito brasileiro e no direito português	74
3. A divisão e interdependência dos poderes como princípio estruturante da organização do poder político contemporâneo	83
4. O princípio homônimo da doutrina da separação dos poderes. Um pressuposto da formação do direito administrativo?	85
CAPÍTULO II - DO GOVERNO PELO PODER EXECUTIVO E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEUS ASPECTOS	93
1. A concepção clássica da discricionariedade e seu desenvolvimento	93
2. A discricionariedade e o mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo	101
3. A discricionariedade administrativa e o conceito jurídico indeterminado ..	105
4. A discricionariedade administrativa e a implementação dos direitos sociais pelo poder judiciário	116
CAPÍTULO III - O CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO	128
1. As várias concepções de controle	129
1.1 a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (<i>checks and balances</i>) como mecanismos de controle	129
1.2 o controle como elemento essencial do moderno conceito do princípio da separação dos poderes	131
2. O sistema tríplice de controle dos atos administrativos	139
3. Do controle Jurisdicional sobre os atos da Administração Pública	144
3.1 a evolução	144
3.2 cabimento, titularidade, exercício e finalidade	152

3.3 o alcance e a ampliação do controle jurisdicional. Violação ao princípio da separação dos poderes?.....	154
3.4 considerações acerca de uma possível influência da <i>common law</i> no sistema jurídico brasileiro	161
4. O controle do mérito dos atos administrativos pelo poder judiciário. Ativismo judicial?	169
CONSIDERAÇÕES FINAIS	197
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	204

INTRODUÇÃO

A realidade político-social deste início do século XXI, em sua frenética complexidade, impõe uma nova compreensão e redimensionamento da chamada “harmonia” entre os poderes constituídos do Estado.

Verifica-se que, historicamente, o Princípio da Separação dos Poderes desempenhou papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, diante do fato de que a tríade de Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) tornou-se muito simples para explicar os múltiplos poderes do Estado contemporâneo e as demandas próprias de sociedades tão diversas e complexas, tal princípio tem sua importância contestada por alguns e sua existência negada por outros. Não obstante isso, o princípio da separação dos poderes, como princípio organizatório estrutural, sendo uma das grandes constantes do Estado Constitucional, passa a ser meio de garantia de resistência frente ao abuso do poder. O cidadão tem a possibilidade de, frente ao abuso, não só não acatar à ordem injusta, mas também, quando for o caso, recorrer ao Poder judiciário para conseguir anulá-la.

É, pois, justamente nos esforços de uma organização no sentido do *facere* e do *praestare*, que incidisse sobre a realidade social, que se vislumbra a transformação do Estado social de direito em Estado democrático de direito.

No Estado de direito, uma vez formulado o comando legal, impõe-se ao Poder responsável promover as ações (metas ou programas) necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais consagrados constitucionalmente (art. 3º da CF/1988). Para tanto os três Poderes do Estado devem, ainda que independentes entre si, atuar em harmonia (art. 2º da CF/1988), pautados pelo mesmo objetivo, qual seja: a satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa atuação, cabe ao Poder Judiciário controlar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais constitucionais. Ou seja, nessa nova ordem denominada “judicialização da política”, o Judiciário, além de fiscal da legalidade e guardião da legitimidade, passa a figurar como coautor das políticas públicas que são, originariamente, do âmbito de atuação do Poder Executivo. E é justamente aqui, quando se passa a considerar a possibilidade de controle, por parte

do Judiciário, por sobre o mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo é que as posições se contrapõem e que as dificuldades aumentam. Para alguns, tal controle implicaria necessariamente em violação da independência dos poderes, enquanto que para outros tal controle encontra justificativa em argumentos que refletem as alterações paradigmáticas que hoje se apresentam.

Sabe-se que à luz do Princípio da Separação dos Poderes e em nome da independência do Poder Executivo, a revisão dos atos administrativos discricionários não pode ser plena e exaustiva. Entretanto, a questão central deste trabalho está no enfrentamento deste tema, com a investigação acerca da (im)possibilidade do Poder Judiciário em determinar, quando provocado, a execução de atos administrativos diante da inação passada pelo Poder Executivo. Pois que, ao se considerar a plena eficácia das normas constitucionais, a política administrativa traçada pelo Executivo, segundo sua oportunidade e conveniência, detém espaço cada vez mais regrado para eventual discricionariedade. Exemplo disto são as recentes decisões judiciais lançadas pelos Tribunais Superiores, nas esferas, educacional, saúde e meio ambiente. Por conseguinte, a proposição do tema decorre de sua respectiva complexidade; da inevitabilidade de se discutir as relações travadas entre poderes constituídos, em particular, Executivo e Judiciário.

Sabe-se, outrossim, que a oportunidade e conveniência conferidas ao administrador público detêm limites, não só nos conceitos jurídicos indeterminados, mas, outrossim, na eficiência da prestação de serviços públicos essenciais, tudo no sentido de se assegurar o desenvolvimento democrático dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, o problema diante de cada qual dos cidadãos não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político.

Não se trata, pois, de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados¹.

Cumpre esclarecer que, em momento algum, neste estudo, se intentará explicar, compreender ou colocar em minúcia acerca da omissão do Poder Executivo – enquanto Administração Pública – na emissão de normas que seriam de sua competência atípica. Ou, para explicar melhor, não será objeto de discussão

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

nesta dissertação o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão interponível contra a “inação” normativa do administrador, prevista no art. 103, § 2º da CF/1988. Como já asseverado, o objeto mesmo da discussão que se pretende neste trabalho se desenvolve em torno da possibilidade de atuação do Poder Judiciário para suprir a *inação administrativa do gestor (Poder Executivo)* inerte, estanque e ineficiente.

Isto posto e considerando que qualquer trabalho científico que tenha como escopo o ato de esmiuçar as relações entre os Poderes, os limites de atuação destes e o alcance de suas decisões deve, de modo prévio, vasto e contundente, apresentar o envolver histórico da teoria da tripartição dos poderes, e como as constituições fizeram as suas opções, impôs-se a este estudo a apresentação da doutrina de Montesquieu, cujo pensamento influenciou toda a sistemática da distribuição de funções (poderes) clássicas do Estado.

Montesquieu é antecedente histórico necessário, cuja sistematização da tripartição dos poderes implicou mais tarde num Judiciário mais independente que, em tempos já marcados pelo socialismo, passou a interferir em favor da implementação de direitos sociais, sendo essencial frisar que tal interferência não foi voluntarista, não nasceu das vontades e das cabeças isoladas dos juízes, mas, sim, decorreu do desenvolvimento histórico do próprio constitucionalismo, que nasceu liberal, mas que, no decorrer dos tempos, também abarcou as conquistas e direitos sociais.

A divisão dos poderes é pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo encontra garantia contra as violações a seus direitos por parte dos outros poderes do Estado.

Na atual realidade constitucional, o objetivo do princípio da divisão de poderes é de modo positivo ordenar a colaboração humana, constituir os poderes individuais, determinar e limitar suas competências, regular sua colaboração e, desse modo, conduzir à unidade do poder estadual limitado. Esse objetivo requer, entretanto, que haja um equilíbrio e harmonização entre todos os poderes reais atuantes. Desse modo deve-se determinar e coordenar apropriadamente as funções

estaduais, os órgãos aos quais são confiados o exercício dessas funções, assim como as forças reais que se personificam nesses órgãos².

Isto exposto e adotando uma linguagem de apresentação aos capítulos, seguem adiante as considerações resumidas de como tal estudo se desenvolverá.

No primeiro capítulo, intentar-se-á explicitar as ideias e tendências políticas de Montesquieu que, afinal, deram corpo ao seu *O Espírito das Leis* e, por conseguinte à sua Doutrina da Separação dos Poderes. Em seguida, considerando que a Constituição norte-americana foi a primeira a adotar o Princípio da Separação dos Poderes fora das estruturas monárquicas que sobreviveram, ao longo de todo o século XIX, no constitucionalismo Europeu, cuidar-se-á de sua contribuição à teoria da separação dos poderes e, por conseguinte ao direito público; após se tratará da separação de funções no direito público francês onde, como se terá a oportunidade de confirmar, os “homens da revolução” seguem inspiração idêntica à dos norte-americanos, qual seja: a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu. Ressalte-se que, ainda que os franceses não tenham-na adotada em sua forma clássica, ou seja, como idealizada por Montesquieu, a separação dos poderes é um dos princípios essenciais do direito público francês, desde 1789.

Da França caminharemos rumo ao Brasil e Portugal, com o intuito de saber de que forma os ordenamentos jurídicos desses dois países recepcionaram o princípio da separação dos poderes. Em seguida e desde o ponto de vista de que a coordenação entre órgãos e funções pressupõe a colaboração ou cooperação entre os poderes do Estado, e que, por conseguinte, o princípio da divisão dos poderes e interdependência dos órgãos do Estado significa o necessário equilíbrio e controle do poder, se apresentará esta divisão e interdependência dos poderes como princípio estruturante da organização do poder político contemporâneo. Por último, ainda no primeiro capítulo, confrontar-se-á o posicionamento da doutrina, nacional e estrangeira, sobre a perspectiva do princípio homônimo da doutrina da separação dos poderes como pressuposto da formação do Direito Administrativo.

² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20. ed. alemã, de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 369.

Para todo o primeiro capítulo, e – porque não dizer – para todos os demais capítulos deste estudo, a discussão prévia acerca de Montesquieu foi indispensável.

No segundo capítulo, cuidar-se-á do tema da discricionariedade administrativa desde a sua concepção clássica, traduzível na impossibilidade de controle judicial concebida à época em que o Direito se identificava com a legalidade “direito por regras” ao seu desenvolvimento à partir de uma compreensão contemporânea do “direito por princípios”; e, também, da perspectiva de que a discricionariedade não se confina ao campo das opções administrativas concernentes ao mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo, pois que também envolve o tema da interpretação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados e seus aspectos relativamente ao mérito.

Por fim, ainda no segundo capítulo, se abordará o tema da discricionariedade relativamente à concretização dos direitos sociais, aqueles direitos básicos formalmente postos na Constituição, isto com o intuito de se saber quais os instrumentos processuais adequados para lograr, na prática, a exigibilidade judicial de tais direitos; e, em que medida o poder Judiciário poderá intervir no planejamento e execução das políticas públicas sem, no entanto, invadir a esfera de competência do poder Executivo e, em menor medida, do poder Legislativo. Ressalte-se que toda a problemática da implementação de direitos sociais prestacionais gravita em torno da discricionariedade, pois quando se fala em efetividade, proporcionalidade e direitos fundamentais, se está aludindo a instâncias que limitam a discricionariedade. Nesse sentido, a separação dos poderes de Montesquieu é o eixo argumentativo envolta do qual se desenvolve toda esta discussão.

No terceiro e último capítulo, tratar-se-á do tema do controle da discricionariedade do ato administrativo, que na esteira do pensamento clássico, é insindicável. Não obstante isso, ao defender-se o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa relativamente ao mérito e à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, se estará aludindo ao controle dos atos, que apesar de *prima facie* legais demonstram a não observância de outras delimitações impostas pelo Estado de direito, manifestando, pois, quando submetidos a uma análise mais concreta, sua ilegitimidade. Pois, ainda que se discuta acerca da possibilidade ou não de revisão do mérito do ato administrativo pelo órgão de

fiscalização, sabe-se que não é possível se invocar a competência discricionária para defender ato produzido com infração do devido processo legal.

Diante de todo o exposto e da falta de uniformidade e instabilidade da jurisprudência no sistema jurídico vigente no Brasil - fatos que comprometem a segurança, previsibilidade, agilidade e flexibilidade necessárias nas decisões -, serão introduzidas algumas considerações acerca de uma possível influência do sistema da *common law* no sistema jurídico brasileiro. Por fim, buscar-se-á ter um vislumbre das tendências da doutrina e dos Tribunais Superiores acerca da interferência (ativismo?) do Poder Judiciário por sobre os atos administrativos nos casos em que a Administração Pública (Poder Executivo) se mostra inerte.

CAPÍTULO I – A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1. MONTESQUIEU e

1.1 a natureza das coisas e O Espírito das Leis

Em 1721, inspirado no gosto e pelas coisas orientais, então em voga, Montesquieu escreve *Cartas Persas*, obra na qual, toca, com mais ironia do que escândalo, nas mazelas da sociedade absolutista e na depravação de seus costumes. Desde então a França não ignora o nome de Montesquieu³.

Em 1726, após mais de dez anos de trabalho, abandona a magistratura e sai de Bordeaux rumo a Paris e ao exterior⁴. O fato de ser um aristocrata bem nascido e culto abre muitas portas para o Barão de La Brède, inclusive a da Academia Francesa. Então em Paris, lança-se à missão de desvendar o universo social. Como já houvesse tratado das Ciências Físicas e Naturais em diversos ensaios, conhecia bem seus progressos⁵, o que viria a facilitar suas pesquisas.

Entre os anos de 1728 a 1747, Montesquieu determinou a fazer um levantamento político da humanidade, inventariou as instituições, leis e costumes

³ *Cartas Persas* trata-se de um relato da estada de dois persas em Paris, na época do reinado de Luís XIV. Através dos personagens Usbeck e Rica, o autor tece críticas das instituições políticas, dos costumes e da Igreja de seu tempo. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas Persas**. São Paulo: Martin Claret, 2009).

⁴ Consta que “O jovem La Brède foi recebido como Conselheiro do Parlamento de Bordéus um ano depois da morte do pai, ocorrida em 1713; em 1716, herdava o cargo de seu tio Jean-Baptiste e recebia o nome de Montesquieu. Cumpriu honradamente suas funções sem apaixonar-se por elas e ele próprio declarava, honestamente, nada entender de processos. (...) Vendeu seu cargo em 1726.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. In: Coleção Os Pensadores. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Vol. I. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 5).

⁵ Montesquieu estudara as leis que regem o mundo físico, descobertas por Galileu, Copérnico, Newton e tantos outros a partir da Renascença e daí intuiu que, assim como o mundo físico, a realidade social deveria reger-se por leis. Nessa época já conhecia Descartes e seu *Discours de la méthode*, o que fez aumentar a sua determinação para seguir a missão que se propusera. Mais sobre os estudos de Montesquieu, conferir: IGLESIAS, Carmen. **El Pensamiento de Montesquieu**. Ciência e Filosofia no Século XVIII. Madrid: Galaxia Gutemberg. Círculo de Lectores, 2004, p. 30.

políticos dos povos antigos e de sua época⁶. Assim conheceu toda a Europa, com seus problemas sociais, políticos e econômicos. Os demais lugares e povos, antigos ou de sua época, eles os conheceu lendo ou consultando inúmeros documentos e livros, como provam as suas citações nas notas de rodapé de suas obras⁷. Do período vivido na Inglaterra resultou a admiração e o interesse em estudar o sistema político inglês.

De volta a Bordeaux, em 1731, escreve *As Causas da Grandeza Dos Romanos e de sua Decadência*, editada em 1734, e o Livro XI, do seu *O Espírito das Leis*⁸. Na primeira obra historiou o que ele denominou de o exemplo mais marcante que encontrou da desintegração de uma Nação, pela degenerescência política - por desaparecer a solidariedade, o espírito público. Na segunda obra ele elaborou uma síntese da sua doutrina para a boa divisão dos poderes, indispensável à conservação do Governo.

Segundo o próprio Montesquieu essas duas obras conjugadas bastariam para fazer qualquer um entender o principal da política⁹.

⁶ Consta que entre 1728 e 1729 Montesquieu esteve na Áustria, Hungria, Itália, Suíça, Alemanha e Holanda. De 1729 a 1731 morou na Inglaterra, onde ingressou na Loja Maçônica de Westminster e na Real Sociedade de Londres; e, em 1747 ingressou na Academia Real da Prússia. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3 e 5).

⁷ Montesquieu pesquisou lugares tais como Roma, Grécia, Cartago, Egito, Pérsia, China, Macedônia, Japão; os povos Hebreus, Árabes, Turcos; e, as populações, denominadas atrasadas como a da Mongólia, de Java e da América. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 6).

⁸ Aponta-se que Brèthe de La Gressaye, em seu estudo *L'histoire de l'esprit des lois* (na coletânea *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu*, p. 79-85) afirma que Montesquieu escreve o Livro Décimo Primeiro, após já ter escrito os dez Livros que o precedem. Brèthe de La Gressaye, professor da Faculdade de Direito de Bordéus baseou-se na informação do filho de Montesquieu. Teve o privilégio de compulsar os próprios livros de Montesquieu, sua correspondência e documentos, na biblioteca do Mestre, no castelo de Brède, em 1948. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 7).

⁹ Segundo Pedro Vieira Neto, a análise do Livro décimo-primeiro “convence de que os primeiros cinco capítulos dele foram escritos mais tarde, para acomodar no resto da obra aquilo que Montesquieu escrevera antes sobre a Divisão dos poderes. O Capítulo I, ali, é evidente. Os Capítulos II e V são meras curiosidades, para enfeitar. E os Capítulos III e IV, já estão implícitos na própria introdução daquele Capítulo VI, o principal sobre a divisão dos poderes. Basta confrontar as passagens de notas 242 d, p. 167 e 253, p. 170 e de notas 240, p. 166 e 249, p. 169”; e, que, portanto, “Compreende-se, então, expusesse o Mestre desde logo aquilo que era o essencial. Sabia que a obra demandaria anos e poderia nem chegar a concluí-la, como de fato levou vinte anos, a duras penas, e a publicou sem aquele aprimoramento desejado (v. notas 30, p. 7 e 76, p. 70)”. Segundo ainda o tradutor, acredita que também “o Livro IX (v. notas 235 g, p. 155 e s, p. 158) tenha sido escrito na época de *As Causas da Grandeza dos Romanos e de sua Decadência*. Nota-se no Livro IX aquela mesma superioridade de estrutura e estilo. E ainda havia razão para Montesquieu antecipar-se: é que o Livro IX trata da defesa do Estado e, ali o Mestre exceluiu, quanto à defesa das

Sobre *O Espírito das Leis*, é Paulo BONAVIDES quem assegura ser:

a reflexão madura de um homem que pensou exaustivamente e pesquisou mais exaustivamente do que pensou. Vemos ali o pensador de envergadura, o sociólogo de instituições antecipadoras. Mas vemos principalmente o historiador de ideias, o historiador de instituições, o historiador de costumes, o historiador das tradições.¹⁰

Ao examinar os homens Montesquieu concluiu que na diversidade infinita de leis e costumes, eles não eram conduzidos unicamente pela fantasia. Em sua famosa formulação *espírito geral*, ele afirmou que os homens são governados por várias coisas, entre elas o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes e os hábitos, dos quais resulta um espírito geral. Explicou que na medida em que uma dessas causas atua em cada nação com mais força, as outras cedem na mesma proporção¹¹.

Para Montesquieu o mundo não é governado tão somente pelo acaso, mas também por causas gerais, morais e físicas. Conta que quando formulou princípios, viu os casos particulares subordinarem-se a eles. Entendeu que as histórias das nações nada mais eram que sequências desses princípios; e que cada lei particular ligava-se a outra ou dependia de uma lei mais geral. Afirma que buscou a verdade tão somente para ensinar e beneficiar a humanidade. Declarou: “Os meus princípios, não os tirei de meus preconceitos, mas da natureza das coisas”, ou seja, do “espírito das leis”.¹²

Quando Montesquieu se reportou à Antiguidade, conta que foi para apreender as condições em que viviam os homens, o seu *habitat*, as condições econômicas, o Governo e seu princípio, a extensão territorial, a

Repúblicas, seu Governo preferido, a pupila de seus olhos.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 9-11).

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 125 e 126.

¹¹ IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 500.

¹² No que diz respeito aos *princípios*, o próprio Montesquieu declara: “Eu comecei esta obra muitas vezes. (...) Eu não conhecia nem as regras nem as exceções. Só encontrava a verdade para perdê-la. Mas quando descobri os princípios, tudo que eu procurava veio a mim. E, no curso de 20 anos, vi minha obra, começar, crescer, avançar e terminar.” Porém, como o próprio Montesquieu explicou, já tinha os *princípios* de sua obra e, ainda que estes tivessem se amoldado e mudado ao longo desses vinte anos de elaboração de *O Espírito das Leis*, continuavam a ser o fio condutor. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 77-79 e IGLESIAS, Carmen. *Ibidem*, p. 496).

etnia e a religião. Essas condições é que geravam o espírito das leis. E este, o espírito nacional¹³.

Os mais de vinte anos dedicados ao trabalho e todo o esforço biográfico empreendido por Montesquieu demonstram o rigor científico de sua construção, sua competência e idoneidade¹⁴. Ao entregar-se à pesquisa social com dedicação e escrúpulo ético-religiosos, fundamentou suas conclusões em rigorosas induções. Prova disso é que sua obra resistiu ao tempo, mais de duzentos e cinquenta anos desde sua morte, e segue viva.

Não se pode ignorar a importância e o valor de sua obra, nunca circunstancial e restringida, ao contrário, com ampla projeção temporal e espacial. Nesse sentido, mais uma vez, Paulo BONAVIDES é categórico ao afirmar que:

Esse “conservador esclarecido” a que se reporta Chevallier foi talvez a inteligência mais aberta e precursora que a França deu ao mundo. Muitas de suas páginas chegam a ser de rigorosa atualidade. Por esse aspecto, ele, que escreveu cem anos antes de Tocqueville, o autor das célebres reflexões sobre a democracia americana, debatidas até hoje com tanto ardor, se acha dotado de um milagre de sobrevivência, e um poder de continuidade e prolongamento nas ideias que ainda em nossos dias nos enche de pasmo e admiração.¹⁵

1.2 o direito e a religião

Em sua teoria geral, Montesquieu divide o direito em *direito natural* (direito das Gentes, direito Político e direito Civil) e *direito positivo*. O primeiro compreendia as leis da natureza, que derivavam unicamente da Constituição de nosso ser. O segundo compreendia as normas jurídicas elaboradas pelo homem. Era a razão

¹³ O próprio Montesquieu justificou que ao procurar apreender esse espírito sua intenção era a de “não encarar como semelhantes casos realmente diferentes; e não perder as diferenças dos que pareçam semelhantes.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 13).

¹⁴ Montesquieu explica ter-se baseado na indução. Afirma que: “De começo, examinei os homens, e concluí que eles, naquela infinita diversidade de leis e costumes, não eram conduzidos unicamente pela fantasia (...). Os meus princípios não os tirei de meus preconceitos, mas da natureza das coisas.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 8).

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 122.

humana aplicada ao Governo, mas nunca de forma arbitrária¹⁶. Nessa formulação, o legislador além do raciocínio teórico, deveria agir com lógica, de maneira a atender as condições de vida do seu povo. Tais condições compreendiam o *habitat*, a economia, o governo e seus princípios, o território, a etnia e a religião, ou seja, o espírito das leis.

Como bom cristão que era ao elaborar sua teoria geral do Estado busca harmonizá-la às suas convicções cristãs, tanto que abre o seu *O Espírito das Leis* com uma evocação e profissão de fé cristã, um hino dedicado a Deus, onde rejeita o ateísmo, o acaso, a fatalidade e os exageros da providência divina¹⁷. Entretanto, ao afirmar que a religião e a moral não poderiam impedir a história de tomar foros de ciência, foi acusado de *ateísmo*; de *spinozismo* e *deísmo*¹⁸; de ter calado o pecado original; justificado a poligamia, etc., ou seja, foi acusado de ter reduzido as leis a causas puramente humanas.

Em sua defesa de *O Espírito das Leis*, chama a atenção para o fato de que havia distinguido, desde o primeiro artigo de seu livro, entre o mundo material e o mundo espiritual. Igualmente havia atacado o ateísmo – implicado sempre no *spinozismo* -, e explicitado o absurdo daqueles que creem que uma fatalidade cega tenha produzido o mundo, tal como defendia Spinoza, pois nenhuma fatalidade cega pode produzir seres inteligentes.

É verdade que MONTESQUIEU escreveu que “a criação, que parece um ato arbitrário supõe regras tão invariáveis como a fatalidade dos ateus”. Porém, não fala das causas nem as compara; fala e compara somente os efeitos que se referem às leis do movimento, estabelecidas por Deus. Falou, apenas, que “(...) essas regras

¹⁶ Sobre tal divisão conferir MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁷ Montesquieu afirma a existência e a presença de Deus (O Pai e o Espírito Santo) criador e conservador, alude à hierarquia celeste (anjos, arcanjos, etc.), sintetiza os ensinamentos da Igreja sobre a responsabilidade do homem, o livre arbítrio e o pecado (da carne e do espírito) e sentencia: “Para o Cristão, Deus é ‘a verdade, o caminho e a vida.’” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. *Ibidem*, p. 14, 61 e *passim*).

Mais sobre as convicções religiosas de Montesquieu, conferir: IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁸ Sobre tais acusações dirigidas à Montesquieu, conferir: IGLESIAS, Carmen. *Ibidem*, p. 137 e BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**...*cit.*, p. 128 e 129.

são invariáveis, a física o proclama com ele; são invariáveis porque Deus quis que assim fosse e porque Ele quis conservar o mundo.”¹⁹

Por outro lado, Montesquieu - frente a Hobbes²⁰ -, reitera a existência de modelos naturais de justiça e equidade, anteriores às leis positivas e que são essas leis naturais que gravam na alma humana a ideia de um criador. E em carta de Outubro de 1750 ao Monsenhor Fitz-James, na esperança de não ser condenado em Roma, insiste em seu rechaço a Hobbes e Spinoza²¹, assim como a outros autores heterodoxos.

A esse respeito, Carmen IGLESIAS chama a atenção para a ironia, desde nossa perspectiva atual, que Montesquieu tenha utilizado ante um bispo católico as opiniões dos protestantes ingleses e alemães; fato que demonstra a sincera consternação vivida por ele diante dos ataques dos *jansenistas* e dos *jesuítas*²².

Ademais, segundo o próprio Montesquieu, ele apenas desejou falar humanamente da ordem humana das coisas e politicamente da ordem política. Daí a defesa de sua mais profunda convicção, qual seja, que uma ciência do político jamais poderá fundar-se em algo que não seja objeto próprio, na autonomia radical do político como tal.

Como juriconsulto e político, Montesquieu diz que aceita o fato de que todos os objetos da ciência política possam ter também um sentido religioso, que se possa discutir o celibato, a usura, a poligamia, no âmbito da teologia. Porém, a ciência política é uma ordem estranha à teologia e que, portanto, sua autônoma deve ser respeitada. Diz também que não proíbe que o qualifiquem como um *teólogo*, só espera que lhe confirmem o direito de ajuizar-se como *político*.²³

¹⁹ Sobre Montesquieu e o Spinozismo; e, Montesquieu e sua defesa do *O Espírito das Leis*, conferir: IGLESIAS, Carmen. *Ibidem*, p. 89 e *passim*.

²⁰ Mais sobre Thomas Hobbes, conferir, entre outros: HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou A Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. Rosana D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

²¹ Sobre Montesquieu e seu rechaço a Hobbes e a Spinoza, ver: IGLESIAS, Carmen. *Ibidem*, p. 131-137.

²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 68.

²³ Cf.: ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu. A Política e a História**. Trad. Luz Cary e Luisa. 2. ed. Portugal: Presença, 1977, p. 25.

1.3 a política e o direito constitucional

Montesquieu e sua obra possibilitaram uma nova compreensão de algumas das sociedades políticas mais complexas, tal como foi reconhecido por seus contemporâneos.

Portanto, aceitar a declaração de que ele é o fundador da ciência política (ou um de seus fundadores) é uma verdade adquirida, disse-o Auguste Comte, repetiu-o Émile Durkheim²⁴ e nunca ninguém contestou seriamente tal afirmação²⁵. Añadia Buffon o colocou entre os “cinco grandes gênios” da Idade Moderna, quais sejam: o próprio Buffon, Newton, Bacon e Leibniz. Já Stendhal em sua obra faz referência ao seu “estilo divino” como escritor.²⁶

É fato que PLATÃO²⁷, em suas obras *A República, Político e Leis*, escrevera que a política é o objeto de uma ciência. Esse fato pode conduzir à ideia de que Montesquieu seguiu por caminhos já conhecidos, mas a verdade é que ele não vai ao mesmo objeto.

Nesse sentido, Louis ALTHUSSER menciona Helvetius para quem “Montesquieu possui a mesma curiosidade e tem a mesma maneira de refletir de Montaigne”. Este e todos os seus discípulos foram compiladores de exemplos e de fatos inquiridos em todos os lugares e em todos os tempos, tinham por objeto *a história inteira de todos os homens que viveram*²⁸. Pois esse é o objeto de MONTESQUIEU. Em sua *defesa de O Espírito das Leis*, II parte: Ideia Geral, ele diz: “esta obra tem por objeto as leis, os costumes e os diversos usos de todos os povos

²⁴ Segundo Émile Durkheim, “apesar de considerar um erro retrair o nascimento de uma ciência a um pensador em particular, foi Montesquieu quem primeiro estabeleceu os princípios fundamentais da Ciência Social.” Afirma ainda este autor que, “ainda que o filósofo não os tenha afirmado de maneira explícita, tais princípios e condições são inerentes as suas ideias e não é difícil reconhecê-los e formulá-los.” (DURKHEIM, David Émile. **Montesquieu e Rousseau**: Pioneiros da Sociologia. São Paulo: Madras, 2008, p. 71).

²⁵ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 17.

²⁶ Sobre tal afirmação, conferir: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 128 e 129 e IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. VII.

²⁷ Cf., entre outros: PLATÃO. **A República**. Trad. Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

²⁸ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 19.

da terra. Pode dizer-se que o assunto é imenso, pois abarca todas as instituições existentes entre os homens.”²⁹

É precisamente este objeto que o distingue de Platão e de todos outros autores que antes dele entenderam fazer da política uma ciência. Antes dele, nunca ninguém teve a audácia de refletir sobre todos os usos e leis de todos os povos do mundo. Portanto, embora Montesquieu e os teóricos que o precederam tivessem em comum o projeto de edificar a ciência política³⁰, diferiam quanto ao objeto. A proposta do Barão de La Brède era fazer a ciência de todas as sociedades concretas da história e não da sociedade em geral³¹.

Sabe-se que a política e direito constitucional são ciências distintas, porém afins, e que o estudo de uma é indispensável ao bom conhecimento da outra. O objeto do direito constitucional é o Estado e seus três elementos, na sua organização e sua anatomia; enquanto o objeto da Política é o Governo e as forças que o movem e, também ao Estado.

Montesquieu distinguia Governo de Estado e, como ele próprio anunciou no prefácio de *O Espírito das Leis*, e ressaltou em anotação incisiva, a política era seu objeto de estudo, portanto, tratou sempre do governo, que é quem dirige o Estado. Este, por sua vez, era sinônimo de lei³².

²⁹ A esse respeito, conferir: ALTHUSSER, Louis. *Ibidem*, p. 21 e IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 137 e ss.

³⁰ Paulo Bonavides menciona Lanson (crítico e mestre da Universidade de Paris) segundo quem Montesquieu fez da ciência política “um elemento da cultura geral.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...***cit.*, p. 129).

³¹ Para Althusser a unidade no projeto e a diferença no objeto e no método tornam Montesquieu, simultaneamente, o homem que deu às exigências científicas dos seus predecessores a forma mais rigorosa e o adversário mais decidido da abstração daqueles. Exemplo disso é Spinoza que em seu Tratado *teológico-político*, trata especificamente do Estado judeu e sua ideologia; e, em seu *Tratado Político*, assim como Hobbes em *De Cive Leviatã*, escreve sobre a sociedade de uma forma geral, sem a preocupação de fazer uma teoria da essência da sociedade. Verificou-se que tanto Hobbes como Spinoza, em seus estudos, não investigaram uma sociedade específica, num período histórico concreto, mas apenas analisaram a essência da sociedade em sua generalidade e à partir dessas análises é que chegaram a um modelo ideal e abstrato de sociedade. (ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 21 e ss.).

³² Montesquieu estudou o Governo como objeto da Política e como objeto do Direito Constitucional. Escreveu: “Entre a natureza do governo e o seu princípio existe esta diferença: a sua natureza é aquilo que o faz ser tal; e o seu princípio aquilo que o faz agir. Uma é sua estrutura particular; e o outro, as paixões humanas que o fazem mover-se.” No *O Espírito das Leis*, Livro II, Montesquieu trata das formas de Governo, sua estrutura e organização. Uma vez que o Direito Constitucional visa a estrutura do Estado soberano, pode-se afirmar que ele “fez” Direito Constitucional. Já nos Livros III e seguintes, trata dos princípios, das forças que fazem agir o Governo, ou seja, trata da dinâmica do

Ainda que Montesquieu não tenha cunhado e nem definido as suas denominações, distinguiu e estudou destacadamente política e direito constitucional. As bases da organização constitucional do Estado moderno surgiram com Montesquieu, “emancipadas do privilégio absolutista das enfermidades do poder pessoal”³³. Foi, portanto, um de seus fundadores.

1.4 A doutrina da separação dos poderes

A doutrina da separação dos poderes do Estado remonta à antiguidade helênica com Heródoto e Aristóteles³⁴, tendo sido abordada, posteriormente, por Cícero e John Locke³⁵, e, definitivamente, sistematizada por Charles de Montesquieu³⁶.

Registra-se que a evolução desta Doutrina deu-se passo a passo com a evolução da limitação do poder político³⁷.

Governo, que é o objeto da Política. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 37 e 106).

³³ Na concepção de Paulo Bonavides, “Montesquieu, filósofo político, assinala, a fase preparatória do liberalismo, quando este toma pela primeira vez consciência de suas estruturas, possibilitando e influenciando deliberadamente o ordenamento constitucional do Estado liberal.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**...*cit.*, p. 121 e 123).

³⁴ Cf.: ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

³⁵ Mais sobre Locke, conferir, entre outros: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

³⁶ Segundo Paulo Bonavides “Montesquieu embora não fosse um homem de gênio, soube retirar da história das instituições inglesas a sugestão criadora que lhe permitiu “extrair a lição dos graves ensinamentos políticos reveladores da natureza liberal.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**...*cit.*, p. 121).

³⁷ Noticia-se que a *doutrina jurídica da separação dos poderes* foi enunciada pela primeira vez durante a guerra civil e a República inglesa por opositores declarados da Monarquia mista adeptos da ideia de soberania popular. Monarquia mista foi a designação assumida pela Constituição mista como esquema constitucional para um substrato composto pelos poderes rei, nobreza e representantes do povo, desconhecido das Monarquias antigas, que não nascera da exigência de compor numa unidade política os diversos estados pré-existentes. Ressalte-se que foi justamente o conceito de soberania teorizado por Jean Bodin, na sua obra *Les six Livres de la Republique* de 1577, um dos motivos do desaparecimento, no século XVI, da teoria da Constituição mista. (PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional** – Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 43). Prova disso são os teóricos do absolutismo, como Jean Bodin e Thomas Hobbes, defensores de um Estado que não reconhece

Aristóteles em a *Política* além de expôr a utilidade de uma distribuição das funções no ambito do Estado, explicou, comparativamente, que grupo social e em que grau participaria nas funções que descreveu em três âmbitos: no primeiro âmbito a função do poder deliberativo e decisório é que deveria pronunciar-se à respeito de questões externas, tais como alianças, guerra e paz e também relativamente à normação dos magistrados; no segundo, as funções de decisão e injunção, atribuídas aos magistrados; e no terceiro, a jurisdição³⁸. Verifica-se, pois, em Aristóteles antes a preocupação com o equilibrio social do que com a organização formal do Estado³⁹.

É o caráter de síntese da Constituição mista, expressando a visão de ricos e pobres, que leva Aristóteles a entendê-la como a melhor Constituição, vez que, misturando as formas de governos – oligarquia e democracia –, poderia conduzir ao meio termo, ideal de toda a ética aristotélica⁴⁰. Daí decorre o conceito aristotélico de Constituição média ou governo médio, como meio de fomentar, institucionalmente, a classe média na sociedade.

Ressalte-se que Dalmo Dallari, assim como Nuno Piçarra, localiza o antecedente mais remoto da separação dos poderes no conceito de Constituição mista de Aristóteles⁴¹. Entretanto, para Dalmo DALLARI, a concepção moderna da

entes intermediários, que criticam a doutrina do governo misto pela mesma razão com que os seus exaltadores a sustentam, qual seja, que a distribuição do poder soberano por órgãos diversos e distintos, podem levar o Estado à instabilidade, precisamente àquela instabilidade que Políbio considerava característica comum das formas puras, destinadas a se impetrarem continuamente uma na outra, e que apenas a combinação das três formas seria capaz de interromper.

Sobre as formas de governo, conferir: BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral da Política. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007., p. 108 e 109 e *passim* e MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado**. Prefácio de Héctor Gros Espiell. Trad. José Lión Deprete. 2. ed. México: Facultad de Derecho/Unam. Ponto de Cultura Económica, 1998, p. 897 e ss.

³⁸ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, liv. IV, cap. XIV-XVI, p. 170-178.

³⁹ A esse respeito, conferir: o liv. III sobre a teoria da cidadania, o qual é tido como o centro de gravidade da política, mais especificamente os capítulos XI-XIII – Sobre a melhor cidade em geral e também da que é melhor em circunstâncias especiais. (ARISTÓTELES. *Ibidem*, p. 39-43).

⁴⁰ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 31.

⁴¹ Constituição mista, para Aristóteles, “será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquele em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Se lhe contrapõe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (...) A Constituição mista atende, antes de mais nada, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica-constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Nesse sentido, Constituição mista não é

separação dos poderes não buscou inspiração em Aristóteles, mas foi sendo construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais e com a contribuição de muitos pensadores⁴².

Platão, em as *Leis* e, mais tarde, Políbio em suas *Histórias* e, também, Cícero no *De Re Publica*, propõem uma forma mista de governo⁴³, onde estão presentes as ideias de controle e moderação do poder. A ideia central era dividir o poder supremo do Estado de forma a limitá-lo⁴⁴.

No século XIV, no ano de 1324, Marsílio de Pádua em sua obra *Defensor Pacis*, estabelece a distinção entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, paralela a de povo e príncipe. A base do pensamento deste autor é a afirmação de uma oposição entre *o povo*, que chama de primeiro legislador, e *o príncipe*, a quem atribui a função executiva, podendo-se vislumbrar aí uma primeira tentativa de afirmação da soberania popular⁴⁵.

mais do que um sistema 'político-social pluralmente estruturado'." (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 32-36).

⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217 e 218.

⁴³ Aponta-se que em Roma, Políbio e Cícero retomam a ideia da Constituição mista de Aristóteles. Entretanto, enquanto o modelo aristotélico é *interno*, onde todas as classes sociais têm acesso a todos eles, o modelo polibiano é *separador*, de maneira que cada classe tem acesso ao órgão constitucional que lhe está destinado. Neste último modelo a afinidade com a doutrina da separação dos poderes é mais próxima, ainda que, não na sua versão originária. É, também, manifesto neste modelo umas das ideias força do próprio princípio constitucional homônimo: a de que cada órgão constitucional funciona perante os outros como um limite e simultaneamente como um contrapeso. Para Políbio os diversos elementos do poder político deveriam contrabalancear-se (tanto na política interna como na externa) de maneira que todos eles permaneçam em equilíbrio como os pesos nos pratos de uma balança; que as forças antagônicas se neutralizem mutuamente e que, como resultado, a situação constitucional se mantenha longo tempo. Também Cícero, considerando a liberdade dos povos e a estabilidade do Estado, defende uma forma de Estado equilibrada e moderada. A esse respeito conferir: PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 37-40 e ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406 e 407.

⁴⁴ Segundo Norberto Bobbio, a razão pela qual Políbio sustentava que o governo misto é superior aos demais, repousa no fato de que "cada órgão pode obstaculizar os outros ou com eles colaborar" e "nenhuma das partes excede a sua competência e ultrapassa a medida", uma razão que antecipa em séculos a célebre teoria do equilíbrio dos poderes (*balance of powers*), que será um dos argumentos principais dos fomentadores da Monarquia constitucional em confronto com os defensores da Monarquia absoluta. Para Políbio a Constituição romana era o exemplo mais notável de um governo misto. Também Cícero, no *De re publica*, sustenta a superioridade do governo *moderatum et permixtum*⁴⁴. (BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade...cit.**, p. 112).

⁴⁵ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios México: FCE, 2004, p. 532.

Dois séculos mais tarde, Nicolau Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*⁴⁶, descreveu o poder na França em Legislativo (o Parlamento), Executivo (o Rei) e um Judiciário independente⁴⁷. Maquiavel acreditava que uma vigilância recíproca, entre os poderes dos príncipes, dos nobres e do povo desse maior solidez ao Estado⁴⁸; considera a adoção de um governo misto como melhor forma de enfrentamento do problema dos determinismos “naturais” relativos aos homens, isto é, suas paixões.

Em 1576 Jean Bodin, na sua obra *Seis Livros da República*, ao contrário de Maquiavel, aborda a questão do poder em termos jurídicos. A Monarquia absoluta estudada por Bodin baseia-se na legitimidade do poder, e esta já é uma importante limitação jurídica. O poder monárquico exercido segundo as regras do Direito Natural, não é despótico⁴⁹.

Todavia, foi o inglês John Locke⁵⁰, no século XVII, o primeiro a chamar a atenção sobre a utilidade de uma separação dos poderes. Baseado no Estado de seu tempo, este autor distingue - no seu *Segundo Tratado Sobre o Governo*⁵¹,

⁴⁶ Conta Afonso Arinos que “*O Príncipe* de Maquiavel (o título verdadeiro do livro era *Dos Principados*, e tinha em referência o governo e não a pessoa do governante), é uma obra na qual as questões de legitimidade do poder e da limitação da autoridade não são abordadas. Tal exclusão mostra que se trata de um livro político e não jurídico. Coisa de resto, explicável, pela situação em que se achava a Itália, quando da publicação da obra, em 1513. (...) a Itália exibiu uma nação dispersa em pequenos governos absolutos (exatamente os principados) e sua unificação só se faria, como só se fez, tardiamente, por meio de revoluções, sem grande lugar para as construções jurídicas.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional** : Teoria da Constituição; As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 136).

⁴⁷ Dalmo Dallari menciona o curioso fato de que Maquiavel louva tal organização porque esta dava mais liberdade e segurança ao rei. Ademais, o Judiciário agindo em nome próprio protegeria os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos; e o rei, que, poupado de interferir nas disputas, não seria objeto do desagrado por parte dos que não tivessem suas razões acolhidas (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado...cit.**, p. 218).

⁴⁸ Cf.: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Pietro Nasseti. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008 *Op. cit.*, p. 201 e 202 *e passim* e ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 407.

⁴⁹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional...cit.**, p. 136.

⁵⁰ Paulo Bonavides assevera que: “Locke fora a originalidade máxima do liberalismo. (...) plantado e nascido na Inglaterra, vivera ali, desde as lutas sociais e políticas do século XVII, sua mais famosa experiência, seu começo mais sólido. Fizera uma revolução triunfante, tinha já segura a concepção positiva do dos direitos do homem, filiara na tradição insular, nos costumes e na consciência pública, aquele direito natural que alforriou politicamente a sociedade inglesa, quando a Europa toda se perdia ainda em teorizações de cunho vago e abstrato.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 121).

⁵¹ Nesta obra Locke discute a origem, organização e os fins da sociedade política e do governo. A liberdade era para este autor a essência da soberania política, delegada por todos os cidadãos ao Parlamento. (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006).

escrito logo após a Revolução de 1668/69⁵² -, o poder Legislativo⁵³ do Executivo e coloca sobre ambos o poder Federativo e a prerrogativa (que abarca todas as faculdades administrativas do rei)⁵⁴, que afinal, resultaram apenas em dois, já que o executivo e o federativo deviam reunir-se em um só, para maior estabilidade da ação governamental⁵⁵, e o discricionário ligar-se intimamente ao Executivo⁵⁶. Locke ignorou a existência do Judiciário⁵⁷.

Sobre o compromisso firmado na Revolução de 1668/69 - o qual Locke teorizou em seu *Segundo Tratado do Governo Civil* e Montesquieu transformou numa das mais célebres doutrinas política de todos os tempos, com o seu *O Espírito das Leis* -, transformou-se em princípio fundamental da organização política liberal e em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Sobre a “gloriosa revolução”, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO leciona que ela colocou no mesmo pé de igualdade as autoridades, real e do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca

⁵² Sobre a Revolução Gloriosa, conferir, também: ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 408.

⁵³ Para Locke, “O Poder Legislativo não é, pois, somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável nas mãos a quem a comunidade confiou. (...) todavia não pode, nem poderia ser, completamente arbitrário (...) Em resumo, as obrigações que os encargos conferidos pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza atribuíram ao poder legislativo de qualquer comunidade, em todas as formas de governo, são: Primeiro, governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, que não poderão variar em certos casos (...). Segundo, tais leis devem ter o único fim do bem do povo (...). Terceiro: não devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste (...). Quarto: o legislativo não deve nem pode transferir o poder de legislar a quem quer que seja, ou fazer dele outra coisa que não o indicado pelo povo.” (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 98-105).

⁵⁴ Conta Jellinek, que por mais importante que tenha sido a teoria de Locke para a doutrina do Estado Democrático, ao apoiar-se completamente nas bases da teoria da soberania do povo, ela não rompe com a antiga concepção de rei. As quatro funções de que fala se reduzem a dois órgãos, um deles o rei, ao qual devem corresponder não só o poder executivo, mas também o federativo e a prerrogativa. Também lhe atribui uma parte positiva na legislação tal como era próprio dos reis e do chefe supremo do Estado ainda na época da República, na Inglaterra. Porém a prerrogativa (conceito próprio do direito inglês) significa o que corresponde ao rei uma vez deduzidas as limitações que lhe impõe o parlamento, poder que exercita de maneira livre em interesse do bem comum. (JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 533).

⁵⁵ John Locke preleciona que: “Estes dois poderes, executivo e federativo, embora realmente distintos entre si, cabendo a um a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão quase sempre reunidos.” (LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 107).

⁵⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 291 e ss.

⁵⁷ *Idem*, p. 291 e ss.

certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes⁵⁸.

Voltando a Locke, verifica-se que embora ele aprove e recomende uma separação orgânica entre o poder Legislativo e o poder Executivo, não entende esses poderes como independentes entre si, nem afirma a necessidade absoluta dessa separação. Além de reconhecer essa acumulação de funções sem reprová-la, Locke argumenta que ela se baseia no poder legislativo do rei para justificar que este, embora subordinado à lei, deve ser considerado como o “soberano”, ou seja, o órgão supremo do Estado⁵⁹.

Daí decorre a afirmação de Carré de MALBERG no sentido de que a doutrina lockeana se reduz a uma simples teoria da distinção das funções, pois, sob a reserva de que o rei por si só não pode fazer a lei e que se encontra submetido a esta última, não é uma doutrina de franca separação dos poderes⁶⁰.

Já Nuno PIÇARRA afirma que só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que incluam nesta doutrina um poder judiciário autônomo e sublinhem ideias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Esclarece ainda que tais ideias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à ideia de Constituição mista.

Tais ideias são ainda inexistentes ou incipientes na teoria de Locke, mas farão parte integrante das versões que aparecerão no século XVIII entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes, que nas palavras do mesmo Nuno PIÇARRA é o “amálgama de Constituição mista, supremacia legislativa e separação dos poderes” em que se inspirará Montesquieu⁶¹. E assim o foi⁶².

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional...***cit.*, p. 133.

⁵⁹ Cf.: LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 98 e ss.; JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 534; e, JACKISCH, Carlota. Teoría de Distribución de Poderes. In: **Division de Poderes**. CIEDLA – Centro Interdisciplinario de Estudios sobre o Desarrollo Latinoamericano de la Fundación Konrad Adenauer, s/d, p. 9-11.

⁶⁰ MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...***cit.*, p. 742.

⁶¹ A esse respeito, ver: PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 78.

⁶² Jellinek em sua *Teoria Geral do Estado* ressalta que, apesar de ter-se inspirado nas concepções de alguns autores anteriores, foi Montesquieu o primeiro a dar um passo decisivo à teoria da separação dos poderes, pois além de diferenciar as funções objetivas do Estado conforme as Constituições existentes, as atribui a órgãos separados entre si e, que, portanto, isto deve ser

Em 1748, Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu no seu *O Espírito das Leis*, desenvolve uma doutrina jurídico-política, e nela a separação de poderes constitui o fecho: que a liberdade só é possível no *governo moderado*, e mesmo neste só é possível quando, a serviço da boa divisão dos poderes, cada poder freie o outro, assegurando-se assim o império da lei⁶³.

Aqui, Montesquieu retoma a ideia de Locke de que é necessária a pluralidade de poderes para manter sob controle a tendência natural de cada pessoa para abusar do poder⁶⁴. Logo, a liberdade política é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Portanto, a liberdade republicana de Montesquieu nada tem a ver com o poder popular, nem com o querer, mas tão somente com a lei⁶⁵.

Ademais, a moderação do poder, na medida em que é o caminho para a liberdade, é, também, o que possibilita a segurança de cada cidadão. Tal realidade é viabilizada, por Montesquieu, na sua tripartição dos poderes do Estado em Legislativo, Executivo dos assuntos que dependem do direito das gentes e dos assuntos que dependem do direito civil, sendo este último também denominado judicial⁶⁶.

Montesquieu descreve a sua doutrina da tripartição de funções do Estado sob duas perspectivas, porém, não harmonizáveis de forma absoluta. Ele apresenta um esquema orgânico-funcional e um esquema político-social dos poderes. O primeiro plasma-se na tripartição executivo, legislativo e judiciário e o segundo, na tripartição rei, nobreza e representantes do povo. Nesta é onde se propõe a separação dos poderes, que exercem um sistema de freios e contrapesos para se evitar abusos. O poder vai até onde encontra limites.

afirmado energicamente contra a moda de apresentar Montesquieu como um repetidor de pontos de vista estranhos, pois nem Locke, nem Bolinbroke, nem Swift, conceberam todos os elementos da divisão dos poderes na forma que o autor de *O Espírito das Leis*. (JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 534).

⁶³ Moderação segundo Montesquieu é “a alma dos governos democráticos e aristocráticos.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 26 e ss.).

⁶⁴ Cf.: LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 102 e *passim* e ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 408 e 409.

⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 35 e *passim*.

⁶⁶ O chefe do poder executivo exercita a *faculté d'empêcher*, porém não a *faculté d'statuer*, e apesar de ele poder vetar uma lei, não significa que tenha uma participação positiva na legislação. O poder legislativo determina o modo e maneira que o executivo deve executar a lei, porém não o controla. A única exceção, segundo Montesquieu, é a relativa às atribuições judiciais da Câmara dos Lordes. Sobre esse assunto, conferir: JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 535 e JACKISCH, Carlota. *Op. cit.*, p. 11.

É certo que tal esquema tripartido poderia converter-se em bipartido, uma vez que o próprio MONTESQUIEU afirmara: “Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois.”⁶⁷ E, como estes dois poderes precisam de um outro poder para moderá-los, “a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito.”⁶⁸ Nesta passagem é nítida a justificativa de Montesquieu para a existência da Câmara Alta – corpo legislativo formado por nobres, ao lado do corpo legislativo formado por representantes do povo.

Esclareça-se, entretanto, que quando Montesquieu qualificou o poder judiciário como “poder nulo ou quase nulo”, não quis negar-lhe existência nem força, mas apenas afirmar sua neutralidade⁶⁹. Essa é também a opinião da Ministra Cármen Lúcia Antunes ROCHA, segundo quem:

foi exatamente pelas características oferecidas por Montesquieu ao poder de julgar, como uma das funções do Estado conferidas a um corpo específico, que alguns povos deixaram mesmo de afirmá-lo como ‘poder’ e passaram a referir-se à ‘autoridade judiciária’, pensando-se assim evitar uma condição especial ou vigorosa da magistratura. Tal condição (...) não impediu que na aplicação daquela doutrina os juízes se tornassem, pelo seu desempenho, membros do Poder do Estado, fazendo da sua atuação a manifestação mais firme deste, vez que o monopólio estatal da função de julgar é característica fundamental marcante da essência do modelo de Estado adotado modernamente.

E, continua a Ministra afirmando que:

A função de julgar é entregue, na estrutura política que adota o princípio da separação dos poderes, como um dos fundamentos do constitucionalismo

⁶⁷ Essa redução bipartidarista, é aplicada, também, de maneira que as três formas de governo – Monarquia, República e despotismo -, acabam agrupadas em governos moderados ou não moderados. A esse respeito conferir: IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 493 e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 165.

⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 167 e 168.

⁶⁹ Segundo Karl Loewenstein, “La famosa y – para muchos misteriosa – frase de que el poder judicial ‘devient pour ainsi dire, invisible et presque nul’ (Espirit des lois, libro VI, capítulo XI) adquiere, pues, una significación muy definida: lo que el juez realmente hace es aplicar la norma general al correspondiente caso concreto. Dado, pues, que el juez ejecuta la ley em uma forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la administración, no realiza una función independiente em el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta em forma legal. (...) no contexto esta afirmación se refiere a la despersonalización dele detentor del poder judicial.” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, s/d, p. 67).

democrático, conjunto específico de órgãos; e é exatamente a presença desta composição orgânica considerada “poder” no sentido atribuído por Montesquieu a esta palavra em sua exposição sobre o tema, que assegura o acatamento daquele princípio. Mais ainda, a eficácia daquele princípio assegura a liberdade como princípio fundamental da democracia moderna. Daí mesmo se ter acentuado que a existência de uma Constituição depende da adoção daquele princípio, tal como posto, expressamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁷⁰

A separação orgânico-pessoal entre os poderes Legislativo e Executivo e Legislativo e Judiciário insere-se na temática do *rule of law* ou do “regime de legalidade.”⁷¹ Segundo Nuno PIÇARRA, até aqui, Montesquieu nada mais fez do que desenvolver e aprofundar a versão originária da *rule of law* da separação dos poderes, de conotação exclusivamente jurídico-funcional, visando garantir a supremacia da lei, mediante o exercício, legal e não arbitrário, da função executiva e da função judicial. Ressalta ainda este autor que esta exigência de separação orgânico-pessoal em Montesquieu, ainda que não isenta de obscuridades e imperfeições, tornou-se requisito essencial do Estado de direito no âmbito das versões “jurídica” ou “do primado da lei” da Doutrina da Separação dos Poderes⁷². Vislumbram-se, também, nesta Doutrina, alguns traços que converteriam o princípio homônimo numa das bases imprescindíveis à realização de uma determinada concepção de Estado Constitucional ou de Direito⁷³.

⁷⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *et al.* O Juiz na Nova Ordem Estatal. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Org.). **Perspectivas de Direito Público**: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 251 e 252.

⁷¹ Jorge Miranda leciona que “Com a expressão *rule of law* designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário de poder.” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra. 2002, p. 116).

⁷² Ressalta-se que na Inglaterra da primeira metade do século XVIII, já existiam outras versões da doutrina da separação dos poderes para além da versão da *rule of law*, algumas como derivações do seu mesclamento com as doutrinas da Monarquia mista e da balança dos poderes e de freios e contrapesos. Montesquieu as incorpora todas na sua doutrina que, segundo Nuno Piçarra “só por antonomásia pode ser denominada separação dos poderes”. A versão da eficiência, por exemplo, foi aventada por Montesquieu como fundamento da separação orgânico-judicial entre os poderes executivo e judicial; e, entre os poderes, executivo e legislativo. Ele também conheceu a versão da balança ou do equilíbrio, que encara a separação-independência como condição prévia para um equilíbrio dos poderes através de seu controle recíproco. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 105 e 107).

⁷³ Sobre o “Estado Constitucional moderno: Estado de Direito”, Afonso Arinos leciona que “Nos países de Constituição escrita, principalmente nos Estados Unidos, o Estado de Direito é sobretudo um conceito *jurídico*, e isto faz com que seja o Poder Judiciário (ou a função jurisdicional) aquele que guarda a conformidade do ato de poder com a regra de direito. Na Inglaterra o Estado de direito é uma concepção predominantemente *legal*, e isto faz com que seja o Parlamento (ou a função

Deixando de lado o governo republicano, que entendia pertencer ao passado e o despotismo que considerava uma aberração e uma agressão à natureza humana, Montesquieu trata de encontrar os mecanismos que tornariam possível o estabelecimento da liberdade política na modernidade. Os encontra, em diferentes gradações, na Constituição inglesa e na história da Monarquia francesa onde os poderes intermediários – nobreza, clero e parlamentos – não haviam sido arrasados por um poder absoluto do monarca⁷⁴.

Ao analisar a organização política da Inglaterra, Montesquieu concluiu pela sua excelência, pela boa divisão dos poderes, compatíveis, então, com as suas ideias acerca de uma República que combinasse a soberania popular indireta, com uma forma moderada de exercício dos três poderes do Estado. Não obstante a excelência de tal organização política, nunca lhe conferiu um valor universal; apenas, por considerá-lo o melhor governo, em seu gênero, retira dele toda a sua ideia de distribuição dos poderes que, adaptada às circunstâncias de cada povo, passaria a ser uma garantia de governo moderado, como uma muralha institucional capaz de evitar o despotismo⁷⁵.

Seu ataque ao despotismo e a construção de um Estado moderado para superá-lo, teriam sido a base para o seu *O Espírito das Leis*. Prelecionou que para formar um governo moderado, requer-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-

legislativa) aquele a quem cabe cumprir a missão referida.” Já na França, conta o autor que, durante a Terceira República, a tendência do Estado de direito, fundado somente na lei, predominou. Na Quinta República (1958), a autoridade arbitral se encontra no Presidente da República, poder independente. Aqui a Constituição gaullista “limitou de tal maneira o domínio da lei, que fez dela (...) uma norma de caráter excepcional. Isto não implica, entretanto, no desaparecimento do Estado de direito em França, pois a tradição política e jurídica do país fez com que as limitações constitucionais impostas ao Presidente da República, tanto no tocante aos direitos individuais, quanto no que concerne ao funcionamento da administração, sejam realmente observados. Os excessos praticados durante a rebelião da juventude em 1958, só refreados democraticamente por um poder forte, e a própria renúncia de De Gaulle, em homenagem à vontade da maioria, são provas do quem de ser reafirmado.” (FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Direito Constitucional ...cit.**, p. 68 e 69). A respeito do direito público na Inglaterra e na França, conferir: CASSESSE, Sabino *et al.* Derecho Publico y Derecho Privado em la Administración. *In: Problemática de la Administración Contemporánea*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Administrativo, s/d, p. 22 e ss. e MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 68-75.

⁷⁴ Segundo Nuno Piçarra, esta “é a dimensão política da doutrina de Montesquieu, inapropriadamente denominada separação social dos poderes.” (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 108).

⁷⁵ Ressalta-se que ao observar o regime inglês, Montesquieu mostra uma maior reflexão acerca da Monarquia que conhecia, de maneira a descobrir nesse sistema os aspectos positivos que podem agir no mesmo sentido que a liberdade política inglesa. Porém, como ele próprio explicou, já tinha os *princípios* de sua obra e, ainda que estes tivessem se amoldado e mudado ao longo desses vinte anos de elaboração de *O Espírito das Leis*, continuavam a ser o fio condutor. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 101 e 168 e ss.).

los e fazê-los agir; de maneira a colocá-los em condições de resistir a outro poder. “É uma obra-prima da legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir.”⁷⁶

A separação dos poderes é, pois, a forma institucional da moderação. Com ela é possível falar-se, com segurança, em soberania popular e em liberdade.

Constata-se que Montesquieu não só coloca o problema como também a solução quando apresenta a *constituição fundamental do governo moderado*. Nesta o corpo legislativo é composto de duas partes, onde uma acorrentará a outra pela mútua faculdade de impedir e ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual será, por sua vez, pelo Legislativo. Segundo MONTESQUIEU esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas que pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar em concerto. E caminharão, certamente, por um imperativo político-constitucional⁷⁷.

Em muitas passagens do seu *O Espírito das Leis*, o filósofo político, faz sérias advertências, contra o poder absoluto. Aposta sempre nos regimes antiautoritários, na multiplicidade, na pluralidade social e política frente à homogeneidade despótica, frente a essas “ideias de uniformidade que as vezes se apoderam das grandes inteligências...porém, o que é seguro é que impressionam infalivelmente as pequenas.”⁷⁸

O clamor pelo equilíbrio é uma constante no *O Espírito das Leis*. Porém, cumpre esclarecer que se trata de um equilíbrio dinâmico, de um balanceamento entre a vida em sociedade e a política.

A vigilância contínua, a busca constante de limites e controle do poder, a defesa da multiplicidade são, indubitavelmente, algo que aproxima o pensamento de Montesquieu às preocupações contemporâneas de nossos dias por limitar o “Leviatã” totalitário das sociedades modernas.

Verifica-se que ao longo dos mais de dois séculos seguintes, desde seu aparecimento, a doutrina de Montesquieu tanto haveria de ser rejeitada, como aclamada em nome daquilo que hoje é considerado traço jurídico-político próprio do

⁷⁶ IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 496.

⁷⁷ Cf.: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 26 e 27 e MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado**...*cit.*, p. 758 e 759.

⁷⁸ IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 498.

Ocidente: o Estado democrático representativo, em que a conciliação do pluralismo do poder com a “Constituição permanente da unidade política” continua a ser tal, como para Montesquieu, a questão essencial⁷⁹. Todavia a lição inestimável passada por Montesquieu é a mesma de Aristóteles e de São Tomás de Aquino, qual seja: um Estado só existe quando os interesses de todos os segmentos sociais convergem para o bem comum da sociedade. Daí MONTESQUIEU afirmar:

Aquilo que denominamos *união* num corpo político é coisa bastante equívoca. A verdadeira união é a união de harmonia, que faz com que todas as partes, por contrastantes que nos pareçam, concorram para o bem geral da sociedade, como as dissonâncias na música concorrem para o acordo total. Pode haver união num Estado onde só acreditemos enxergar tumulto, isto é, uma harmonia de que resulta a felicidade, verdadeira e única paz. É como as partes do Universo, eternamente ligadas pela ação de umas e pela reação de outras.⁸⁰

Montesquieu, diversamente de seus predecessores, inaugura a possibilidade de que haja várias fontes de poder na sociedade republicana liberal. Ele não concebe a República como algo unitário, não só pela sua ideia de separação dos poderes, como, também, pela sua visão do comércio como substituto da virtude⁸¹. E, ressalte-se, o comércio é essencialmente plural.

A separação dos poderes preconizada por Montesquieu vai além do equilíbrio entre os poderes Executivo e Legislativo – o Judiciário ele considera um poder “nulo”⁸² -, mas abre espaço para o balanço dos poderes entre facções em competição no interior da República comercial. Acredita que no comércio cada um trabalhando individualmente contribui para com o geral.

Não se trata, pois, de buscar a harmonia idealizada e irrestrita, de suprimir as diferenças, mas sim, de entender que independente da posição e papel que cada pessoa desempenha na sociedade, o que deve prevalecer e ser defendido é o espírito público.

⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 123.

⁸⁰ Cf.: JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 535.

⁸¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 22 e *passim*.

⁸² A respeito do Judiciário, politicamente nulo, ou quase nulo, conferir: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 27, 57 e *passim*.

1.5 a positivação da teoria: da Europa à América do Norte e desta à América do Sul

Verifica-se que Montesquieu influenciou tanto pessoalmente, por sua obra, como através do Direito Constitucional francês que o seguiu. Lembra Clèmerson Merlin CLÈVE que na França, quando da elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, chegou-se ao exagero de afirmar (art. 16), que toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição⁸³.

A Constituição de 1791 não deixou de contemplar o referido princípio. Jorge MIRANDA, por sua vez, observa que o Princípio da Separação dos Poderes foi consagrado em todas as Constituições dos séculos XVIII e XIX, justamente em obediência ao dogma inscrito nesse artigo 16, embora não da mesma maneira e com a mesma rigidez⁸⁴.

Montesquieu influenciou o Direito Constitucional inglês e o norte-americano⁸⁵, direta ou indiretamente, através de um dos seus discípulos, William Blackstone, considerado o jurista inglês mais influente do século XVIII; sua obra influenciou a Constituinte de Filadélfia⁸⁶.

Na França, inspirou as Constituições de 1791 - que introduz a Monarquia constitucional e o modelo do governo representativo clássico e atribui o poder executivo ao Rei e o poder Legislativo a uma Assembléia - e a de 1795 ou do ano III

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, p. 28.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 383.

⁸⁵ Segundo Clèmerson Mérlin Clève, "A Constituição de Massachussets, de 1780, foi pioneira nesse particular. Como igualmente, a da Virgínia, de 1776. Logo a seguir as demais Constituições dos novos Estados americanos concluíram por consagrar o princípio, inclusive a Constituição federal de 1787." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 28).

⁸⁶ A esse respeito ver: FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1958-1960, n. 43, p. 81, CASSESSE, Sabino. *Op. cit.*, p. 22 e 23 e PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 122 e ss.

– que estabelece duas Câmaras e um órgão colegial, o Diretório, encarregado do poder executivo⁸⁷.

Sobre tal inspiração, Jorge MIRANDA assevera que, numa e noutra Constituição, prevaleceu uma visão mecanicista, de apertada distribuição de poderes pelos diversos órgãos. E que, ao longo de todas as Constituições até hoje, em nome da separação de poderes, se tem recusado aos tribunais a fiscalização da constitucionalidade das leis⁸⁸.

Na Espanha influenciou a Constituição de 1812 que, juntamente com a francesa de 1791, serviu de modelo para todas as Constituições liberal-democráticas⁸⁹.

Influenciou também as Constituições norte-americanas de 1778 e 1787⁹⁰. Gressaye noticia o estudo de *O Espírito das Leis* nos Estados Unidos e Bastid assinala a sua influência, ainda na época da publicação de *O federalista* - a qual representa o primeiro comentário da Constituição americana por Hamilton, Madison e Jay, escrito enquanto ainda se discutia a ratificação da Constituição pelos Estados Unidos, que comporiam a Federação -, no Direito e na Política, nos Estados Unidos, publicação esta repassada de citações e alusões de Montesquieu⁹¹.

Nos Estados Unidos, diversamente da França, prevaleceu um sentido coordenador da separação dos poderes, com cooperação funcional de *checks and*

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 147.

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 383.

⁸⁹ No preâmbulo do título III da Constituição de 1791, os arts. 3º, 4º e 5º, apresentam a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como três poderes principais e inteiramente distintos, delegados pela Constituição a três ordens de autoridades independentes. Entretanto, o art. 2º desse mesmo preâmbulo, ao enumerar os representantes da nação, silencia a respeito dos juízes, negando-lhes, portanto, a qualidade de representantes. De acordo com Seabra Fagundes se a Constituição considerou o Judiciário como um terceiro grande poder, foi somente por razões orgânicas, ou seja, porque entendia que este poder haveria de ser organizado de uma maneira independente, sobretudo frente ao Executivo. (FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006., p. 659).

⁹⁰ Segundo Jorge Miranda, “tem-se dito que a Constituição de 1787 é a que melhor tem levado à pratica a distinção de um *pouvoir de statuer* e de um *pouvoir d’empêcher*. Isso não obstante aí se manifestar uma separação orgânica muito mais nítida do que nos países europeus de governo parlamentar ou aparentado, nos quais os Ministros fazem parte dos Parlamentos e estes podem ser dissolvidos pelo Chefe de estado.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 383).

⁹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 43.

balances e, por isso, se estabeleceram processos complexos de agir e se admitiu, desde início, a *judicial review*.

A esse respeito Clèmerson CLÈVE conta que no Brasil aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário - propostos por Montesquieu e aceitos pelas Constituições Americana de 1789 e Francesa, de 1791 -, o primeiro constituinte acrescentou o poder Moderador (art. 10), o qual foi atribuído ao Imperador e, portanto, considerado a chave de toda a organização política (art. 98). Tal poder destinava-se, segundo dispunha o art. 98 da Constituição Imperial, a manter “a independência, o equilíbrio e a harmonia” dos outros poderes políticos⁹².

O Brasil, por via indireta, esteve e continua sob a influência da obra de Montesquieu⁹³. As Constituições da República, sobretudo a de 1969, foram inspiradas pelo Direito Constitucional norte-americano e este também sofreu influência da doutrina de Montesquieu.

A medula do Direito Constitucional e de uma Constituição, preleciona Afonso ARINOS, “são a forma de Estado, a forma de Governo e as Garantias Individuais.”⁹⁴

No Brasil, a forma do Estado é a Federação, organizada à imagem e semelhança dos Estados Unidos, os quais, como dito anteriormente, foram influenciados, também, por Montesquieu⁹⁵. A forma de Governo é a República, igualmente a dos Estados Unidos da América do Norte, inclusive o concernente à

⁹² Clèmerson Merlin Clève traz as lições, primeiro de Paulino Jacques (Curso de Direito Constitucional, 1977), segundo quem “(...) o legislador constituinte de 1824 pôs em prática as ideias suscitadas em França pelo publicista liberal Benjamin Constant, com o *pouvoir neutre*.” Essas ideias, no entanto, jamais foram adotadas na pátria de seu autor; atendiam, porém, aos anseios de mando do primeiro Imperador brasileiro; e, segundo, de Pimenta Bueno (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição Imperial, p. 204); e, segundo quem “O Poder Moderador era a mais elevada força social, o órgão político o mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação”, ao que replicava Zacarias de Góes que, “sem referenda ministerial nada valia (Natureza e limites do poder moderador, p. 129 e ss.). Esse, contudo, não fora o pensamento de Benjamin Constant, que o considerava um “poder neutro”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade do Poder Executivo...cit.**, p. 28 e 29).

⁹³ Prova dessa influência são os três mais importantes diplomas legislativos brasileiros: a Constituição Federal que é a lei fundamental do Estado brasileiro e de toda a sua legislação; a Lei de Introdução ao Código Civil que contém preceitos básicos que regem todo o Direito brasileiro; e, Código Civil que é o estatuto disciplinador da sociedade civil e das principais instituições civis brasileiras.

⁹⁴ FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro...cit.**, n. 39 e 40.

⁹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 151-164.

Divisão dos Poderes, ao Executivo presidencial e ao Legislativo bicameral (Senado e Câmara dos Deputados)⁹⁶.

Quanto às Garantias Individuais, em solo brasileiro, também inspirou-se no modelo norte-americano e, por conseguinte, em Montesquieu que em sua construção político-doutrinária cuidou sempre de assegurar a liberdade política dos cidadãos. Na Política republicana essa garantia da liberdade é a garantia suprema, dela derivando todas as outras garantias⁹⁷. A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.4.657, de 1942), tem em seus arts. 3º, 4º e 5º, importantes preceitos aplicáveis a todo o Direito brasileiro. Sobre o Código Civil, encontramos no Livro V, de *O Espírito das Leis*, os estudos feitos por Montesquieu acerca de nossas instituições civis fundamentais: a família, a propriedade, a sucessão e o contrato⁹⁸.

Verifica-se que, além de fornecer modelos e conceitos das instituições aos nossos doutrinadores, o filósofo tem influenciado todos os países, de uma maneira mais direta, através dos estadistas e políticos que se socorrem de seus ensinamentos em momentos de maior gravidade⁹⁹.

Clèmerson CLÈVE chama a atenção para a importância conferida à separação dos poderes pelos revolucionários, pois que as Revoluções Liberais resultaram por incluí-la no âmbito material do próprio conceito de Constituição¹⁰⁰.

Quanto à questão sobre qual das constituições, após tais Revoluções, acolheram o Princípio da Separação dos Poderes e que, portanto, se

⁹⁶ A esse respeito conferir: Constituição da República do Brasil de 1969, arts. 27 e ss.; 73 e ss.; e, n. 61d, p. 44 e 175, respectivamente; e, MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibid*, p. 44 e 176,

⁹⁷ Entretanto para melhor compreendê-los é preciso conhecer o sentido que Montesquieu atribuiu à *lei*. Diz ele que “a lei não é formulada ao arbítrio do governante, mas de acordo com as condições de vida da sociedade; ela tem por isso, um *espírito*, o *espírito da Lei*.” Daí decorre o dever, ao cidadão comum, participante da consciência jurídica de sua sociedade, de conduzir-se conforme a lei (art. 3º); e ao Juiz, o dever de aplicar ou suprir a lei, sempre fiel ao seu espírito (arts. 4º e 5º). Sobre liberdade política, conferir *O Espírito das Leis*, Livro XI, notas 249 e ss.; e, na Constituição de 1969, como simples corolários, art. 153: o princípio da legalidade (§§ 1º e 2º); a garantia da propriedade privada (§§ 22 e 24, 161, 168, 171, 174); a garantia da livre iniciativa (§§ 2º e 23, e 170); a liberdade de pensamento em todas as suas manifestações (§§ 5º a 9º). (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 13, 34 e *passim*).

⁹⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 46 e 121.

⁹⁹ Sobre a referida influência, conferir: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 47-52.

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo...cit.**, p. 28.

apresenta mais fiel à doutrina homônima exposta por Montesquieu, encontra-se a resposta em Nuno PIÇARRA, para quem a Constituição Federal norte-americana de 1787¹⁰¹ é, efetivamente, a expressão acabada do “momento liberal” desta doutrina; daí a relativização ou voto de desconfiança ao poder político que, qualquer que seja o seu princípio de legitimidade, deve ser organizado de modo a que, como preceituara Montesquieu, “pela disposição das coisas, o poder limite o poder”¹⁰², o que exige necessariamente o estabelecimento de correlações e coparticipações entre os diversos poderes de maneira a que eles possam funcionar reciprocamente como freios e contrapesos.

Em posição contrária se posiciona Afonso Arinos de Melo FRANCO, o qual assevera que:

As interpretações do pensamento de Montesquieu variam desmedidamente na controvérsia teórica suscitada pela sua obra. É fora de dúvida que o aproveitamento constitucional do livro é obra de criação, desde a Constituição americana, pois nem a separação dos poderes, tal como a concedeu a Constituinte de Filadélfia, nem a forma que o princípio assumiu na Constituição francesa de 1791 fazem parte do espírito das leis. A ideia básica que se tem do livro e pode ser adaptada a muitas formas, é que a unidade da soberania do Estado não significa unidade do poder do Estado. Este deve ser distribuído em poderes (como antigamente se dizia, ou em órgãos e funções (segundo a terminologia moderna do Direito Constitucional).¹⁰³

Quanto à Constituição alemã de 1871¹⁰⁴, Nuno PIÇARRA a coloca como uma das expressões mais próximas do “momento conservador” da

¹⁰¹ Ferdinand Lassalle divide os períodos constitucionais em cinco: (...) No primeiro período, o das Constituições liberais censitárias, encontram-se a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1789-1791, que constituíram o modelo dos primeiros textos constitucionais liberais e tiveram grande influência sobre todos os movimentos liberais; ao mesmo tipo correspondem, ainda que com diferenças apreciáveis, as constituições da Suécia (1809), da Noruega (1814) e da Espanha (1812), cuja Constituição de Cádiz será imitada brevemente em Portugal e em alguns reinos italianos. O aspecto principal destas Constituições consiste em suprimir o poder absoluto do monarca e substituí-lo por uma distribuição do poder entre o próprio Rei, o Parlamento e os Juizes. Todos os Poderes devem respeitar os direitos mínimos dos cidadãos, como âmbito privado dos indivíduos. Por isso estes Estados são denominados, à exceção do Estado norte-americano, Monarquias limitadas ou constitucionais. (LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** 2. ed. Madrid: Ariel, 2002, p. 13).

¹⁰² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁰³ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional...***cit.*, p. 137.

¹⁰⁴ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 226.

doutrina de Montesquieu onde distribuição não paritária do poder político estadual por poderes dotados de legitimidades próprias, mediante atribuição a cada uma deles de competências orgânico-constitucionais específicas, garantindo, de acordo com a ideia de Constituição mista, que nenhuma deles se aproprie, em exclusivo, daquele poder¹⁰⁵.

2. O ESPÍRITO DAS LEIS E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS (*CHECKS AND BALANCES*) NA SEPARAÇÃO DE PODERES

Verifica-se que Montesquieu ao abandonar a premissa do contrato social, empreendeu a tarefa de desenvolver uma teoria sociológica de governo e de direito, demonstrando que a estrutura e funcionamento de ambos dependem das circunstâncias em que vive um povo¹⁰⁶.

Ao definir leis, em seu significado mais amplo, como relações necessárias derivadas da natureza das coisas e ao articular uma conexão com as ciências empíricas, ainda que, submetendo-se ao determinismo natural, extremamente conservador, acabou por promover o rompimento da tradicional submissão da política à teologia¹⁰⁷.

Entretanto, como mencionado anteriormente, o objeto mesmo da reflexão de Montesquieu é o espírito das leis, manifestado nas relações entre as leis positivas com o clima, com a qualidade e extensão do terreno, com a organização do comércio, com o gênero de vida dos povos (agricultores,

¹⁰⁵ PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 199 e 200 e *passim*.

¹⁰⁶ Nesse sentido, García-Pelayo leciona que, “a divisão dos poderes baseava-se originalmente em uma fundamentação sociológica, na medida em que cada um dos poderes do Estado se sustentava sobre uma realidade social autônoma, de modo que a independência de cada poder tinha como infraestrutura a autonomia dos seus portadores: o Executivo se sustentava sobre a instituição monárquica; o Legislativo, dividido em duas câmaras, sobre os estamentos e do terceiro estado; e o Judiciário, apesar de – para Montesquieu – ser composto por juízes leigos e carecer de presença permanente, era integrado, na realidade, pelo estamento de toga.” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Trad., prefácio e apêndice (diários bolivarianos) de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 45).

¹⁰⁷ Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 128 e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, Livro I, Capítulo I.

caçadores, pastores), observando suas características e com a religião¹⁰⁸. É, pois, a reunião de todas as forças particulares que formam o Estado. E todas essas relações juntas formam *o espírito das leis*¹⁰⁹.

A tradição classificava os regimes segundo o critério quantitativo dos governantes, vem Montesquieu e subverte a tipologia clássica dos regimes e classifica não as sociedades, mas os modos como estas são governadas¹¹⁰. Distinguiu três tipos: a República – que agrega aristocracia e democracia –, a Monarquia e o Despotismo¹¹¹. Ao descrever os três tipos de sociedade, demonstrou que elas diferem entre si, não apenas pelo número de seus governantes ou porque são governadas de maneira diferente, mas também porque diferem em número, arranjo e coesão de suas partes componentes¹¹².

Constata-se que entre Montesquieu e seus predecessores existe a diferença fundamental de que ele não se limita a discernir os poderes por meio de uma distinção abstrata ou racional das funções¹¹³. Preocupa-se, sobretudo, em separar o exercício de certas funções entre titulares diferentes. O que deve reinar entre os poderes é uma separação prática. Sua teoria é uma teoria da separação dos poderes e, deste ponto de vista não deixa nada a desejar¹¹⁴.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, Livro I, Capítulo III.

¹⁰⁹ Tratam do tema, entre outros: Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Novos paradigmas em face da Globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65 e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁰ DURKHEIM, David Émile. *Op. cit.*, p. 35.

¹¹¹ Montesquieu assevera que embora na democracia todos os cidadãos participem do governo e na aristocracia apenas um pequeno número deles, ambas são variações de um único tipo de sociedade, a República. Na Monarquia e no despotismo o poder encontra-se nas mãos de uma única pessoa, mas a semelhança acaba aí, porque estes dois são tipos antagônicos de sociedade. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 15-24).

A esse respeito conferir, entre outros: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 134-143; DURKHEIM, David Émile. *Op. cit.*, p. 35-45; e, SOARES, Mário Lúcio Quintão. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Novos paradigmas em face da globalização. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

¹¹² DURKHEIM, David Émile. *Ibidem*, p. 37.

¹¹³ *Idem*, p. 37.

¹¹⁴ Sobre tal divisão conferir, entre outros: DURKHEIM, David Émile. *Ibidem*, p. 35-45; MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 742 e 743; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 15-24; e, SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 65.

A originalidade da doutrina de Montesquieu reside, no entanto, no fato de enunciar-se em forma de um princípio geral, formulado como uma das condições fundamentais da devida organização dos poderes em todo Estado bem ordenado¹¹⁵. Aqui reside, pois, outra diferença entre o filósofo e seus antecessores. Enquanto estes puderam estabelecer algum signo característico de certa separação dos poderes no sistema de organização estatal que existia em seus países e ante seus olhos, assim, como por exemplo, Locke, como já apontado, ao falar da separação dos poderes Legislativo e Executivo, não fez outra coisa senão expor o estado de coisas estabelecido na Constituição inglesa de seu tempo. Montesquieu, ao contrário, não considera nenhum Estado em particular, mas se refere ao Estado ideal e o que expõe é um sistema de separação dos poderes destinado a aplicar-se, em princípio, “em cada Estado”¹¹⁶.

Leciona Paulo BONAVIDES que, enquanto Locke tinha atrás de si uma revolução e seu comprometimento, como pensador, era definir uma teoria política capaz de restituir a paz espírito que os súditos ingleses haviam perdido ao expatriarem um rei, derrubando-lhe o trono e a dinastia, Montesquieu, por sua vez, que já conhecera a França de Luís XIV onde “havia mais sombras e cadafalsos do que glória e honra no poder pessoal do monarca de direito divino”, escreve então para uma França curvada diante do absolutismo decadente da regência de Filipe de Orleans e Luís XV¹¹⁷.

Ademais, como já mencionado (v. Capítulo I), Montesquieu, em o seu *O Espírito das Leis*, ao analisar o objetivo dos diferentes Estados, quando fala da experiência constitucional inglesa, assinala que esta tem como objeto a liberdade política, e que esta não consiste em fazer o que se quer, sendo, então, necessário examinar os princípios sobre os quais ela se fundamenta.

¹¹⁵ Carré de Malberg esclarece que, a este Estado ordenado correspondem os qualificativos de “Estado moderado” e de “Governo temperado”, que se encontram as vezes no Livro XI, cap. IV e VIII de *O Espírito das Leis* (MALBERG, Raymond Carré de. *Ibid*, p. 743).

¹¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, Livro XI, cap. VI.

¹¹⁷ Segundo Paulo Bonavides, “(...) Da Revolução Gloriosa emerge um novo poder, uma nova inteligência para a compreensão dos organismos sociais. O século XVII em filosofia política é inglês ao passo que o século XVIII será francês. Ali Locke, com seus tratados consubstancia a primeira crítica séria e refutadora feita ao absolutismo. Aqui, Montesquieu, com *O Espírito das Leis*, compõe o prólogo às ideias com que o *Contrato Social* de Rousseau espargirá depois o sangue da Revolução.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 119 e 123).

Diz que se eles forem bons, a liberdade aparecerá como num espelho¹¹⁸. Porém, a liberdade política só se encontra nos governos moderados, quando não se abusa do poder. Daí ele alertar: “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele”. Para se evitar tal abuso, só a divisão dos poderes, onde cada poder freie o outro¹¹⁹.

Enquanto para Carré de MALBERG este enunciado é o ponto de partida da doutrina de Montesquieu “é onde ele denuncia o vício e pronuncia a condenação do regime autocrático ou regime do poder absoluto”¹²⁰, para Paulo BONAVIDES é onde se inicia o momento liberal de Montesquieu, “culminando subsequentemente no capítulo acerca da Constituição da Inglaterra.”¹²¹

Segundo o próprio Montesquieu, a solução para este problema está, justamente, em separar as funções legislativa, executiva e judiciária, para entregá-las, respectivamente, a três órgãos distintos¹²², tendo sempre em vista a liberdade dos cidadãos.

Sobre a discussão clássica a respeito de que a descrição da Constituição inglesa apresentada por Montesquieu não traduzia a realidade constitucional daquele país, Georg JELLINEK, esclarece que na sua tripartição dos poderes, ao contemplar as funções legislativa, executiva e judicial, em busca da liberdade política, Montesquieu vai além da análise imprecisa da experiência constitucional inglesa, pois não era na Inglaterra real onde se realizava a liberdade política, mas numa Inglaterra construída como protótipo de Estado, tomando, por referência, certos dados concretos¹²³.

¹¹⁸ Para Montesquieu a liberdade de um cidadão significa “tranquilidade de espírito, oriunda da opinião que cada um tem sobre a própria segurança; e para que se usufrua desta liberdade é preciso que o governo seja tal, que um cidadão não tema o outro.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Op. cit., p. 168 e 169).

¹¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 167.

¹²⁰ MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 744.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 144 e 145.

¹²² Montesquieu justifica esta separação com uma tripla consideração. Nesse sentido conferir: MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 745 e 746.

¹²³ JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 457.

Observa-se que com o regime parlamentar já consolidado pela omissão dos primeiros reis da dinastia imperante na Inglaterra, inexistia uma separação de poderes tal como o autor de *O Espírito das Leis* descreveu e teorizou. Entretanto ao retirar da Constituição Inglesa a lição constitucional que serve aos ideólogos do liberalismo, Montesquieu influenciou a teoria política com esse princípio que prima pela originalidade, pois nem o Estado medievo nem a Antiguidade clássica, na sua forma rude de democracia, dele tiveram consciência¹²⁴.

Quando analisou a Constituição da Inglaterra, Montesquieu tinha em mente o estudo completo da divisão dos poderes. Nessa análise ele diz que em cada Estado há três tipos de poder: legislativo, executivo e judiciário.

O poder Legislativo, bicameral, não só o identifica com a vontade geral do Estado, como atribui a representantes tirados do corpo da nação, pois considerava inconveniente o povo exercê-lo diretamente¹²⁵; e, isto posto, com fundamentos de natureza democrático republicana, segundo os quais “Num Estado livre, todo o homem reputado livre deve ser governado por si mesmo”, entretanto como isso seria impossível nos grandes Estados e estaria sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, “precisa que o Povo faça, por seus representantes, tudo que não pode fazer por si”¹²⁶.

Define o poder Executivo como mero executor da vontade geral. Este poder estando atrelado ao direito das gentes, deve ser conferido ao príncipe ou magistrado, encarregado de fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber representantes diplomáticos¹²⁷, instaurar a segurança e prevenir invasões estrangeiras; e, como poder executor da vontade geral do Estado ou daquelas coisas que dependem do governo civil, deve ser outorgado a um

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 145.

¹²⁵ O Povo em Montesquieu, não é senão um estamento (o Terceiro Estado, do “povo legal” ou da burguesia) contraposto à nobreza e ao rei, que com estes deve participar do exercício do poder político, de acordo com o esquema da Monarquia mista. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p.110).

¹²⁶ Mais sobre o Poder Legislativo, conferir: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 143 e ss. e SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 67.

¹²⁷ Segundo Quintão Soares, este poder é também chamado de “Direito de Legação” (SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Ibidem*, p. 66).

monarca inviolável, rodeado de ministros responsáveis, incumbidos da execução das leis¹²⁸.

Por outro lado, ao referir-se ao poder Judiciário, MONTESQUIEU recomenda que este tendo o poder de julgar os crimes e decidir sobre as querelas entre os particulares, deve, então, ser exercido por pessoas tiradas do povo – que não devem estar ligadas a nenhum estado ou profissão -, em certas épocas do ano, de maneira prescrita em lei, para formar um tribunal que não durará senão o quanto exigir a necessidade¹²⁹. Como este poder, apesar do *status* de poder do Estado, não tem autonomia decisória em relação à lei, nem representa nenhuma potência ou fator de poder, ou seja, não tem existência política própria, ele fica fora da “separação social dos poderes”¹³⁰.

Ressalta-se, porém, que, a originalidade e a criatividade de Charles de Montesquieu não estão em sua sugestão de um governo moderado ou na forma mista de governo caracterizada pela separação de poderes, como afirmação da liberdade política contraposta aos perigos do absolutismo ou da

¹²⁸ Atribuindo autonomia decisória reduzida à função executiva, Montesquieu estava, na realidade, subordinando-a à lei. Assim ele o diz: “(...) não é preciso tenha o Poder Legislativo, reciprocamente, a faculdade de frear o Poder Executivo. Porque, tendo limites a execução por sua natureza, é inútil restringi-la.” Além do que o Poder Executivo se exerce sempre sobre coisas de momento. Percebe-se, desde logo, que Montesquieu, ao preceituar que “Qualquer que seja o exame, o corpo legislativo não deve ter o poder de julgar a pessoa, e, por conseguinte a conduta daquele que Executa. (...) Sua pessoa deve ser sagrada, pois que, sendo necessária ao estado, para que o corpo legislativo não se torne tirânico (...)”, está, na realidade, isentando o monarca da responsabilização criminal perante o poder legislativo, atribuindo-lhe, desta forma, além do caráter sagrado, um papel político de destaque. Contudo, ressalta Nuno Piçarra “quem tem a prerrogativa de impedir que o Legislativo se torne tirânico, terá de ter uma autoridade própria maior do que aquela que lhe confere a qualidade de mero executor das leis.” Continua Piçarra “Somente tal situação poderia ter levado Montesquieu a atribuir ao monarca um poder tão pouco ajustado à sua condição de executor das leis, como o de convocar a assembléia legislativa e de lhe fixar a duração das reuniões.” (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 109-115).

A esse respeito, conferir também: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 176-179 e SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 67.

¹²⁹ Na concepção de Dalmo Dallari, Montesquieu “ao mesmo tempo, sustenta que, para serem julgados com justiça, sem a interferência da inveja que despertavam, os nobres deveriam ser julgados ‘pela parte do Legislativo composta por nobres’. O que se verifica é que em sua teoria existe a identificação de funções essencialmente diferentes, do poder público, sendo a função de julgar uma delas, mas também existe o cuidado de fixar limites para a magistratura, afim de que ela não seja poderosa. Essas ambiguidades refletem os sentimentos predominantes na França, em relação à magistratura, nos séculos dezessete e dezoito, esclarecendo por que motivo não ganhou força entre os teóricos franceses a ideia de *poder judiciário*.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93).

¹³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 167 e 168.

anarquia que nasce da concentração ou confusão de poderes. Na realidade, como já apontado (v. item 1.4 do Capítulo I), consta que essa concepção remonta a Platão e a Políbio.

A criatividade de Montesquieu reside na inserção do *sistema de freios e contrapesos*¹³¹ às funções legislativas, executivas e judiciais, ensejando que estas sejam distribuídas a instâncias organicamente distintas e aptas a exercer legitimamente o poder no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas, buscando-se o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização dos princípios da liberdade política¹³².

Segundo Hermann HELLER, não obstante as críticas, Montesquieu foi o primeiro filósofo a realizar, de modo programático, o propósito de explicar o Estado e a atividade política pela totalidade das circunstâncias concretas, naturais e sociais¹³³.

Paulo BONAVIDES, apesar de não acreditar que se possa resumir em poucas palavras o “contributo agigantado de Montesquieu, compendiado no princípio da separação e equilíbrio de poderes”, o situa nas técnicas da liberdade e nos instrumentos de sua proteção que são mais importantes que a teoria das formas de governo. Segundo este autor:

Há (...) duas camadas profundas que compõem a glória de pensamento desse filósofo político: a primeira, eminentemente política, serviu ao liberalismo puro, deu-lhe o substrato de ideias com a formulação de um conceito de liberdade, junto da melhor técnica de ampará-la – a divisão de poderes, o sistema representativo, as formas lícitas de governo – e a segunda, jurídica, mas não menos política: é a parte onde o historiador tomou já o lugar do ideólogo, o sociólogo substituiu o filósofo e o legislador entrou a interrogar aquelas “forças silenciosas” que preparam a revolta dos fatos contra a razão jurídica, ao sair esta dos silogismos jus naturalistas e das suas condições para ofender a realidade da vida.¹³⁴

George JELLINEK, confirmando o feito de Montesquieu, ressalta que este tinha a convicção de que a órgãos completamente separados uns dos

¹³¹ Sobre o Sistema de Freios e Contrapesos, conferir: SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios & Contrapesos** (*Checks and Balances*). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

¹³² Cf.: SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 66.

¹³³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 39.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 122 e 125.

outros em suas funções devem corresponder poderes também internamente separados, pois, apesar de todos os contatos que possam se estabelecer entre os titulares de poderes, as funções de cada um deles estão separadas entre si¹³⁵.

A doutrina de Montesquieu se refere, essencialmente, ao sistema do Estado de direito. Entretanto, a divisão das competências e a especialização das funções, não se mostraram suficientes para realizar a limitação dos poderes¹³⁶. Para tanto, é necessário que nenhum dos poderes titulares possua ou possa adquirir uma superioridade tal que lhe permita dominar os outros dois poderes; o que pouco a pouco o levaria degenerar em onipotência. Daí a necessidade de que o poder freie o poder.

2.1 Origens próximas da doutrina da separação dos poderes

É, pois, na Idade Moderna que a Doutrina da Separação dos Poderes, como técnica de limitação do poder, é posta em prática através das Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII – Revolução Gloriosa, na Inglaterra entre 1688 e 1689¹³⁷, Independência Norte-Americana de 1776 e Revolução Francesa de 1789 –, em resposta aos abusos e iniquidades resultantes da concentração de poderes nas mãos do soberano¹³⁸.

¹³⁵ JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 535.

¹³⁶ Cf.: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Op. cit.*, p. 43-48.

¹³⁷ Conta Loewenstein que, nessa época, na Inglaterra, com o fim do período do despotismo da família Tudor e por razões determinadas pelo ambiente, o Parlamento se eleva ao posto de detentor central do poder na nova sociedade estatal que restou convertida em “constitucional”. Foi esta configuração do poder que conduziu ao desenvolvimento da teoria da separação dos órgãos estatais e da distribuição do poder político, levada a cabo por Harrington, Locke, Bolinbroke e finalmente Montesquieu e a Ilustração francesa. (LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 60).

¹³⁸ Para Jorge Miranda, “O que distingue, sobretudo, a Revolução inglesa de 1688 (*Glorious Revolution*) da que um século mais tarde ensanguentaria a França, está em que aquela se insere numa linha de continuidade (não pretende senão confirmar, consagrar, reforçar direitos, garantias, privilégios), ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitectura toda do Estado desde o começo (destrói os que vêm encontrar para estabelecer outros, de novo).” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**...*cit.*, p. 110).

Nunca será demasiado repetitivo mencionar que este é o marco inicial do Estado de direito¹³⁹.

A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra do século XVII e concebida como pré-requisito prático da realização da ideia de *rule of law*¹⁴⁰, que era elemento essencial do modelo que se contrapunha ao Estado absolutista. A *rule of law* foi, então, a primeira forma histórica do que viria ser o Estado tipo do Ocidente, ou seja, o Estado de direito e depois o Estado Constitucional¹⁴¹, que, igualmente inclui como seu elemento essencial o princípio da separação dos poderes.

Ressalta-se que a exigência de uma separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva - designação inicial da função jurisdicional -, só pode ser definitivamente concretizada na Constituição inglesa, em 1689, com o rechaço do absolutismo¹⁴².

Como parte integrante da teoria constitucional inglesa e enquanto corolário da ideia de soberania popular a doutrina da separação dos poderes foi contraposta à

Sobre o *Bill of Rights* e a Revolução Gloriosa, conferir: PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: Do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional**. Brasília: UNB, 2008, p. 83-89 e *passim*.

¹³⁹ Nesse sentido, conferir: O Estado Representativo. In: BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade...** *cit.*, p. 116-118.

¹⁴⁰ Jorge Miranda define a *rule of law* como: “o conjunto dos princípios, das instituições e dos processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o direito deve dar aos indivíduos, a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário do poder.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...** *cit.*, Tomo I).

¹⁴¹ No conceito de Jorge Miranda, Estado de Direito é: “o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece a divisão do poder e em que o respeito da legalidade (seja mera formalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de acção dos governantes. (...) Numa primeira noção, *Estado constitucional* significa Estado assente numa Constituição reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...** *cit.*, p. 71).

¹⁴² Segundo Piçarra, esta separação “como a sua versão mais pura da separação dos poderes, tinha por objetivo impedir qualquer interferência por parte do poder executivo por sobre as decisões do poder legislativo.” Ao titular do poder executivo caberia tão somente a execução das leis oriundas de uma assembleia de representantes do povo. Foi com este sentido e enquanto corolário da ideia de soberania popular que a doutrina da separação dos poderes foi contraposta à Monarquia mista, decretando o seu fim. Enquanto a primeira versão da doutrina da separação dos poderes é colocada a serviço da exigência jurídico-liberal do primado da lei, da igualdade perante a lei e da segurança jurídica que lhe são inerentes, a segunda versão da mesma doutrina é colocada a serviço da exigência democrática da supremacia do legislador eleito, representante da vontade do povo. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 43, 58 e *passim*).

Monarquia mista, decretando o seu fim. A partir de então, passa a ser associada à teoria da Monarquia mista.

Uma vez estabilizada a separação orgânico-pessoal entre o poder Legislativo e o poder Executivo e postergado o princípio da soberania popular com a restauração da Monarquia em 1660, o trinômio rei, nobreza e povo passa a exercer a titularidade desses poderes. Foi desta mistura ideológica que nasceu aquela que viria a ser a teoria constitucional inglesa típica do século XVIII, considerada ora como variante da doutrina da separação dos poderes ora como variante da doutrina da Monarquia mista, ou seja, a doutrina da balança dos poderes (*balance of powers*)¹⁴³.

Verifica-se que na Inglaterra do início do século XVIII, havia, ainda que parcialmente, um equilíbrio não paritário entre o Rei e o Parlamento e entre a Câmara Alta e a Câmara Baixa, e a independência do poder Judiciário. Porém, com o surgimento progressivo do fenômeno político chamando *Gabinete*¹⁴⁴, cujo chefe era o Primeiro Ministro - pessoa distinta da pessoa do Rei -, bem como as relações que este foi entabulando com o Parlamento, sobretudo com a Câmara Baixa – que consistia na corrupção e influência dos membros desta Câmara, mediante a

¹⁴³ Aponta-se que doutrina da separação dos poderes mesmo no quadro da *rule of law*, foi proposta e defendida por inimigos da Monarquia mista, para os quais esta constituía um entrave à realização do princípio democrático. Mas que, é igualmente certo que, a restauração deste tipo de Monarquia em 1660 não conduziu de modo algum à negação ou à supressão daquela doutrina. Importante registrar que essa separação orgânico-pessoal serviu, nesse período, de justificativa para outras reivindicações além das da versão da *rule of law* e da versão democrático-liberal. Foi reivindicada em nome da eficiência do Estado; como forma de garantir que a lei seja feita no interesse comum; como condição de possibilidade de responsabilização (criminal) dos membros do executivo pelos seus abusos de poder perante os representantes eleitos do povo; e, como pré-condição para o controle e limitação recíproca do poder político exercido por cada um desses poderes separados. Aponta-se, outrossim, que esta versão da doutrina da separação dos poderes (*balancing version*) está definitivamente impregnada pela teoria da Constituição mista e aponta com clareza para a ideia de *checks and balances*; é o seu ponto de partida. (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 60 e 62). Nesse sentido, entre outros, conferir: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 168 a 186; SILVEIRA, Paulo Fernando. *Op. cit.*; SOARES; Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 63- 67; e, SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói: [s.c.p.], 1961 (Tese de Defesa de Livre Docência de Direito Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro).

¹⁴⁴ O sistema de Gabinete era formado por um grupo de ministros dependentes da Câmara dos Comuns e todos com assentos no Parlamento, que têm de concordar em uma política comum e são responsáveis pelas ações uns dos outros e pelo governo do país como um todo. Mais sobre o Gabinete ministerial e sua posição frente às Câmaras e ao Chefe do Executivo no regime parlamentarista, conferir: MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 802 e *passim*; e, quanto a participação do Chefe do executivo no processo legislativo, p. 365; LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 237-239 e MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 119-121.

atribuição de cargos públicos, pensões e subsídios -, colocaram em risco tal equilíbrio de maneira que vieram a ser contestados em nome da separação dos poderes.

Contra a este estado de corrupção, que prenunciava aquilo que Walter BAGEHOT (*The English Constitution*, Londres, 1964, p. 65), viria a designar por “eficiente segredo da Constituição inglesa”, ou seja, “a estreita união ou quase completa fusão dos poderes Legislativo e Executivo”¹⁴⁵, veio a oposição conservadora ao governo *whig* (liberal) de Robert Walpole¹⁴⁶, sobretudo através de Henrique Bolingbroke¹⁴⁷, exigir a separação dos poderes¹⁴⁸. Este último retoma o tema clássico da excelência da Constituição inglesa enquanto Monarquia mista e, por isso, garantia da liberdade individual e obstáculo à tirania¹⁴⁹.

Em Bolingbroke, a independência recíproca entre os órgãos constitucionais é um pré-requisito da sua mútua independência. O equilíbrio pressupõe centros de poder separados. “Independência e interdependência orgânica, longe de se excluir lógica ou praticamente, mais não são do que duas facetas do mesmo modelo normativo: a Constituição equilibrada.”¹⁵⁰

¹⁴⁵ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁶ Segundo Jim POWELL (*senior fellow do Cato Institute*, especialista na história da liberdade), Robert Walpole ministro Whig entre 1721 e 1742, um dos pioneiros do sistema de gabinete, foi quem mais fez para desenvolver o princípio da responsabilidade comum do gabinete, e da supremacia do primeiro-ministro como líder tanto do gabinete quanto dos Comuns. Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/node/586>. Acesso em: 02/07/2009.

¹⁴⁷ Henrique Bolingbroke ou *Henry of Lancaster*, o rei Henrique IV da Inglaterra (1399-1413). Disponível em: <http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/RBHenr04.html>. Acesso em: 02/07/2009.

¹⁴⁸ Os textos fundamentais de Bolingbroke, bem como outros escritores políticos de então sobre o tema, encontram-se nos vários números do jornal de oposição fundado em 1726 – *The Craftsman*. (*The Craftsman*, vol. VII, p. 85 e 87. *Apud*. PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 85).

¹⁴⁹ Apesar destas características, Nuno Piçarra ressalta que, a fraqueza da Constituição inglesa estaria na sua susceptibilidade em ser subvertida por um Chefe do Executivo aspirando a plenos poderes e não hesitando em dominar o Legislativo. Portanto, a única forma de impedir tal subversão seria, basicamente, manter, nos vários órgãos constitucionais, o equilíbrio, através da sua independência uns dos outros e de meios de controle recíprocos. Frise-se que “separação dos poderes”, enquanto pensamento do futuro, e “Monarquia mista”, como pensamento do passado, embora associadas, estavam destinadas a separar-se. No entanto, permaneceram confundidas de tal modo que, como se verá, a separação dos poderes veio a ser contestada com os mesmos argumentos que foram dirigidos contra a Monarquia mista. (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 86 e 87).

¹⁵⁰ Para Nuno Piçarra, o pensamento constitucional de Bolingbroke revela-se “um amálgama de ideias recolhidas da Constituição mista, da separação dos poderes e dos freios e contrapesos.” (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 49 e 86).

Aqui surge, então, a primeira diferença entre a balança dos poderes descrita por Montesquieu e a clássica balança dos poderes que, de acordo com a figura do *King-in-Parliament*¹⁵¹, atribuía o Poder Legislativo coordenadamente ao rei, à nobreza e ao povo. Segundo Nuno Piçarra, aqui é nítida a influência de Bolingbroke sobre Montesquieu. Este, na sua reformulação da tradicional balança dos poderes, havia descrito o rei como tendo apenas uma *negative voice* (poder de veto) sobre a legislação, sem qualquer participação no processo legislativo. Esta descrição parece mais pertinente com a ideia de separação dos poderes do que com a consideração de que o titular do órgão executivo seria um cotitular do órgão legislativo¹⁵².

Cumprе aqui esclarecer que, a esta *negative voice* ou *faculté d'empêcher*, MONTESQUIEU a define como sendo a faculdade, atribuída a um órgão constitucional, para controlar, limitar ou contrabalancear o poder de outro órgão. A ela opõe-se a *faculté de statuer*, que o mesmo Montesquieu define como sendo o direito de ordenar por si mesmo ou corrigir aquilo que tenha sido ordenado por outro¹⁵³.

¹⁵¹ Na opinião de Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, “a arquetípica figura do *King-of-Parliament*, ou seja, do rei que dispõe de poder temporal e concentra o governo em suas mãos, não é absoluto, pois opera no interior de um quadro institucional mais amplo.” (PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Op. cit.*, p. 41).

¹⁵² Se, é uma verdade incontestável que, à época que Montesquieu escreveu sobre a Constituição da Inglaterra, o monarca, assim como a Câmara dos Lordes, encarnavam um poder político autônomo, é, igualmente verdadeiro, que, ainda que não em sua forma definitiva, o sistema de gabinete já estava implantado. Entretanto, o que vigorava na realidade, sobretudo para efeitos de lançamento de impostos, era um sistema de corrupção e influência dos membros da Câmara dos Comuns pelos ministros do rei. A oposição era formada por uma minoria parlamentar. Montesquieu, por seu lado, além de não reconhecer esta minoria parlamentar, concebia a Câmara dos representantes como um órgão politicamente unitário e homogêneo. É contra este sistema que Bolingbroke se insurge, opondo-lhe um sistema de separação dos poderes. O mesmo sistema de gabinete é rejeitado, expressamente, por Montesquieu em nome da separação dos poderes. O papel do monarca como essencial à liberdade é, segundo Nuno Piçarra, explicitado, justamente, no ponto mais contestado quanto à veracidade da descrição, feita por Montesquieu, da Constituição da Inglaterra “se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, deixaria de haver liberdade, porque os dois poderes estariam unidos. As mesmas pessoas teriam parte, algumas vezes e podendo ter sempre, participação num e outro poder.” (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 84-87 e *passim*).

¹⁵³ Sobre a *faculté de statuer*, conferir, entre outros: MALBERG, Raymond Carrè de. **Teoría General del Estado...***cit.*, p. 758; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 176; e, SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 66.

Ressalta-se que somente a respeito do poder judicial - que considera um poder sem relevância política -, ele não faz distinção entre *faculté de statuer* e *faculté d'empecher*¹⁵⁴.

É a partir desta perspectiva que o filósofo passa a analisar as relações entre Legislativo e Executivo. Ele preleciona que se o poder Executivo não tiver o direito de frear as iniciativas do corpo Legislativo, este será despótico “Porque podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes.”¹⁵⁵

Trata-se, pois, do veto do Executivo. Este, além do equilíbrio político, destina-se, segundo o próprio Montesquieu, à manutenção da separação entre a função legislativa e a função executiva. O titular do Poder Executivo, munido do direito de veto, impedirá que o Legislativo lhe usurpe funções e aniquile um pré-requisito da *rule of law* e do Estado de direito¹⁵⁶. Ele preconiza que o poder Legislativo será confiado quer ao corpo dos nobres, quer ao corpo escolhido para representar o povo, tendo cada um as suas assembleias e as suas deliberações à parte, resguardadas, assim, as opiniões e interesses de cada um dos corpos.

O órgão legislativo é, pois, lugar de “equilíbrio” entre a nobreza e o povo e o equilíbrio radicar-se-á, justamente, na oposição de interesses entre eles. Essa participação “forçada” na elaboração das leis é a garantia de que estas, nunca venham colocar em risco os interesses fundamentais de ambos, pois cada um tem o direito de se opor e de resistir às iniciativas do outro¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**...*cit.*, Tomo III, p. 379.

¹⁵⁵ Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**...*cit.*, p. 147; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 178; e, PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 111 e 112.

¹⁵⁶ Segundo Piçarra, desse posicionamento de Montesquieu e da sua definição imperfeita da função executiva, resulta clara a sua dívida para com a sólida corrente do pensamento político inglês que, desde o Longo Parlamento, e, diante da real possibilidade de o poder legislativo tornar-se um poder arbitrário, insistia numa maior limitação de sua atuação. (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 112).

Sobre as garantias de cada poder, para frear os demais, conferir, entre outros: MALBERG, Raymond Carré de. **La Teoría Gradualística del Diritto**...*cit.*, p. 132; e, do mesmo autor: **Teoría General del Estado**...*cit.*, p. 131 e 744 e MONTESQUIEU Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, n. 185c, *in fine*, p.131 e introdução, cap. 5, n. 47 e ss., p. 25-31.

¹⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibidem*, p. 177-181.

Vê-se que, por diferentes caminhos, um regime como o inglês, baseado na separação dos poderes e uma Monarquia constitucional, como a francesa, representada por poderes intermediários, apresentam traços característicos de uma Monarquia mista, ainda que Montesquieu evite tal designação¹⁵⁸. Em ambos os regimes, as forças políticas exercem o poder de forma conjunta. São incompreensíveis sem um substrato constitucional de tipo estamental¹⁵⁹.

Entretanto, se, para Montesquieu, de um lado, tanto o sistema inglês, como o sistema francês, tem por objetivo o equilíbrio dos poderes no interesse da liberdade política, de outro, se distinguem, do ponto de vista dessas forças, da força orgânico-constitucional.

Verifica-se que, enquanto na Inglaterra, o Legislativo cabe essencialmente à nobreza e ao povo; na França, cabe substancialmente ao rei e aos parlamentos nobiliárquicos, com exclusão de um corpo de representantes eleitos. Enquanto na Inglaterra o Executivo cabe ao rei, na França cabe ao rei e aos corpos intermediários¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Segundo Nuno Piçarra, esta forma de Monarquia - defendida por Montesquieu e por Bodin, ainda que em épocas diferentes -, assenta num Estado e numa sociedade estamental e que teve sua concretização na Monarquia pré-absolutista francesa, existente desde o final da Idade Média. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 118 e 119).

¹⁵⁹ Sobre o Estado estamental, ver: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 63-65.

¹⁶⁰ Possivelmente a história própria de cada um desses sistemas e as circunstâncias do meio tenham revestido o desenvolvimento de ambos de um conteúdo muito diferente, de maneira que o sistema inglês tem como meta direta e imediata a liberdade política e todos os recursos estão a ela dedicados. Já o sistema francês aspira a glória dos cidadãos, do Estado e do príncipe. Deste resulta um “espírito de liberdade” que pode ser comparado à liberdade do sistema inglês e, em qualquer caso, seus poderes intermediários, atuando de maneira muito diversa dos três poderes do sistema inglês, tem como medida de sua eficácia, a sua maior ou menor aproximação com a liberdade política. São dois, então, os caminhos para se chegar à liberdade política: o caminho direto da Inglaterra, segundo a distribuição dos três poderes; e, o caminho da segurança do cidadão do sistema francês. Ambos os caminhos apresentam vantagens e desvantagens e, se Montesquieu foi tremendamente crítico com a Monarquia de seu tempo, também o foi em respeito à prática social e política da sociedade inglesa, cuja corrupção e falta de virtude de seus cidadãos o assombravam. Nas notas que fez em sua viagem à Inglaterra registrou seu assombro pela liberdade de expressão conseguida pelos ingleses; rechaçou a estima que estes dispensavam ao dinheiro; os qualificou de indignos da liberdade que possuíam, pois “vendiam-na” com muita rapidez, vez ou outra, ao rei. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 186 e ss.).

Conta a historiadora Carmen Iglesias que, nos livros XIX, XX, XXI e seguintes de *O Espírito das Leis*, Montesquieu analisa o clima, o comércio, os costumes, etc., da Inglaterra em comparação com outros países e, vislumbra um país de liberdade, onde os grandes se aproximariam mais do povo, porém, as dignidades seriam mais firmes em qualquer outro lugar ao estar fixadas na “Constituição fundamental”, de maneira que, as classes estariam mais separadas, enquanto as pessoas estariam mais misturadas. Para Montesquieu, o parlamentarismo inglês é o resultado de um esforço de

Em suma, na teoria política do século XVIII, duas posturas se contrapõem: de um lado, encontra-se uma postura de matriz essencialmente liberal impregnada por ideias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca, na tradição da doutrina da Constituição mista e, de outro lado, encontra-se uma postura de matriz essencialmente democrática, impregnada pela ideia de soberania popular e de supremacia no Estado do poder dos representantes eleitos pelo povo, a quem não poderia deixar de caber, em exclusivo, o exercício da função estadual suprema, que apenas pelos representados poderia ser controlado¹⁶¹. Entretanto, segundo Nuno PIÇARRA, somente a primeira postura tem, efetivamente, a ver com a ideia de balança dos poderes e de freios e contrapesos¹⁶².

Tanto a Monarquia absoluta como o regime parlamentar eram, efetivamente, a negação da balança ou separação social ou horizontal dos poderes plasmada no esquema constitucional exposto por Montesquieu, na sua formulação da Constituição fundamental do governo, sobre o fato de os três poderes, pelo movimento necessário das coisas, serem forçados a atuar de concerto¹⁶³.

Aponta-se que das duas formas futuras de negação da separação dos poderes, apenas a Monarquia absoluta e seus sucedâneos - e não a democracia representativa -, revelar-se-iam incompatíveis com a ideia de recíproca limitação do poder político, mediante a sua estruturação numa dualidade ou pluralidade de pólos de poder e contra poder.

homogeneização, porém, não o produto de um rico pluralismo político. (IGLESIAS, Carmen. *Op. cit.*, p. 495 e 496).

¹⁶¹ Ressalta-se que “seja no caso da Constituição inglesa, seja no caso dos poderes intermediários franceses não se trata de uma separação mais ou menos estratificada dos diferentes poderes e das forças sociais que os sustentam, mas de uma distinção de elementos dentro de uma totalidade imanente e dinâmica que produziria uma combinação equilibrada, como a imagem newtoniana de um universo em que os distintos elementos se inter-relacionam através do princípio de atração sem perder, por isso, sua identidade. Se já não era nada fácil aplicar esse esquema ao mundo vivente, menos ainda ao mundo político e social. Neste mundo, a liberdade, característica da natureza humana, introduz a desordem naquilo que seria ou deveria ser uma combinação equilibrada. Ademais, apesar dessa tendência natural do homem à liberdade e de seu ódio à violência, o exercício da mesma exige reflexão e esforço, pois, assim como existe uma tendência natural ao movimento, à abertura do homem ao mundo, existe também na natureza humana a tendência à acomodação, ao repouso, e esta leva à degeneração do sistema e faz com que os povos sucumbam e tolerem os regimes despóticos.” (IGLESIAS, Carmen. *Ibidem*, p. 498).

¹⁶² Sobre tais posturas e suas variantes, conferir: PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 79-81.

¹⁶³ Não resta dúvida de que o “atuar de concerto” entre os três poderes – que, segundo Nuno Piçarra não são, afinal, os abstratos legislativo, executivo e judicial, mas as três forças sociais -, estará perdido a partir do momento em que um deles concentre em si o poder político antes repartido com os outros (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 121).

Tanto a concentração do poder político no rei, em nome do princípio monárquico absolutista, como a concentração do poder político no parlamento, em nome do princípio democrático representativo colocavam irremediavelmente em risco o equilíbrio entre os estamentos preconizados por Montesquieu (e rechaçados por Rousseau¹⁶⁴), e que, durante certo período, caracterizou, ainda que em diferentes proporções, tanto a evolução política na França como na Inglaterra, mas irreversivelmente ultrapassado em ambas, quando da publicação de *O Espírito das Leis*¹⁶⁵.

É, pois, nesta obra que Rousseau buscará as ideias para o seu *Contrato social*, o qual, segundo Paulo BONAVIDES “disseminará depois o sangue da revolução.”¹⁶⁶

Da separação dos poderes Montesquieu passa à edificação do regime representativo nas bases que foi conhecido e lançado pelo moderno Estado Constitucional. Ao afirmar que no Estado livre o homem deveria governar-se por si mesmo, com o poder legislativo exercido coletivamente é quando Montesquieu mais se aproxima da ideia de liberdade autêntica desejada por Rousseau¹⁶⁷.

Entretanto, verifica-se que longe de declarar o sistema representativo um mal necessário - pois sabe que tal situação é impossível nos grandes Estados e sujeita a vários inconvenientes nos pequenos -, Montesquieu afirma que o mais sensato é que o Povo faça, por via de seus representantes, aquilo que não pode fazer por si. O poder legislativo é então o portador principal do sistema representativo de Montesquieu¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Rousseau (1712-1778), no *Contrato social*, procura um Estado social legítimo, próximo da vontade geral e distante da corrupção. Segundo este autor, a soberania do poder deve estar nas mãos do povo, através do corpo político dos cidadãos. O povo tem que tomar cuidado ao transformar seus direitos naturais em direitos civis, afinal “o homem nasce bom e a sociedade o corrompe”. O governante deve ser o representante da soberania popular. O bem-comum é o objetivo, sem, no entanto, descuidar da individualidade de cada cidadão. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** ou Princípios do Direito Político. Trad. Pietro Nassetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008).

¹⁶⁵ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**...*cit.*, p. 119.

¹⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, cap. VI, p. 29 e 30.

¹⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 173-176.

Registra-se que a literatura política pré-revolucionária do século XVIII na França começa em Montesquieu e termina em Rousseau. No período que antecede o terror revolucionário de 1793, a França segue o itinerário de uma revolução de ideias, em que a liberdade do homem é o cerne. A ciência de Montesquieu e de Rousseau abre um amplo campo de reflexões acerca da natureza da liberdade e o verdadeiro caráter das instituições políticas.

A revolução do século XVIII é uma revolução liberal, uma volta ao espírito das leis, culminando em consequências conservadoras de manutenção da ordem burguesa, então triunfante. Ninguém a definiu melhor e com tanta moderação que Montesquieu. Depois deste houve excessos e ultrajes em nome da liberdade; houve Rousseau e o delírio das teses democráticas.

O fato é que após todos os conflitos filosóficos e a despeito de todas as suas insuficiências e omissões restou a liberdade do liberalismo, como uma conquista irrevogável e permanente no Ocidente.

Tal liberdade foi inscrita em códigos políticos, pleiteada por revoluções de povos, recusada por príncipes em suas cartas constitucionais, enfim, não há como negar o valor e o merecimento da obra filosófica de Montesquieu¹⁶⁹.

Para Jorge MIRANDA “as oscilações da história constitucional francesa traduzem também a prevalência ora de Montesquieu, ora de Rousseau, da doutrina e da mentalidade que reconduzem a um ou outro grande pensador.”

Enquanto Montesquieu constrói a sua doutrina tendo em vista a liberdade, Rousseau, diversamente, procura a máxima pureza da democracia, ou seja, a liberdade está no exercício do poder exercido diretamente pelo povo. Para Montesquieu a separação dos poderes é uma garantia dessa liberdade, porque, contra o poder só o poder. Daí decorre a necessidade de um governo representativo para se evitar a concentração do poder nas mãos do príncipe, ou no povo¹⁷⁰; para

¹⁶⁹ Na lição de Bonavides, “A conclusão revolucionária que prevalece nos artigos da Declaração dos Direitos do Homem e nos ditames constitucionais de 1791 é a mesma que trinfou com o direito público das colônias americanas recém emancipadas. O pensamento de liberdade no século XVIII foi o protesto de uma consciência social abafada por muitos séculos de opressão e aviltamento da condição humana.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...cit.**, p. 151 e 152).

¹⁷⁰ A respeito da doutrina de Montesquieu e o governo representativo, conferir: MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 920 e ss.

Rousseau como só existe um povo, deve haver unidade do seu poder; e a vontade do povo não se representa¹⁷¹.

Daí o motivo pelo qual as grandes divergências político-filosóficas de liberalismo e democracia, só ultrapassadas no século XX, radicarem no contraste entre as ideias de Montesquieu e Rousseau, pois que a noção de soberania deste é bem diferente da noção de poder daquele. Tanto que Rousseau, no Livro III, *Do contrato social*, opõe-se claramente à separação dos poderes; rechaça a ideia de que diferentes poderes iguais e autônomos possam coexistir. Longe de admitir a pluralidade dos poderes, Rousseau afirma e procura demonstrar a unidade do poder¹⁷², de maneira que rejeita a ideia de representação política, opõe-se não só à sociedade de estamentos, que considera “desmembrada por natureza”, mas também a quaisquer corpos intermediários, grupos de interesse ou associações parciais, pois vê em todos eles obstáculos à formação da vontade geral¹⁷³. Rousseau é adepto de uma construção radicalmente monista do poder político do Estado¹⁷⁴, sua concepção de lei, Estado e poder político é, assim, como para Locke e Hobbes, o contrato social. Isto demonstra o caráter individualista da sua teoria¹⁷⁵.

Não obstante o exposto é possível afirmar que ROUSSEAU admite uma separação dos poderes, como, por exemplo, entre o Poder Executivo e Poder Legislativo. De acordo com o seu *Contrato social*, todos os poderes, em princípio, se encontram nas mãos do povo, que em sua qualidade de soberano, faz as leis; entretanto, não cabe ao povo executá-las, porque, segundo o próprio Rousseau,

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 148-149.

¹⁷² Para Rousseau, (...) “Há no corpo político os mesmos motores: nele se distinguem também a força e a vontade; esta sob o nome de poder legislativo, aquela sob o de poder executivo, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 59).

¹⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ibidem*, p. 38 e 39.

¹⁷⁴ Segundo Nuno Piçarra, o pensamento de Rousseau tem antecedentes importantes na teoria constitucional dos republicanos ingleses do século XVIII. Ainda que não haja coincidência de pensamento no que diz respeito à insusceptibilidade de limitação ou interferência por parte de outros órgãos estaduais sobre o poder legislativo, estritamente confinado à emanção das leis, e à exigência de exercício absolutamente separado – orgânica e pessoalmente – do poder executivo, as ideias de Rousseau coincidem, no essencial, com as dos republicanos ingleses. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 126).

¹⁷⁵ Nas palavras de Rousseau, “Pelo pacto social demos existência e vida ao corpo político; trata-se agora de, com a legislação, lhe dar movimento e vontade; pois o ato primitivo pelo qual esse corpo se forma e une ainda não determina nada do quer ele deve fazer para se conservar.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 44).

além desse tipo de democracia ser impraticável, o corpo do povo poderia desviar o foco de tais regras gerais para aplicá-las em casos particulares.

Assim, enquanto para Montesquieu o poder Legislativo deve ser limitado pelo Executivo e vice-versa, para Rousseau só um poder é soberano, Legislativo¹⁷⁶, pois a rigor não existe um poder Executivo, este “não existe senão pelo soberano e para o soberano.”¹⁷⁷

Quanto ao poder Judiciário só pode consistir na execução das leis ou vontades do soberano e que, por conseguinte, resta compreendido no poder Executivo. Rousseau reconhece, ainda, que o exercício da justiça deve corresponder a juízes distintos dos magistrados encarregados da administração¹⁷⁸. Ou seja, para Rousseau, enquanto o poder Legislativo é uma vontade determinante, o poder Executivo não é mais que a força posta a serviço desta vontade¹⁷⁹. O governo é como “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano”¹⁸⁰ e está subordinado ao poder soberano.

Em suma, o esquema de separação dos poderes proposto por Rousseau está inteiramente a serviço da lei¹⁸¹.

Segundo ainda Jorge MIRANDA a tese de Rousseau “vai influenciar diretamente a Constituição francesa do ano I e, por vias diversas, não deixa de

¹⁷⁶ Cf.: MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 748 e 749.

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 379.

¹⁷⁸ Cf.: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 59-63.

¹⁷⁹ Para Rousseau, “o poder Executivo não pode pertencer à generalidade como legisladora e soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares, que não competem à lei, nem, por conseguinte, ao soberano, cujos atos não podem ser senão leis.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ibidem*, p. 59).

¹⁸⁰ Neste sentido Carré de Malberg explica que, “por esta razão Rousseau coloca de um lado, o povo soberano ou legislador, e de outro o governo ou o corpo encarregado da execução das leis. Porém, não se trata de uma separação aparente. Na realidade este autor não admite um poder único, o poder legislativo que confunde com a soberania; e, sobretudo, não admite que o Executivo (o governo) possa resistir ao poder Legislativo.” (MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 748 e 749).

¹⁸¹ O seu conceito de lei foi, num momento posterior, desenvolvido por Kant e tornou-se parte integrante do modelo normativo de Estado constitucional na sua variante continental europeia e, simultaneamente, referência jurídico-política para a conformação que, neste modelo de Estado, assumiu o próprio princípio da separação dos poderes. Nuno Piçarra ressalta que este entendimento de lei, constitui o contributo especificamente francês para a teoria jurídico-política do liberalismo. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 124).

encontrar parecenças nas teses inspiradoras no constitucionalismo marxista-leninista”¹⁸².

Émile DURKHEIM em sua obra *Montesquieu e Rousseau*, quando trata das diferenças e semelhanças entre Rousseau e seus dois predecessores - Hobbes e Montesquieu -, ressalta que na visão deste filósofo, embora só um legislador pudesse estabelecer a lei, este não tinha o poder de promulgar qualquer lei que lhe aprovesse, pois uma lei apropriada é aquela que está de acordo com a natureza das coisas. A boa lei, na medida do possível e do razoável, é determinada pelas condições dominantes na sociedade e não pela ação arbitrária de quem detém o poder¹⁸³.

Rousseau parece ainda mais categórico sobre essa questão, pois o seu sistema social baseia-se em uma harmonia objetiva de interesses, no estado da opinião pública, nos modos e nos costumes¹⁸⁴. As leis expressam, necessariamente, esse estado de coisas. A vontade geral não pode ser representada por um indivíduo, pois ela transcende a vontade individual. As duas são incompatíveis e uma não pode substituir a outra. O substrato natural da opinião pública está no todo e não em uma parte. Antes de pretender armar o soberano de um poder coercivo suficiente para superar a resistência dos seus súditos, Rousseau quer moldar o espírito dos homens de tal modo que a resistência não ocorra. Enquanto o indivíduo de Montesquieu, embora importante, não é a fonte de poder, pois, este está ligado, sempre, a um grupo, unido pela identidade de estrato social ou pelas relações comerciais, o indivíduo de Rousseau era tão importante que deveria ser autônomo, tanto no âmbito público como no privado¹⁸⁵.

¹⁸² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 380.

¹⁸³ Sobre a lei do ponto de vista de Montesquieu, ver: DURKHEIM, David Émile. *Op. cit.*, p. 47-54.

¹⁸⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 57 e 58.

¹⁸⁵ Segundo Durkheim, embora Rousseau admita a diversidade e a reconheça, em sua formulação política procura estabelecer mecanismos para que ela não apareça e, com isso, os interesses particulares diversos, cedam lugar ao interesse público, geral e único. Já em Montesquieu, a diversidade é reconhecida e a sua formulação política é feita com o intuito de que a diversidade de interesses possa se manifestar. No interior de sua República, coexistem uma diversidade de interesses que freiam uns aos outros. Os interesses, público e comercial, coincidem com os interesses particulares, sempre em competição e, não existe motivo para afastá-los em nome de um interesse geral e unitário. (DURKHEIM, David Émile. *Op. cit.*, p. 105 e *passim*).

Em suma, em Montesquieu está a base das formas de governos moderados, ao passo que em Rousseau entroncam-se as formas de governo assentes na democracia absoluta, ainda que opostas (governo jacobino e governo cesarista).

Contudo é Joseph Sieyès, o qual, na sua obra *O que é o Terceiro Estado?* (1789), prenuncia a solução do conflito, quando tenta conjugar soberania nacional e representação política. Para SIEYÈS o exercício da soberania nacional, como poder político supremo e indivisível, devia passar pela implantação de uma Constituição que definiria os órgãos de legislação e do governo, bem como as autoridades judiciárias garantidoras dos direitos e liberdades dos cidadãos. Para tanto, era preciso abandonar qualquer ideia ligada à democracia direta - e, por consequência à desordem e o caos -, a qual seria substituída pela representação da nação, através dos seus corpos instituídos. Aqui o Estado emana da Nação e também a representa. Nesta relação, a Nação é autônoma com respeito ao Estado, exceto em termos políticos nos quais lhe deve obediência¹⁸⁶.

De tudo o que se viu até agora, é possível afirmar-se que o contributo mesmo à Teoria do Estado foi dado por Montesquieu que, com sua teoria da separação dos poderes acoplada a um sistema de freios e contrapesos - dogma do constitucionalismo - influenciou, sobretudo, as Declarações de Direitos das Constituições norte-americanas e francesas e foi acolhida nestes ordenamentos com duas acomodações essenciais, que a transformaram em *teoria da distinção e da colaboração de poderes*¹⁸⁷.

Simone GOYARD-FABRE considera que Montesquieu, em suas concepções antiabsolutistas, delineou um regime constitucional caracterizado pela não confusão de poderes, isto é, por sua distinção orgânica e, no equilíbrio de suas respectivas potências, por sua complementariedade funcional¹⁸⁸.

¹⁸⁶ A esse respeito, conferir: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 45 e 46 e MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 149.

¹⁸⁷ A esse respeito conferir: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)**. Trad. da 9. ed. de 1972, Maria Helena Diniz; rev. Ricardo Olivo. São Paulo: RT, 1984, p. 164 e MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 748.

¹⁸⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 188.

Sobre Montesquieu e sua obra, faz-se mister trazer também a lição, sempre atual, de Miguel Seabra FAGUNDES, o qual prelecionou que:

a divisão das funções estatais, correspondente à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas. Com frequência se recrimina o publicista do Espírito das Leis, à vista dos defeitos que a divisão dos poderes convertida em separação irracional tem acarretado. Também é corrente se lhe negar a prioridade da teoria universalmente aceita. Mas é de justiça reconhecer-lhe o mérito de ter sido o primeiro sistematizador e o de mais autoridade dessa distinção de funções e órgãos do Estado. Embora visando à demonstração da necessidade de três órgãos distintos no Estado para uma real tutela do indivíduo, situou, de modo sistemático e convincente, a questão das funções estatais.¹⁸⁹

Se na República de Montesquieu vislumbrou-se um viés liberal, nos *Federalistas* os quais precedeu em muitos aspectos, essa tradição liberal ganha muito mais força. É o que se verá a seguir (v. n. 2.2 infra).

2.2 A contribuição dos constituintes norte-americanos à teoria da separação dos poderes

Desde os fins do século XVIII são três as constituições citadas por haver tentado estabelecer o regime completo da separação entre o poder Legislativo e o poder Executivo, quais sejam: as constituições francesas de 1791¹⁹⁰ e a de 1795 (ou do ano III) e a norte-americana de 1787¹⁹¹. No

¹⁸⁹ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*..., p. 3.

¹⁹⁰ Segundo Malberg, o qual buscou a lição de Esmein, A. (*Éléments*, p. 137 e ss.), a Constituição de 1791 não instituiu uma verdadeira Monarquia, já que só dava ao rei um lugar subalterno. Porém, precisamente por isso, o regime constitucional estabelecido em dita época proporciona uma interessante comprovação: demonstra que, inclusive, nas Constituições que tratam de fundar uma separação absoluta de poderes, ao menos um órgão superior, cuja vontade é dominante e que, por isso, entre a multiplicidade das autoridades constituídas, assegura a manutenção da unidade da vontade e da soberania do Estado. O dualismo estatal que se estabelece entre um chefe de governo, presidente (ou monarca) e o corpo legislativo não será nunca senão parcial. Para que fosse completo seria necessário que a Constituição houvesse realizado, entre estes órgãos, não somente a independência, mas também a igualdade, pois esta classe de dualismo só pode conciliar-se com o princípio da unidade, próprio do Estado moderno. (MALBERG, Raymond Carré de. **Teoria Geral del Estado...***cit.*, p. 798 e 799).

¹⁹¹ Tratam do assunto, entre outros: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Op. cit.*, p. 16 e MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 772, 798 e ss.

entanto foram os norte-americanos que reproduziram com maior fidelidade, em seus artigos, esta tripartição. E, ressalte-se, a ciência juspublicista deste país desenvolveu, em harmonia com os mesmos princípios, a sua clássica doutrina dos *checks and balances*, ou seja, a doutrina dos *freios e contrapesos* que permite um recíproco controle entre os Poderes em questão¹⁹².

Na época em que os novos Estados da América do Norte se constituíram em União Federal, a teoria de Montesquieu exercia, em todas as partes, uma grande influência sobre as ideias políticas. Já havia sido introduzida na Inglaterra por Blackstone, o qual, apropriando-se de parte da doutrina de *O Espírito das Leis*, apresenta aos ingleses sua própria Constituição onde estabeleceu sem reservas que para se manter a balança da Constituição seria necessário que o poder Executivo fosse um ramo do poder Legislativo, “sem ser o poder legislativo por inteiro”; e, mais, que “sua reunião em uma mesma mão conduziria à tirania; sua separação absoluta produziria, no fim das contas, os mesmos efeitos.”¹⁹³

Ressalta-se que a interpretação essencialmente inglesa que Blackstone realizou da obra de Montesquieu, além de dar nova direção ao pensamento inglês, influenciou de maneira significativa o desenvolvimento constitucional americano¹⁹⁴. Assim, os constituintes norte-americanos dedicaram-se a engendrar o poder estadual de acordo com um sistema de equilíbrios, que, no contexto do surgimento da Constituição de 1787¹⁹⁵, radicava numa estrutura social, própria da Monarquia mista, que não só rejeitavam como também não existia

¹⁹² Conferir: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Ibidem*, p. 161 e PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 183.

¹⁹³ Mais sobre as ideias de Blackstone, conferir: MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 773.

¹⁹⁴ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 183-184.

¹⁹⁵ A Constituição americana de 1787 havia excluído as relações entre o Executivo e o Congresso; especialmente, não havia dado aos ministros entrada no Congresso, as relações que haviam acreditado desnecessárias estabelecer, se estabeleceram na prática, fora dela e apesar dela. Indubitavelmente não existe nos Estados Unidos da América do Norte colaboração oficial entre os ministros e as Câmaras. Porém, a colaboração se há estabelecido oficiosamente; se exerce através dos comitês permanentes de ambas as Câmaras. (MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...cit.**, p. 781). A respeito desses extremos, conferir também: PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Op. cit.*, p. 134 e ss.

na América daquele tempo¹⁹⁶. Para tanto, recorreram a uma estrutura puramente técnica, qual seja: um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) entre órgãos funcionalmente diferenciados, todos legitimados democraticamente¹⁹⁷.

No mundo anglo-saxão, ao contrário da França e dos países que a seguiram, nunca se entendeu que o primado da lei acarretava, necessariamente, a ausência de controle por parte dos órgãos do Estado por sobre as assembleias legislativas¹⁹⁸. Os anglo-saxões insistiam na independência do poder Executivo e no seu direito de veto, o que conduziu à primeira grande inovação trazida ao princípio da separação dos poderes, qual seja, o titular do poder executivo deixava de ser o Rei para ser o Presidente, um representante eleito¹⁹⁹.

Madison, Hamilton e Jay, nos *Artigos Federalistas*, tendo em vista as lições de Montesquieu, construíram um modelo de separação dos poderes onde mitigou-se a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio na relação entre os poderes, o que na realidade levou ao fortalecimento do Poder Executivo²⁰⁰. Desta forma se afastaram do modelo europeu que outorgava ao Legislativo papel proeminente.

¹⁹⁶ Sobre essa concepção, própria da separação dos poderes dos republicanos ingleses, conferir: PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 182-184.

¹⁹⁷ Nuno Piçarra ressalta que, se de um lado, a concepção básica de um poder político, pluralmente estruturado, e com vistas a prevenir abusos e ao serviço do homem comum, bem na tradição da filosofia política inglesa, já era partilhada na América. Ao que ocorria na Inglaterra, ainda que existissem classes distintas em seus objetivos, na escala política tais classes estavam em pé de igualdade e entre os seus membros não havia distinções de ordem. (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 178-200).

¹⁹⁸ Explica Nuno Piçarra que, “O medo de uma tirania legislativa tinha, nos norte-americanos, um fundamento histórico, pois a luta das colônias americanas contra a Inglaterra foi, nas suas origens, uma luta contra o parlamento inglês.” (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 201).

¹⁹⁹ Na base da exigência contida na obra *O Federalista* de que o poder executivo seja independente do poder legislativo - onde o poder executivo através do veto, não só se proteja das intromissões e usurpações de poder por parte do poder legislativo, mas que, também, freie qualquer tentativa de aprovação de leis inconvenientes, através de um controle efetivo -, é possível perceber, tal como se vislumbrou na doutrina de Montesquieu, um ponto de um programa político: aqui, a defesa da propriedade perante as tentativas de a limitar, que forçosamente adviriam de uma maioria “tirânica” de não proprietários, ainda que com infração da regra da maioria, componente essencial do princípio democrático. (HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Rev. SAITEC Editoração Tucha. Belo Horizonte: Líder, 2003, cap. 68, p. 409 e ss.).

²⁰⁰ HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *Ibidem*, cap. 47-58, p. 298 e ss.

A separação dos poderes de Montesquieu foi entendida nos Estados Unidos no sentido de que cada um dos três principais poderes estatais deve estar provido de faculdades que lhes permitam deter o poder dos outros dois poderes.

De acordo com a Constituição Federal norte-americana de 1787, o Presidente pode opor seu veto às leis, regularmente, adotadas pelo Congresso. O direito de veto, mais do que um meio de impedir que o poder Legislativo usurpe funções executivas, é entendido, aqui, como a prerrogativa, concedida ao Presidente, de participar da função legislativa, mas que, entretanto só tem efeitos suspensivos²⁰¹. Por sua vez, as Assembléias têm o poder de submeter e ajuizar contra o Executivo; o Senado pode opor-se às decisões do Presidente no que se refere aos Tratados e à nomeação de certos funcionários. A autoridade judicial pode deter a autoridade legislativa através da faculdade de recusar a aplicação das leis tachadas de inconstitucionalidade²⁰².

Outro desenvolvimento especificamente americano do Princípio da Separação dos Poderes consiste na integração do poder Judiciário na balança dos poderes que, até então, englobava apenas o poder Executivo e o poder Legislativo. Frise-se que o poder Judiciário é aqui, ao contrário do poder “nulo” de Montesquieu, um poder efetivo. A função judicial não é encarada como subalterna, derivada ou não criadora de Direito, como observado anteriormente. A Suprema Corte transforma-se em parte ativa na contenda entre Congresso e Presidente, invocando uma jurisdição constitucional, de caráter difuso e incidental, que não se funda em qualquer

²⁰¹ Cf.: MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...***cit.*, p. 799 e MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...***cit.*, Tomo I, p. 131 e 132.

²⁰² Nesse sentido conferir: Carré de MALBERG, o qual traz as lições de Woodrow Wilson (Teoria General, p. 302 e 303 e *passim*) e Émile BOUTMY (Études de Droit Constitutionnel, 2. ed., p. 162). Para o primeiro, este sistema geral de impedimentos é causa da debilidade para o poder federal, que resta, de um lado ineficiente, pois, poderes numerosos e fracionados, são difíceis de manejar e, de outro ineficaz, porque sendo os poderes, muitos e divididos, suas responsabilidades são vagas). Ao que o segundo replica. Afirmando que “os americanos apenas têm ocasião de padecer dessa debilidade, pois todo o trâmite ordinário da política interior é de responsabilidade dos governos dos Estados, bastando-se estes a seu serviço. (...) preferem resignar-se a certas debilidades dos poderes federais e não ter nada a temer em relação a essa autonomia dos Estados que a seus olhos, é o maior dos bens.” Entretanto, ressalta este autor, essa debilidade, que em parte constitui um bem em um Estado Federal, seria o pior dos males num Estado unitário. (MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 752 e 759).

norma explícita, mas apenas em considerações de circunstâncias aduzidas pelo Presidente John Marshal, em 1803, no processo *Marbury vs. Madison*²⁰³, o que continua a alimentar o eterno debate acerca da legitimidade e limites do *judicial review*²⁰⁴.

A Suprema Corte americana exerce a função, ainda que não contemplada no texto constitucional, de intérprete supremo da Constituição, o que implica o exercício do controle da constitucionalidade das leis e dos atos do Presidente e da Administração.

Para Hamilton os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, perante o poder do Povo e perante a Constituição, estão em pé de igualdade, de maneira que as relações recíprocas só podem ser de paridade. Ou seja, como cada um dos três poderes está igualmente subordinado à Constituição, podem contrabalançar-se mutuamente²⁰⁵. Daí depreende-se que a balança dos poderes não se restringe mais ao âmbito do poder legislativo, mas que atua entre os três poderes²⁰⁶.

²⁰³ Para Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, “Uma das consequências mais evidentes da deliberação tomada em *Marbury versus Madison* consiste na afirmação consciente – e intencional – de que a Constituição dos Estados Unidos se encontra em grau de supremacia em relação às outras normas existentes no país. Dessa conclusão decorre a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade das normas. Observa-se a preocupação em apontar tal supremacia em diversas passagens da decisão em apreço.” (PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Op. cit.*, p. 167 e ss.).

²⁰⁴ Ressalta-se que o *judicial review* não foi expressamente consagrado na Constituição de 1787, mas que passou a integrar o ordenamento jurídico-constitucional americano em 1803, graças à conhecida decisão do juiz do Supremo Tribunal, John Marshal, no caso *Marbury vs. Madison*, de onde consta o sempre citado excerto: “The particular phraseology of the Constitution of the U.S. confirms and strenghtens the principle, supposed to be essencial to all written constitutions, that a Law repugnant to the constitution is void; and the courts, as well as other departments, are bound by that instruments.” (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 207). Segundo Jorge Miranda a *judicial review* “Muito em resumo tratava-se do conflito entre um juiz, Marbury, e o procurador-geral Madison. O Supremo Tribunal – presidido pelo *Chief Justice* Marshal – considerando a questão de natureza política declarou inconstitucional a lei que lhe permitia intervir.” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 134 e 135).

²⁰⁵ Segundo Nuno Piçarra, a Constituição é aqui entendida, não como um repositório de princípios políticos, carecidos de força jurídica vinculativa, mas como norma fundamental fornecedora de critérios e parâmetros jurídicos materiais de validade dos atos dos três poderes constituídos, para cuja observância concorrem os recíprocos controles interorgânicos. Tal parâmetro consubstancia-se, no catálogo constitucional dos direitos fundamentais. (PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 203 e 204).

²⁰⁶ Nuno Piçarra menciona Marcelo Rebelo de Souza (Direito constitucional I. Braga, 1979, p. 278), segundo quem, “a prática constitucional acabou por revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”. (PIÇARRA, Nuno. *Ibidem*, p. 184 e 202).

Mais contemporaneamente, Hannah ARENDT, observa que, além de os americanos atribuírem autoridade ao poder Judiciário, de forma a modificar a solução romana segundo a qual o poder estava no Povo e a autoridade no Senado, a grande inovação apresentada por eles foi uma nova equação para o poder, pois a eles não interessava limitar o poder, tal como na fórmula da separação dos poderes de Montesquieu, mas sim garantir a geração de mais poder. E isto só foi possível porque, ao contrário dos franceses, identificaram a distinção entre as fontes para lei e para o poder.²⁰⁷

Enquanto na França a distinção de Sieyès, em sua obra *O que é o Terceiro Estado?*²⁰⁸, entre poder constituinte e poder constituído gerou um círculo vicioso, em que o poder de emanar leis daqueles que estivessem tentando aprovar uma Constituição, pudesse ser questionado, nos Estados Unidos a elaboração da Constituição e, posteriormente, das leis, eram atos que não dependiam do poder, que tinha sua fonte anterior à Constituição e assim continuaria a ser, com a abertura deixada na própria Constituição, para a ação²⁰⁹.

De fato, Sieyès, na França, assim como, quase ao mesmo tempo, Hamilton, nos Estados Unidos, aponta a existência de um poder primário e originário dentro do Estado, o poder de que deriva a Constituição, aquele que exprime mais diretamente a soberania²¹⁰. Mas, enquanto a distinção proposta por Montesquieu é pressuposto da teoria das formas de governo modernas, a distinção de Sieyès e dos pais da Constituição americana têm seu terreno próprio na da Teoria da Constituição²¹¹.

Héctor MAIRAL, nesse mesmo sentido e contexto histórico, informa que na obra *O Federalista* seus autores entendiam errôneo interpretar as palavras de Montesquieu no sentido de proibir aos poderes (departamentos) do Estado

²⁰⁷ ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática e UNB, 1988, p. 123 e 132.

²⁰⁸ Na lição de Jorge Miranda, a obra *Qu'es-ce-que le Tiers-État?*, de Sieyès, é a síntese entre a concepção de soberania popular de Rousseau e a concepção da separação dos poderes de Montesquieu; e como tal, se projetou na Revolução Francesa. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 380).

²⁰⁹ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 123 e 132.

²¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, p. 380.

²¹¹ MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 380 e 381.

de intervir uns nos atos dos outros, pois na realidade o que Montesquieu sustentava era o fato de que somente quando o poder total de um poder é exercido pelas mesmas mãos que possui o poder total de outro poder, se subvertem os princípios fundamentais de uma Constituição livre²¹².

Cumpra lembrar uma vez mais que coube aos Estados Unidos o feito de ter situado o Poder Judiciário no mesmo nível político dos poderes Executivo e Legislativo, configurando a sua moderna função no cenário mundial. Foi através da decisão de John Marshal, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no já citado caso *Marbury Vs. Madison*, em 1803, que se inaugurou o poder da *judicial review*, segundo a qual compete ao Poder Judiciário dizer a lei, iniciando o sistema de controle (difuso) da constitucionalidade²¹³.

2.3 A separação das funções no direito público francês

Os “homens da Revolução” seguiram inspiração idêntica à dos norte-americanos; prova disso é que a “separação dos poderes”, dogma que constitui o fundamento do constitucionalismo moderno²¹⁴, é um dos princípios essenciais do direito público francês.

O Princípio da Separação dos Poderes foi estabelecido na França, pela primeira vez, pela Assembléia Nacional de 31 de agosto de 1789, como uma das bases de sua obra de regeneração política²¹⁵.

²¹² Nas palavras de Mairal: “tener ninguna intervención nos actos de cada uno de los otros, o control sobre tales actos”, pois na realidade o que Montesquieu sustentava era o fato de que somente “cuando el poder total de un departamento es ejercido por las mismas manos que poseen el poder total de otro departamento, se subvierten los principios fundamentales de una constitución libre.” (MAIRAL, Héctor A. **Control Judicial de la Administración Pública**. Vol I. Buenos Aires: De Palma, 1984, p. 58).

²¹³ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Op. Cit.*, p. 94 e 90, respectivamente.

²¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 54.

²¹⁵ Em reação ao sistema absolutista da antiga Monarquia, o qual, até esta data, concentrara em si todos os poderes, os fundadores do novo direito público francês estavam dispostos a levar o princípio da separação dos poderes até as últimas consequências. Exemplo desse extremo são as já mencionadas Constituições revolucionárias francesas de 1791 (Título III, cap. II, seção 4, arts. 5-8 e

Frise-se que o dogma da equiparação do constitucionalismo e da separação dos poderes encontrou sua formulação clássica no art. 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem²¹⁶, no qual se enunciou, um pouco enfaticamente, que todo Estado que não acolhesse em sua ordenação a garantia dos direitos individuais e o princípio da separação dos poderes careceria de Constituição (querendo, mais exatamente, significar que os pressupostos indicados são indispensáveis para todo governo baseado no consentimento dos cidadãos livres).²¹⁷ Trata-se, pois, de um princípio de origem moderna. É verdade também que, como já aludido (v. Capítulo I, item 4), desde a antiguidade a ciência política se dedicou a denominar e a classificar as diversas manifestações do poder estatal.

Porém, Carré de MALBERG adverte, e diga-se com razão, que remontar as origens da teoria da separação dos poderes até Aristóteles seria um erro, pois, este autor, assim como todos os antigos, se empenha unicamente em discernir as diversas formas de atividade dos órgãos e não pensa em estabelecer uma repartição das funções fundada na separação dos objetos que correspondem a cada uma delas; e por outra parte, não é contrário ao fato de que uma pessoa, faça parte, ao mesmo tempo, da assembléia deliberante, exerça uma magistratura e sente num tribunal²¹⁸.

Segundo Karl LOEWENSTEIN, o Estagirita pretendeu, tão somente, fazer uma análise das funções estatais segundo sua substância, pois não existem indícios que levem à dedução de que Aristóteles observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição destas três funções a diferentes órgãos ou pessoas. E é justamente neste ponto que reside a

cap. III, seção 1, art. 1) e do ano III (arts. 136, 148, 160 e ss.); e, a dos Estados Unidos da América do Norte (Capítulo I, seção 6, art. 2; Cap. II, seção II, art. 2 e seção III, art. 1). (MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado**...cit., p. 773 e ss.).

²¹⁶ O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem em sua versão original: "*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*". (LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 54).

²¹⁷ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Op. cit.*, p. 161.

²¹⁸ MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado**...cit., p. 742. Compartilham, também, desse posicionamento: Dalmo Dallari (**Elementos de Teoria Geral do Estado**...cit., p. 217 e 218) e Nuno Piçarra. (*Op. cit.*, p. 32-36).

importância ideológica da doutrina da separação dos poderes do liberalismo constitucional da primeira época²¹⁹.

Sobre o alerta feito por MALBERG acerca de consubstanciar-se em erro a pretensão de remontar a Aristóteles as origens do princípio da separação dos poderes, o próprio autor esclarece que para se alcançar o valor real do princípio da separação dos poderes, é necessário examiná-lo em sua pureza primitiva, em sua significação integral, para tanto é preciso buscar o conceito da separação dos poderes tal como Montesquieu o apresentou em sua doutrina. Pois, o que caracteriza, especificamente, o alcance desta doutrina, é o fato de o Charles de Montesquieu ter decomposto e seccionado o poder do Estado em três poderes principais, suscetíveis de atribuir-se separadamente a três classes de titulares que constituem por si mesmos, no Estado, três autoridades primordiais e independentes. Ao conceito da unidade do poder estatal e da unidade de seu titular primitivo, Montesquieu propõe um sistema de pluralidade das autoridades estatais, baseado diretamente na pluralidade dos poderes²²⁰.

Aponta-se, outrossim, que separação dos poderes, tal como idealizada por Montesquieu em sua doutrina, é irrealizável no direito francês, porque, ao exigir que cada função material do poder do Estado seja concedida em sua totalidade a um órgão, independente, que atue livre e até soberanamente dentro de sua esfera própria de competência, e que constitua assim, organicamente um poder igual aos outros dois, a teoria montesquiana, implica uma divisão de poderes que não só paralisaria o poder do Estado, mas que destruiria sua unidade²²¹, pois no sistema de direito público francês, o poder soberano reside exclusivamente na nação, ou seja, no ser coletivo, abstrato e indivisível, que tem no Estado sua personificação²²².

²¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 54.

²²⁰ MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...***cit.*, p. 757.

²²¹ MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 836.

²²² Aponta-se que o conceito de soberania dado pelos fundadores do direito público francês, que se encontra de forma expressa no art. 3º da Declaração de 1789; e no título III, art. 1º da Constituição de 1791, reside essencial e abstratamente na nação, como coletividade unificada e indivisível, e não pode localizar-se, de um modo concreto, em nenhum homem em particular. (MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 852 e 853).

Este poder não pode, então, radicar-se em nenhum indivíduo particular ou grupo de indivíduos. Ou seja, na França para se resguardar a unidade estatal, não é indispensável que exista no Estado um órgão que concentre em si, todo o poder soberano.

Com maior razão, esclarece Carré de MALBERG, que “órgão supremo” não é sinônimo de poder ilimitado. Entretanto, como o Estado para a realização de sua unidade, precisa de um órgão proeminente, cuja vontade domine a vontade dos órgãos concorrentes, no sentido de que nada acontece sem o seu aval, é possível, dessa perspectiva, aceitar-se a teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Contudo, o fato de que a separação dos poderes, como proposta pelo filósofo, não se ache consagrada no direito positivo francês, não significa dizer que neste direito não se faça nenhuma distinção entre os poderes respectivamente exercidos pelos diversos órgãos do Estado, ao contrário, a Constituição francesa estabeleceu profundas diferenças entre os diversos poderes e competências que atribuiu especialmente a cada órgão, de maneira que, neste sentido, proporciona os elementos para construir uma “certa” teoria da separação dos poderes²²³. Porém, frise-se, com um alcance e um significado muito diferentes dos que derivam da doutrina de *O Espírito das Leis* exposta em fins do século XVIII²²⁴.

Na França a separação dos poderes consiste, pois, em atribuir distintamente aos três poderes ou autoridade estatais, graus de poderes muito diferentes; é uma separação que diz respeito, não às funções materiais, mas aos diversos graus de poder formal e, por isso tem pouco a ver com a separação preconizada por Montesquieu.

²²³ A esse respeito conferir: MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 836-839.

²²⁴ A doutrina tradicional e corrente, conforme o conceito de Montesquieu compreendeu e interpretou a separação dos poderes no sentido de que cada órgão ou grupo de autoridades deve ter uma competência *ratione materiae* que lhe seja própria, ou seja, uma esfera de atividade especial que seja determinada pela mesma matéria do ato a realizar ou da decisão a adotar. No sistema constitucional do direito francês, nem a lei, nem o ato administrativo, nem o ato jurisdicional se caracterizam por sua esfera material ou por seu conteúdo; se diferenciam e devem ser definidos pelos poderes que lhes são próprios e que variam conforme a iniciativa das decisões a adaptar e conforme a força e o valor das decisões a serem adotadas. Ressalta-se que a distinção entre os atos e as funções, no direito francês, tem uma base e um alcance puramente formal. (MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 777 e *passim*).

Na realidade, o que se estabeleceu no direito público francês é um sistema de *gradação* e não de separação dos poderes. E nesta hierarquia dos poderes e das autoridades, o corpo legislativo possui o mais alto poder. Cria o direito livremente e não está sujeito às suas próprias leis. Já as autoridades administrativas possuem um poder de grau menor. E ainda que o ato administrativo possa ter o mesmo conteúdo da lei, está submetido a ela. Seus atos estão sujeitos a recurso, nos casos de ilegalidade e nos casos em que lhes falta poder legal²²⁵.

O sistema francês consagra o princípio da competência da jurisdição administrativa para o conjunto dos litígios que opõem as pessoas públicas aos particulares, com exceção das hipóteses de gestão privada, sob a incidência da competência judiciária. A partir daí foi possível desenvolver-se um direito administrativo autônomo, que impõe à ação administrativa limites, bem restritos. Ressalta-se que “é no controle da legalidade administrativa que o juiz administrativo francês é inimitável e insubstituível pelo juiz ordinário.”²²⁶ Quanto à função jurisdicional, sua separação tem por objeto garantir aos interessados a equidade e a imparcialidade da decisão estatal. Por esta decisão se pronuncia o direito. Entretanto, a separação da jurisdição em relação às outras funções não constitui separação de funções materiais, pois a decisão emitida pelo poder judicial pode ter o mesmo conteúdo que uma decisão administrativa ou legislativa²²⁷. Daí então que a separação dos poderes tal como resulta no sistema positivo do direito francês, caracteriza-se por atribuir

²²⁵ Cf.: MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 839.

²²⁶ O mais fiel seguidor do modelo francês é a Turquia, onde em 1837 criou-se o Conselho Superior de Legislação Judiciária, que se firma em 1868, com a criação do Conselho de Estado, propriamente dito, dotado de competência jurisdicional. Além deste país o sistema francês inspirou Colômbia, Equador, Panamá, que atribuem ao Conselho de Estado plena competência para o contencioso administrativo. Entretanto, contrapondo-se ao sistema francês, alguns países consagram a solução anglo-saxônica e atribuem ao juiz judiciário o conhecimento exclusivo do contencioso administrativo. Entre eles, encontra-se a Dinamarca e a Noruega. Na Suécia, embora o ponto de partida histórico seja o mesmo da Dinamarca e da Noruega, qual seja, a plenitude da competência judiciária, o contencioso dos atos administrativos é submetido a um juiz especial, o Conselho de Governo (*Regeringsrätten*). Ressalta-se que o Líbano tinha que tinha adotado o sistema francês, em 1950, consagrou a plenitude de competência do juiz judiciário. (RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 200-204 e *passim*).

²²⁷ Na lição de Carré de Malberg, “A função jurisdicional é uma função que toma sua consistência menos do fato de pronunciar o direito que da maneira de pronunciar-lo.” (MALBERG, Raymond Carré de. **Teoria General del Estado**...*cit.*, p. 839).

a cada um dos órgãos ou autoridades do Estado, graus diferentes de poder. Nisto consiste a gradação dos poderes que nada tem a ver com a separação material das funções.

É, pois, com a coordenação dos poderes que o direito francês mantém a unidade do Estado e sua soberania. Ou seja, a soberania, ainda que repartida, é nacional. O povo não possui propriamente a soberania, pois têm somente um poder eleitoral; as Câmaras, por sua parte, não são verdadeiramente soberanas, já que seus membros possuem o poder parlamentar apenas por um período limitado de tempo.

Este é o ponto de vista que prevaleceu na França desde 1789 e que exerceu capital influência no direito público francês.

Ressalta-se que, enquanto a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu buscava a garantia da liberdade pública na repartição das funções entre titulares independentes; hoje, a separação se estabelece entre o corpo de eleitores e o corpo de elegidos; não se refere a funções materiais, mas tende a limitar a influência dos membros eleitos por sobre os eleitores. De outro lado, esta separação se funda num fato político que o filósofo não poderia ter previsto, qual seja, a força da opinião pública²²⁸.

Em suma, verificou-se que o sistema francês vigente é regulado pelos princípios fundamentais da separação das autoridades administrativas e judiciárias e da separação da administração ativa da contenciosa²²⁹ e que esses princípios têm sua origem nas leis revolucionárias de 16/24 de agosto de 1790 (art. 13) e de 07/14 de outubro de 1790²³⁰. Daí decorrem os seguintes corolários: (i) proibição dos tribunais judiciários de conhecer dos atos administrativos; (ii) instituição dos tribunais administrativos; (iii) direito atribuído à administração de reivindicar por meio de conflitos as questões

²²⁸ É fato que “O povo, por meio de eleições periódicas, tem em suas mãos a balança contra seus próprios representantes.” Esta frase de um publicista norte-americano, citada por W. Wilson é, segundo Carré de Malberg, perfeitamente aplicável à França. (MALBERG, Raymond Carré de. *Ibidem*, p. 862-863).

²²⁹ Sobre a separação das competências administrativa e contenciosa, conferir: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 454.

²³⁰ O art. 13 da lei 16/24 de agosto de 1790 dispôs, textualmente, que “as funções judiciária são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas.” Mais sobre tal artigo, conferir: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Idem*, p. 454 e MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução...cit.**, p. 25 e 28 (*2).

administrativas submetidas aos tribunais judiciais. Desta forma se exerce a jurisdição administrativa e se acha garantido o seu pleno funcionamento.

Situação diversa é a que ocorre no Brasil e Portugal, embora este último, ter em comum com a França, o fato de o Poder Judiciário não se constituir em um poder autônomo, mas sim em um “braço” do Poder Executivo.

2.4 O princípio constitucional da separação dos poderes no direito brasileiro e no direito português

Acompanhando as ideias da época, pelo menos do ponto de vista formal, a Constituição do Império do Brasil de 1824, também assentava no princípio da separação dos poderes, dividindo, entretanto, as funções do Estado, em quatro (art. 10 da CF). Ou seja, adicionou-se à clássica tripartição um quarto poder, o Moderador²³¹ (art. 98 e ss., da CF), conferido ao Imperador, ao qual também era confiada a chefia do Poder Executivo (art. 102 e ss., da CF), desequilibrando completamente a relação entre os poderes com uma nítida prevalência do Poder Executivo, exercido pelo Monarca²³².

A Constituição da República de 1891 adaptou ao Brasil o sistema constitucional de modelo norte-americano (assim como o México e a Argentina). O poder, reorganizado, foi distribuído entre a União e os Estados federados, e substituiu-se à tendência parlamentar um princípio de governo presidencial.

Já a Constituição de 1934 consagrou a justiça eleitoral; reforçou os poderes do congresso; previu formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais na linha da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar; introduziu o mandado de segurança.

²³¹ A esse respeito, conferir.: PINHO, A. P. Soares de. *Op. cit.*, p. 27.

²³² Nesse sentido, conferir: LOBO, Hilton e CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 814 e MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição...cit.**, p. 216 e 217 e *passim*.

Na Constituição de 1937, enquanto os Estados tiveram suas autonomias reduzidas, o Presidente da República teve seus poderes ampliados; passou a ser eleito por um colégio eleitoral para um mandato de seis anos²³³.

Contudo, é o constituinte de 1946 que inaugura a técnica de redação utilizada nas constituições posteriores para enunciar o princípio, substituindo a ideia de “coordenação” entre os poderes, presente na Carta de 1934, por “harmonia”, conforme, aliás, constava das constituições anteriores. Destaque-se que o constituinte de 1946, vedou expressamente o exercício concomitante de funções distintas pelo mesmo cidadão. No § 1º do art. 36 consignou-se que: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

Na Constituição de 1967, o parágrafo único do artigo 6º determinou que: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”²³⁴, disposição esta repetida no art. 6º da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.²³⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao enunciar sua sujeição ao princípio da separação dos poderes, também não inova, pelo menos formalmente. Reafirma, outrossim, a necessidade da independência e harmonia entre eles. Ficaram suprimidas do enunciado, todavia, as vedações expressas da delegação de competência e da acumulação de funções em diferentes poderes. No Título I - Dos Princípios Fundamentais, o art. 2º enuncia: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”²³⁶

Ressalta-se que a despeito da excessiva participação do Poder Executivo no processo legislativo, inclusive com a possibilidade de o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei (art. 62, CF/88); e, também da concentração exagerada de matérias reservadas ao legislador federal, por força da repartição vertical (entre União, Estados e Municípios) de competências, adotadas

²³³ Cf.: MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 218-221.

²³⁴ LOBO, Hilton e CAMPANHOLE, Adriano. *Op. cit.*, p. 280 e 383.

²³⁵ LOBO, Hilton e CAMPANHOLE, Adriano. *Ibidem*, p. 256.

²³⁶ Cf.: **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42. ed. ampl. e atual. até a emenda constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

pelo constituinte de 1988²³⁷, a limitação do poder no Brasil experimentou uma importante evolução, em especial com o reforço do papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos, da tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF de 1988).

Considerando, a adoção de importantes sistemas de controle jurídico do poder que, conforme adverte Nuno PIÇARRA, passam a constituir o núcleo essencial, o centro de gravidade do Princípio da Separação dos Poderes no Direito Contemporâneo, este princípio sai fortalecido do último processo constituinte popular de 1988.

Em Portugal, a Constituição de 1822 (art. 30) trazia, entre os princípios democrático, representativo e o princípio da igualdade jurídica e do respeito pelos direitos pessoais, o princípio da separação de poderes (legislativo, executivo e judicial) de tal maneira “independentes, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro” (art. 30). Gomes CANOTILHO conta que tal “afirmação tão clara destes princípios levou alguns autores a afirmar que a Constituição de 1822 iniciou não só a tradição constitucional democrática, mas também a tradição republicana.”²³⁸

²³⁷ A estrutura de poder, descrita pela Constituição Brasileira de 1988, caracteriza-se pela sua descentralização, que delimita competências e relações de controle segundo critérios territoriais (União, Estados e Municípios). É a repartição vertical de poder. Entretanto, sabe-se que a dimensão funcional da organização do poder do Estado tem em vista, principalmente, a repartição horizontal do poder por órgãos constitucionalmente constituídos para exercer as funções básicas do Estado. Ao lado do tradicional estudo da divisão dos poderes e interdependência dos órgãos de soberania, que recai na repartição horizontal dos poderes do Estado, o constitucionalismo moderno vem enfrentando o tema da divisão dos poderes numa perspectiva de repartição vertical de poder, que, na realidade, se traduz na busca pela eficácia e eficiência das tarefas e fins estatais; e, num maior equilíbrio e controle dos poderes do Estado. Esses são os motes que justificam a existência de estruturas descentralizadas de poder. (KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador: O Caso Brasileiro**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 28 e 29).

A descentralização estatal articulada com o princípio da divisão dos poderes, além de proporcionar uma maior integração entre Estado e comunidade, proporciona um equilíbrio entre os centros de poder, através de uma distribuição de competências entre o poder central e os entes federais ou regionais; proporciona ainda, uma interdependência entre tais poderes, através da cooperação recíproca na persecução do interesse público; e, ao promover esta coordenação desenvolve mecanismos de controles recíprocos de poder. Desta forma, como assinala Konrad Hesse, na divisão vertical dos poderes, pode-se encontrar os elementos da divisão horizontal dos poderes, sua correspondente imediata. (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha...cit.**, p. 188).

²³⁸ Sobre a Constituição de 1822, assinada em 23 de setembro deste ano e que vigorou até 4 de Junho de 1823, Canotilho esclarece que “Em termos práticos, pode dizer-se que o fim do seu primeiro período de vigência é imposto pela *Vilafrancada*, movimento contrarrevolucionário chefiado por D.

Já a Carta Constitucional Portuguesa de 1826 trazia entre seus princípios informadores o *princípio da divisão de poderes*, mas sem completa divisão de funções²³⁹.

Enquanto a Constituição de 1838 surge como *Constituição pactuada* e como uma *Constituição compromisso* entre os defensores da soberania nacional (vintista) e os partidários da Monarquia constitucional assente no princípio monárquico²⁴⁰, a Constituição de 1911 é o expoente e o coroamento do liberalismo democrático português²⁴¹.

O princípio fundamental é o da divisão tripartida dos poderes - executivo, legislativo e judicial - considerados “independentes e harmônicos entre si” (art. 6º). A independência é funcionalmente determinada, embora neste aspecto a Constituição republicana não seja tão clara como as constituições de 1822 (art. 30º) e de 1838 (art. 35º). Conclui-se, porém, e a doutrina assim o entendeu, que se visava fundamentalmente uma independência funcional - o “legislativo é independente quando legisla, o executivo quando administra, o judicial quando julga.”²⁴²

Embora tenha sido negado pelo regime da Constituição de 1933²⁴³, o Princípio da Separação dos Poderes reaparece na Constituição de 1976 com bastante clareza e com particularidades próprias da evolução da sociedade deste

Miguel, em 28 de maio de 1823. Em 3 de junho, o Rei dissolveu as Cortes, e por lei de 4 de Junho de 1824 declarou em vigor as leis tradicionais. Por sua vez, o Decreto de 10 de setembro de 1836, na sequência da Revolução de Setembro, estabeleceu a vigência do texto vintista, mas, como se verá, em termos muitos ambíguos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional** . 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 276 e 280).

²³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...cit.**, p. 289.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 299.

²⁴¹ Segundo Canotilho, “Isso mesmo se verifica no *catálogo dos direitos fundamentais* (condensados principalmente no art. 3.º), de claro sentido individualista, mas no qual se garantem as mais importantes liberdades públicas dos cidadãos. A fórmula-síntese é ainda a da Constituição de 1822. Tal como no texto vintista, garante-se, no documento republicano, a “inviolabilidade de direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 3.º). Como expressões do “*apport*” republicano para o constitucionalismo democrático devem salientar-se alguns pontos (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 319 e 321).

²⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...cit.**, p. 321.

²⁴³ Leciona Gomes Canotilho que, “A Constituição de 1933, na senda da Constituição de Weimar, formalizou, pela primeira vez, em Portugal, a Constituição econômica. (...) Consagrando a soberania nacional (art. 71º), o documento constitucional de 1933 individualiza como ‘órgãos de soberania’ o Chefe do Estado, a Assembléia Nacional, o Governo e os Tribunais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 334).

país²⁴⁴. Aqui a divisão dos poderes aparece como um dos elementos formais do Estado de direito, entendida como princípio impositivo da vinculação dos atos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida, e de uma ordenação relativamente separada de funções²⁴⁵.

Verifica-se que ao contrário do que sucedia nas Constituições liberais, não se fala em “Poderes do Estado”, mas em “separação e interdependência dos órgãos de soberania” (v. art. 114, n. 1, hoje 111, n. 1, e no art. 290, alínea f)²⁴⁶ ou em “separação e interdependência de poderes” (no art. 2º, após 1997)²⁴⁷.

Segundo Jorge Miranda “ao mesmo tempo em que se declaram a unidade e a indivisibilidade da soberania (art. 3º, n. 1), elevam-se a princípios fundamentais a autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e a autonomia do poder local (art. 6º), complementadas pelo princípio da subsidiariedade.”²⁴⁸

Na Constituição portuguesa de 1976 são dois os critérios de separação e interdependência dos órgãos de soberania (art. 114.71 da LFP), o horizontal (refere-se à diferenciação funcional) e o vertical (diz respeito à delimitação territorial das competências). Ambos andam associados, embora com prevalência do primeiro dada a estrutura unitária do Estado português (art. 6.71 da LFP)²⁴⁹.

No sistema português o Presidente é definido como órgão de garantia da independência nacional, da unidade do Estado e do funcionamento regular das

²⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 386.

²⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...cit.**, p. 370.

²⁴⁶ Ressalta-se que: “O princípio da separação e interdependência é um *princípio estrutural-conformador do domínio político*, sendo importante descortinar os vários “níveis” em que a separação e interdependência se pode situar: (1) no *plano funcional* interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução; (2) no *plano institucional* a separação de “poderes” incide especialmente sobre os órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais; (3) a nível *sociocultural* interessa articular o “poder” ou poderes do Estado com as estruturas sociais (grupos, classes, partidos).” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 687).

²⁴⁷ Cf.: Jorge MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 386 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 686.

²⁴⁸ *Idem*, p. 686.

²⁴⁹ Para Canotilho, “Enquanto a repartição vertical visa a delimitação das competências e as relações de controle segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controle e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...cit.**, p. 687).

instituições (art. 20) e recebe competências em relação aos outros órgãos, para a prática de atos próprios e nas relações internacionais (arts. 133 a 135).

A Assembléia é o órgão representativo de todos os portugueses (art. 147). Tem competência político-legislativa e é o órgão responsável pela fiscalização dos outros poderes (arts. 161 a 163). Já o Governo, além responsável pela condução da política geral do país, é órgão superior da administração pública (art. 182) com competências política, legislativa e administrativa (arts. 197 a 199). Quanto aos tribunais, cabe-lhes administrar a justiça em nome do povo (art. 202).

São mecanismos de interdependência e de articulação interorgânica²⁵⁰: a iniciativa legislativa (art. 167), a promulgação e o veto (art. 134, alínea *b* e art. 136), a iniciativa e a decisão de convocação de referendo (art. 115), a iniciativa de fiscalização da constitucionalidade (art. 134, alínea *g* e *h*; e art. 278) e a referenda ministerial (art. 140)²⁵¹.

Em solo brasileiro, no esquema traçado pelo regime presidencialista, o Presidente da República goza de ampla autonomia política. Além da concentração unipessoal de duas funções – Chefia de Governo e Chefia de Estado -, o que o torna dirigente supremo da política do país e representante do povo (art. 1º, parágrafo único), legitimado democraticamente, de forma direta - através do sufrágio universal e voto direto no processo político de sua escolha²⁵².

No regime presidencialista, tal como o brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros regimes de governo - como é o caso do regime misto (presidencialista-parlamentarista) português²⁵³, do regime parlamentarista italiano e do

²⁵⁰ Sobre controles intraorgânicos e interorgânicos, ver: LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 232 e ss., e MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003, p. 445 e ss.

²⁵¹ A esse respeito conferir, entre outros: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...cit.**, p. 728 e ss., e MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, p. 387 e 388.

²⁵² Ainda que o Congresso Nacional seja o verdadeiro órgão de representação, dado o pluralismo político (art. 17 da CF) que compõe a sua estruturação e organização interna, o Presidente da República, enquanto Chefe de Governo (art. 84 e incisos), ao possuir legitimidade democrática direta garantida pelo processo político de sua escolha (art. 77 e §§ e art. 14 da CF), torna-se, em última análise, representante do povo (art. 1º, p.u., da CF).

²⁵³ No que concerne à opção feita pela Constituição de 1976, no tocante à instituição do regime de governo, parte da doutrina encabeçada por Jorge Miranda, posiciona-se no sentido de o regime de governo adotado em Portugal ser o semipresidencialista. De outra parte, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira classificam o regime como sendo misto, por possuir características essenciais típicas tanto do presidencialismo quanto do parlamentarismo. Conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito**

semipresidencialista francês -, existe uma completa independência, no plano político, entre o Presidente da República, como Chefe do Executivo e o Congresso Nacional. Ou seja, enquanto naqueles sistemas o Presidente é escolhido pelo Parlamento e deste depende a sua manutenção, no regime presidencialista o Presidente é escolhido pelo povo, de maneira a possuir legitimidade democrática direta²⁵⁴.

Aponta-se que o regime presidencialista, em termos de poderes independentes, é a expressão mais próxima do esquema clássico da divisão de poderes idealizada por Montesquieu, no sentido de terem os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário funções próprias não exercitáveis por outros poderes, tendentes a equilibrar o poder nos contornos do Estado. Note-se que o filósofo não pregava a harmonia entre os Poderes, mas sim uma divisão entre eles, alcançada através de certas garantias constitucionais que os tornavam independentes uns dos outros²⁵⁵.

A independência ou separação absoluta dos poderes é garantida pela ausência de controles orgânico-institucionais recíprocos - ou controles primários, na designação Gomes CANOTILHO²⁵⁶ - entre o Presidente da República e o Congresso Nacional. O Presidente, enquanto Chefe de Governo, não pode ser destituído pelo Congresso Nacional, e este, por sua vez, não pode ser dissolvido pelo Presidente da República. Daí a afirmação de que os Poderes se encontram completamente separados ou independentes²⁵⁷.

Verifica-se que a função governativa do Presidente da República no regime presidencialista brasileiro é alargada e no âmbito funcional lhe são atribuídas competências legislativas, tal como a competência para iniciar o procedimento legislativo (art. 84, III, da CF); para elaborar leis delegadas (art. 68, *caput*, da CF); para editar medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI, da CF), em casos de

Constitucional...cit., p. 728; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.**, Tomo III, p. 322-327 e *passim*; e, SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Op. cit.*, p. 331-354.

²⁵⁴ Sobre as formas e sistemas de governo e, também, sobre as novas formas de governo, conferir: FACHIN, Zulmar. *Op. cit.*, p. 169-172; MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 322-327 e *passim*; e, SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Ibidem*, p. 331-354.

²⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 28.

²⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...cit.**, p. 705.

²⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 515 e 516.

relevância e urgência (art. 62 da CF). Daí Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO assinalar que “a tendência no regime presidencialista brasileiro, é que o Executivo transforme-se num ‘Supe-Poder’ entre os Poderes estatais.”²⁵⁸

Outra questão relevante diz respeito à responsabilização política do Presidente da República. Pela Constituição Brasileira de 1988, ao Presidente da República somente é atribuída responsabilidade política objetiva, ou seja, o Presidente somente será responsabilizado por crimes de natureza política (art. 85 da CF).

Já em Portugal, no que diz respeito ao regime de governo descrito pela Constituição Portuguesa de 1976 (regime misto), o Governo é duplamente responsável (art. 190 da CRP), ou, para explicar melhor, é responsável perante o Presidente da República, podendo este demiti-lo (art. 133 da CRP) para assegurar o funcionamento regular das instituições democráticas (art. 195, n. 2, da CRP) e, por outro lado, a Assembléia da República pode votar moções de censura ao Governo (art. 163, alínea e, da CRP), o que implica a sua demissão.

Uma peculiaridade do regime de governo português é que o Presidente da República é um órgão separado do Governo e da Assembléia da República e, que os controles orgânico-institucionais recaem apenas nos dois últimos. Neste tipo de governo, como o Presidente da República não depende politicamente do Parlamento, pode dissolvê-lo, em virtude de possuir legitimidade democrática direta.

Quanto a escolha do Presidente da República e da formação do Governo no regime português, o Governo é o titular da função governativa, onde é responsável politicamente perante o Presidente da República que, pelas características de suas competências, funciona como o fiel da balança no “jogo político” entre o Governo e Assembléia da República.

Enquanto no regime francês, o Presidente da República, no exercício da Presidência do Conselho dos Ministros, é o Chefe supremo do Governo, sendo este responsável pela administração pública. Já no regime adotado pela Constituição Brasileira, onde não existe nem a bipolarização do poder Executivo, nem os

²⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional...cit.**, p. 141 e 142.

controles primários típicos do parlamentarismo, pode-se afirmar que o Presidente da República não é responsável politicamente perante o Congresso Nacional²⁵⁹.

No Brasil, a articulação entre a legitimidade democrática direta e a concentração unipessoal da Chefia de Estado e Chefia do Executivo, combinadas com a subsistência de outras atribuições ao Presidente da República, como, por exemplo, as competências legislativas e o poder de veto (art. 84, V, da CF), concorrem, como já aludido, para a afirmação de que, no sistema presidencialista brasileiro, o Poder Executivo constitui um “super-poder”²⁶⁰, onde o Presidente da República é o expoente máximo da organização do poder político.

Neste sentido, difere da vertente presidencialista do regime francês, onde o poder Executivo se encontra bipartido entre o Presidente da República e o Governo. Por outro lado, ele possui legitimidade democrática direta, o que o distingue do sistema presidencialista norte-americano, onde o Presidente é eleito por sufrágio indireto (art. II, seção I, n. 2, da CEUA), possuindo assim legitimidade democrática “quase direta”.

Entretanto, para se evitar uma compreensão equivocada acerca do sistema constitucional brasileiro, cumpre ressaltar que o Presidente da República do Brasil possui amplas atribuições descritas pelas normas de competência, o que faz com que o Poder Executivo assuma uma posição central no âmbito da organização do poder político, ao contrário do que ocorre em outros sistemas de governo, como, por exemplo, nos de raiz parlamentarista.

Daí decorre que, se cabe à Constituição estabelecer normas de organização e competência, cabe também a ela determinar e limitar a forma do poder do Estado²⁶¹.

²⁵⁹ KADRI, Omar Francisco do Seixo. *Op. cit.*, p. 68 e 69.

²⁶⁰ Nesse sentido conferir: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves **Curso de Direito Constitucional**...*cit.*, p. 141 e 142 e MAYER, Deyse de Vasconcelos. O Presidente da República em Portugal e no Brasil: Interfaces numa Perspectiva Política e numa Visão Comparada. *In*: MIRANDA, Jorge. (Org.) *et al.* **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 544.

²⁶¹ KADRI, Omar Francisco do Seixo. *Op. cit.*, p. 79.

3. A DIVISÃO E INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA ORGANIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO CONTEMPORÂNEO

Na Constituição brasileira, pela expressão *divisão dos poderes* pode-se entender *independência* entre eles, o que se confirma nos capítulos dedicados ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, todos com a competência que lhes foi outorgada pela própria Carta política de 1988 para se autoadministrarem; é por isso, que cada um dos poderes exerce as suas funções típicas. Exemplos de funções típicas: do *Legislativo*, quando cria a norma geral e abstrata; do *Executivo*, quando pratica atos administrativos no exercício de sua função governamental, respeitando o princípio da legalidade em cada passo que dá na criação da norma individual e concreta; do *Judiciário*, ao exercer seu poder de *jurisdictio* (dizer o direito) dirimindo um conflito de interesses num caso concreto.

Neste tópico três, entretanto, além, de ser mostrada a capacidade de cada um dos poderes do Estado de exercer as suas funções típicas, também torna-se necessário demonstrar que a harmonia constitucional entre os poderes (interdependência) se expressa pela capacidade que cada um deles têm para o exercício de funções que não são originariamente suas. Como exemplo dos poderes no exercício de funções atípicas, pode-se citar: o *Legislativo*, ao poder julgar o Chefe do Executivo pelo cometimento de crime de responsabilidade (como ocorreu no caso do, então, Presidente Fernando Collor); o *Executivo*, quando faz vigorar a sua capacidade normativa por meio da edição de medidas provisórias, que têm força de lei; o *Judiciário*, ao ter passado a poder criar normas gerais e abstratas por intermédio das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal – capacidade esta que nunca foi do direito brasileiro ou dos países de tradição romano-franco-germânica, mas sim, daqueles países que seguiram a tradição do direito inglês (*common law*). Em suma, pelo enfoque moderno, o princípio da divisão dos poderes tem seu alicerce na distribuição de funções organicamente adequadas e na distribuição de competências funcionalmente ajustadas. Entretanto, cabe

ressaltar que ambas as distribuições se orientam em virtude da estrutura organizacional interna de cada órgão, de sua legitimidade, assim como, das aptidões especiais que cada um deles possui para desempenhar as funções que lhes são atribuídas pela Constituição.

Aponta-se que na realidade constitucional atual, o objetivo do princípio da divisão dos poderes consiste em ordenar a colaboração humana, constituir os poderes individuais, determinar e limitar suas competências, regular sua colaboração de maneira a conduzir à unidade do poder estatal. Para tanto é imperativo que se busque o equilíbrio e harmonização entre todos os poderes atuantes. Tal se dá com a determinação e coordenação apropriada entre as funções estatais, os órgãos aos quais se atribui o exercício dessas funções e as forças reais que se personificam nesses órgãos²⁶².

Assim, o princípio da divisão dos poderes e interdependência dos poderes do Estado, de um lado, afigura-se como o instrumento necessário à persecução dos fins estatais estabelecidos constitucionalmente; e, por outro, ao ser concretizado pelas normas regras organizatórias²⁶³, limita, equilibra e controla toda a forma de dominação, haja vista que este se articula em um sistema de competências e o poder canaliza-se através de um determinado procedimento jurídico²⁶⁴.

Considerando-se que a coordenação entre órgãos e funções pressupõe a colaboração ou cooperação entre os poderes do Estado, pode-se afirmar que o princípio da divisão dos poderes e interdependência dos órgãos do Estado significa equilíbrio e controle do poder.

E ainda, considerando que as competências constitucionais atribuídas a diversos órgãos, muitas vezes convergem para o exercício de uma mesma

²⁶² HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 369.

²⁶³ Na atual estrutura normativo-constitucional são duas as espécies normativas: princípios e regras. Nesse sentido e para maior elucidação do tema, entre outros, conferir: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86 e 87; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...***cit.*, p. 103-106; DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1995, p. 61 e ss.; e, ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Lei, Derecho, Justicia. Madrid: Trotta, 1995, p. 132 e ss.).

²⁶⁴ KADRI, Omar Francisco do Seixo. *Op. cit.*, p. 35.

função²⁶⁵, pressupõem-se interdependência entre tais órgãos. E, por fim, sendo a atribuição de competências informada pelo princípio da prescrição normativa²⁶⁶ que vincula os órgãos e seus titulares à forma jurídica, impõem responsabilidade ou corresponsabilidade.

Do ponto de vista jurídico, os atos do Estado constituem atos de legislação, de administração ou de justiça, segundo tenham por autores os órgãos legislativos, executivos ou judiciais. Qualquer outra classificação estaria desprovida de exatidão jurídica, ao encontrar-se em oposição com o sistema positivo do direito constitucional.

4. O PRINCÍPIO HOMÔNIMO DA DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. UM PRESSUPOSTO DA FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO?

Para uma melhor compreensão dessa temática, cumpre informar que embora o direito administrativo tenha nascido e se desenvolvido em um período marcado pela crença na completude das grandes codificações escritas, não se tem notícia de uma compilação própria desse direito, tanto que, até período muito recente, o direito administrativo francês era um direito essencialmente pretoriano, produto das contribuições do Conselho de Estado²⁶⁷.

Outro paradoxo diz respeito ao fato de que o direito administrativo embora tenha surgido em pleno período do Estado liberal, onde a grande preocupação era a proteção dos direitos do indivíduo, nasceu sob o signo do autoritarismo, pois reconheceu muitas prerrogativas à Administração Pública. Daí decorre a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: *liberdade-*

²⁶⁵ A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 62 que quando da adoção de medida provisória por parte do poder Executivo, esta deve ser submetida imediatamente ao Congresso Nacional, para efeitos de conversão em lei. Mais nesse sentido, conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...***cit.*, p. 489; HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 371 e *passim*; e, Jorge MIRANDA. **Funções, Órgãos e Actos Do Estado**. Lisboa, 1990, p. 5-10.

²⁶⁶ Nesse sentido conferir: MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 67.

²⁶⁷ Cf.: BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

autoridade. A liberdade é garantida por princípios como os da legalidade, isonomia, separação dos poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantem a supremacia do poder público sobre o particular²⁶⁸.

Luiz Henrique CADEMARTORI, o qual remete a elaboração de técnicas de controle da atuação discricionária estatal a períodos histórico anteriores ao Estado de direito, afirma que, justamente, “Desta constatação decorre a ideia de um Direito Administrativo anterior ao advento do Estado dividido em poderes com funções específicas (legislação, jurisdição e administração).”²⁶⁹

Foi a partir dos posicionamentos assumidos pelos doutrinadores italianos Aldo Sandulli, Feliciano Benvenuti, Guido Zanobini e Severo Giannini que a administrativista brasileira Odete MEDAUAR conclui que “se a Administração não estivesse separada dos outros poderes do Estado, não poderia existir um direito que lhe é próprio.”²⁷⁰

Para o administrativista francês Jean RIVERO entre os vários assuntos constitucionais o Princípio da Separação dos Poderes parece suscetível de ter incidência direta e decisiva sobre o direito administrativo. Entretanto, este autor tece

²⁶⁸ Ressalta-se que o Direito francês, sob inspiração dos princípios revolucionários, elaborou o princípio da legalidade (que na França corresponde à expressão “Estado de Direito” - criada pelo Direito alemão -, com o objetivo de proteger os direitos individuais. Entretanto, paradoxalmente, na França, a lei não é a principal fonte do direito administrativo, mas a jurisprudência elaborada pela jurisdição administrativa, mais especificamente pelo Conselho de Estado. Na França, falar em princípio da legalidade significa falar em submissão à jurisprudência elaborada pelos órgãos de jurisdição administrativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O Direito Administrativo Brasileiro sob a Influência do Sistemas de Base Romanística e da Common Law**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 8. Nov./Dez. 2006 /Jan.2007. Salvador).

²⁶⁹ Segundo Cademartori, “com relação à origem de um Direito Administrativo (...) entendido como o conjunto de normas legais e princípios que regulam as atividades da Administração Pública, Zanobini (Curso de Derecho Administrativo. Trad. De Héctor Masnatta. Buenos Aires: Arayú, 1954. V. I, p. 56-57), menciona a lei do 28 *Pluviose* do ano VIII (1800), na França da era napoleônica, como o ato que lhe dá nascimento. E o que embasa essa afirmação é que a citada lei deu à Administração francesa uma juridicidade na sua organização e tornou os seus preceitos obrigatórios no âmbito social. Esta lei tratava da organização administrativa do Estado francês e também sobre a maneira de solucionar os eventuais litígios que pudessem surgir contra a Administração Pública.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 33-37).

²⁷⁰ Conta Odete Medauar que, após a edição da citada lei de 1800, entre os autores que tiveram papel relevante na formação do direito administrativo e que, assim, formam o núcleo original da ciência desse direito encontram-se Romagnosi, com sua obra *Principi Fondamentali del Diritto Amministrativo onde Tesserne le Istituzioni*, de 1814; Macarel, que publicou, em 1818, *Les Éléments de Jurisprudence Administrative*. Um ano mais tarde, em 1819, criou-se em Paris a cátedra de Direito Público e Administrativo. Entre tais autores, Medauar cita ainda, De Geraldo, com a obra, em cinco volumes, *Institutes du Droit Administratif Français*, de 1830; Cormenin, autor do *Traité du Droit Administratif Français*, dois volumes, 1840. (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução...cit.**, p. 25-28).

críticas à afirmação de que a *Administração é ligada só pela lei*, pois entende que “estas análises baseadas, tão somente, na separação e na hierarquia dos poderes, não sejam, talvez, absolutamente determinantes.”²⁷¹

Nesse mesmo sentido Otto MAYER menciona como ponto de partida do direito administrativo “a existência de dois poderes que atuam; o legislativo e o executivo.”

O Poder Legislativo é o guardião da soberania absoluta, o Poder Executivo representa o lado do Estado pelo qual ele pode ser ligado. No entanto, aponta que o executivo não está ligado somente através da lei, mas também por regras de direito que não são obras do legislador, tais como jurisprudência, princípios gerais de direito e o costume²⁷². Claro está que para este autor a separação dos poderes não basta para explicar a razão desta vinculação.

Jean RIVERO chama a atenção para o fato de que Montesquieu, quando tratou das instituições inglesas, apresentou uma sistematização estranha ao espírito delas. Prova disso seria o escrito de Sir Maurice AMOS no sentido de que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu deveria ser considerada universalmente “como artigo liminar do credo de um governo livre, em todos os países, salvo naquele próprio país do qual o exemplo apresentado lhe tenha dado nascimento.” (*Constituição Inglesa*, p. 71).

Daí decorre que a submissão do Executivo ao Direito repousa em fundamento mais profundo e anterior à separação dos poderes – o do primado absoluto do direito sobre o poder. Ressalta-se que é a qualidade de *guardião da lei* que conferiu ao Parlamento inglês prestígio e preponderância e não o inverso.

Explica RIVERO que “na Inglaterra a vinculação da Administração ao direito decorre de uma realidade muito mais profunda do que a separação dos poderes, qual seja, “a sujeição do espírito público à lei tradicional, garantia das liberdades.”²⁷³

²⁷¹ Aponta-se que na concepção liberal tradicional do Estado de Direito, que prevalece na Europa Continental, estando presente também no direito administrativo alemão, no período clássico, a separação dos poderes é acompanhada da respectiva hierarquização. O legislador, emanção direta da vontade nacional, prevalece sobre o Executivo, mesmo quando este é, também, de origem eletiva. Da hierarquização dos órgãos decorre uma hierarquia dos atos. O Executivo está submetido à lei, portanto, é suscetível de ser controlado. (RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 176 e 177).

²⁷² MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: De Palma, 1949, p. 19 e 92.

²⁷³ Esclarece Jean Rivero que, “É conhecido o dito dos barões ingleses reunidos, em Parlamento: “*Nolumus leges Angliae mutari*” (não queremos que as leis da Inglaterra sejam mudadas). Liga-se

Como a prática bem o demonstrou não existe vínculo necessário entre a separação dos poderes e a jurisdição administrativa. Portanto, “aceitar ou recusar a *separação de poderes*, não tem, sobre a estrutura do direito administrativo, o alcance decisivo que se poderia supor.”²⁷⁴

Já do ponto de vista da concepção francesa - a qual constitui uma das principais construções jurídicas dos últimos séculos e daí decorre a grande influência que teve no desenvolvimento do direito público continental europeu e latino-americano²⁷⁵ - a jurisdição administrativa liga-se estreitamente à separação dos poderes.

No direito positivo francês, existe um laço lógico entre a opção constitucional para a separação e a entrega do contencioso administrativo a um juiz egresso do Executivo. Prova disso são a Lei de 7/14 de outubro de 1790 - que é constantemente visada nas decisões do Tribunal de Conflitos -, e a citação de ODET, no *Contentieux Administratif*, I/43, 1954, onde se lê: “em definitivo, a partilha das competências é baseado no princípio da separação dos poderes.”²⁷⁶

Conta MAIRAL que, Maurice Bourjol ao discorrer sobre as bases teóricas do direito administrativo, na parte relativa à fase revolucionária, menciona a separação dos poderes, indicando os conhecidos preceitos da lei de 16/24 de agosto de 1790 que proibiram a interferência das autoridades judiciárias na atividade legislativa e na atividade administrativa²⁷⁷.

este dito ao “*Serment du Sacre*”(Juramento da Sagração), pelo qual o Rei de França, se comprometia a manter os costumes. Assim, também, Fortescue afirma, no *De Laudibus Regum Angliae*, que “um Rei da Inglaterra não pode alterar as leis do reino, segundo sua vontade.” O primado político do Parlamento, na Inglaterra, é talvez menos a vontade do *primado da lei* do que o *efeito dele*. (RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 178).

²⁷⁴ Mais sobre tal posicionamento, conferir: RIVERO, Jean. *Ibidem*, p. 178-180.

²⁷⁵ Sobre tal concepção, ver: MAIRAL, Héctor A. *Op. cit.*, p. 57.

²⁷⁶ Nesse sentido Jean Rivero ressalta que, “O Francês é inclinado, então, a pensar que, de um modo geral, a posição tomada entre a separação num país acarreta, em matéria de contencioso administrativo, consequências decisivas, mas o exame da realidade de um lado e a reflexão de outro lado enfraquecem radicalmente este ponto de vista *a priori*.” (RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 181).

²⁷⁷ O art. 13 da lei 16/24 de agosto de 1790 dispôs, textualmente, que “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Também a lei do 16 fructidor ano III (2 de setembro de 1795) no mesmo sentido dispôs que: “Proibições reiteradas são feitas aos tribunais de conhecer atos da administração de qualquer espécie que sejam, sob as penas do direito.” (MAIRAL, Héctor A. *Op. cit.*, p. 57).

A esse respeito, conferir, também: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 454 e MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução...cit.**, p. 25 e 28 (*2).

Sobre os países que adotam ou não, na prática, a *separação do poderes* e a *jurisdição administrativa*, verificou-se que cada país retirou desse princípio, do ponto de vista da disposição do contencioso administrativo, consequências divergentes e até contraditórias.

Entre os países que adotam o princípio da separação dos poderes, encontram-se os Estados Unidos que tendo aderido, antes mesmo da França revolucionária, a uma separação rigorosa da separação dos poderes, levaram à dedução de uma total adesão ao sistema do *rule of law*, colocando-se, então, o princípio da unidade da função jurisdicional. Na Bélgica a interpretação do princípio é idêntica nas Constituições liberais do século XIX; eles fundamentam sua adesão à separação dos poderes com exclusão da jurisdição administrativa²⁷⁸. Mais contemporaneamente a Constituição italiana de 1948 optou, não obstante as discussões acerca do tema, igualmente, pelo princípio da separação dos poderes²⁷⁹. Diante de tais fatos afirmou-se que “a separação dos poderes, fundamento da

²⁷⁸ Em 1930, na decisão “Cassação, 05.11.1920, *Pasicrisie*, 1920, I/239”, a Corte de Cassação belga acentuava que “A Constituição em seus arts. 25 a 31 consagrou uma teoria da separação dos poderes que vê uma condição de liberdade política na repartição das funções públicas em três grupos distintos e independentes dos outros”. No Decreto de 16.07.1935 (*Pasicrisie*, 1935, I/324) o Procurador Geral Paul Leclercq comentava que “O Poder Judiciário é exercido pelas Cortes e Tribunais; constitucionalmente, não pode haver delegados ao Poder Judiciário a não ser os mencionados pelas Cortes e Tribunais, do que se conclui que as Cortes Administrativas, distintas das Cortes e Tribunais previstos pela Constituição, não pode exercer o poder chamado Judiciário pela Constituição.” (RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 182).

²⁷⁹ Na Constituição italiana o art. 102, no domínio da função jurisdicional, coloca o seguinte princípio: “A função jurisdicional é exercida por magistrados ordinários, instituídos e regidos pelos princípios da organização judiciária. Não se pode instituir juízes extraordinários ou especiais”. (É a adesão ao princípio liberal da unidade do juiz). Já o art. 103 consagra a existência do Conselho de Estado (apresentado como exceção às exigências da separação dos poderes e que isso decorre ainda do fato que esse artigo legitima, da mesma maneira, a Corte de Contas e os Tribunais Militares) e de outros órgãos da justiça administrativa para salvaguardar, diante da Administração Pública, os interesses legítimos, e mesmo sobre matérias particulares, fixadas pela lei, direitos subjetivos. Da redação deste art. 103, é possível depreender-se que a jurisdição administrativa italiana é apresentada como execução ao princípio da separação dos poderes, cujo artigo precedente definiu o alcance. A partir disso Rivero ressalta que “Ainda a exceção é muito limitada, pois o texto, fiel à distinção nascida na Bélgica para a interpretação da Constituição de 1831, reserva à competência administrativa a única “defesa dos interesses legítimos”, sendo a missão do juiz, normalmente, a de pronunciar-se sobre direitos, e não o autoriza a penetrar neste último terreno, propriamente judiciário, a não ser em virtude de texto expresse. Como prova dessa aceitação Rivero traz a citação de Franco Pierandrei (*A Constituição Italiana et al.* Cadernos da Fundação das Ciências Políticas, t. 18, p. 143), na qual: “O princípio da separação dos poderes, segundo o qual as diversas funções são atribuídas a órgãos distintos, prevaleceu. Os poderes fundamentais de legislação, de governo e de jurisdição são distintos.” (RIVERO, Jean. *ibidem*, p. 182 e 183).

jurisdição administrativa na França é paradoxalmente considerada por alguns como se a excluísse.”²⁸⁰

A essa afirmação Jean RIVERO contesta, trazendo o exemplo da Bélgica, a qual sem repudiar em qualquer ponto a Constituição de 1831 e a separação dos poderes, pôde, mediante a Lei de 23 de dezembro de 1946, fazer suceder a um regime de unidade de jurisdição, a atual partilha das competências contenciosas entre Tribunais Judiciários e Conselho de Estado. Daí este autor concluir que “diante de tal diversidade de soluções positivas entre os países que aceitam a separação é possível pensar-se que a existência ou a ausência de jurisdição administrativa não depende direta e exclusivamente do princípio da separação dos poderes.”²⁸¹

Quanto aos países que rejeitam o princípio da separação dos poderes afirma-se que eles não trazem qualquer esclarecimento à presente discussão de maneira que, segundo a concepção francesa que estabelece ligação entre *separação e jurisdição administrativa*, deveriam, então – a *contrario sensu* –, submeter o contencioso administrativo aos tribunais comuns²⁸².

Para um melhor entendimento acerca dessa matéria, cumpre esclarecer duas questões, a primeira diz respeito ao fato de como a partir desse princípio, que prescreve três funções distintas e três categorias de órgãos para exercê-lo, suscitou-se interpretações opostas e a segunda relaciona-se com o fato de que a interpretação francesa da matéria, embora tão aceitável como a “interpretação oposta”, seja a menos divulgada.

No que se refere à primeira questão, RIVERO situa o problema no que ele denomina de “equívoco” em relação ao contencioso administrativo, que pela própria natureza é um contencioso e que, portanto, requer o ato jurisdicional que é, normalmente, da competência do Poder Judiciário. Esclarece o autor que, embora

²⁸⁰ RIVERO, Jean. *Ibidem*, p. 183.

²⁸¹ RIVERO, Jean. *Ibidem*, p. 183 e 184.

²⁸² Segundo Rivero, na Rússia, o dilema “juiz ordinário” ou “juiz administrativo”, foi apenas substituído por uma terceira colocação, a do controle da Administração pelo Ministério Público, agindo de *ofício* e sem poder de decisão. E, que a Iugoslávia, embora fiel à concepção marxista da unidade de poder, em 1952 reconstruiu um sistema de julgamento do contencioso administrativo, que escapa também ao dilema clássico, ainda que por outra via. Neste país, à semelhança do Líbano, submeteu-se este contencioso à hierarquia judiciária, mas com especialização dos juízes nos escalões superiores. Conclui este autor que “não mais que a opção pela separação, a opção contra ela traz consequências diretas e necessárias no terreno da estruturação do contencioso administrativo. (RIVERO, Jean. *Idem*, p. 183 e 184).

pelo objeto o contencioso administrativo se situe no campo administrativo, estatuir sobre ele significa julgar. Ressalta que o ato jurisdicional levando à paralisação ou à confirmação do ato da Administração, acarretará numa imposição de modificação de comportamento. Assim, conclui que, seja considerado o contencioso, sob um ou outro enfoque, “torna-se possível atribuí-lo com lógica igualmente irrefutável, enquanto ‘contencioso’, ao Poder Judiciário, enquanto ‘administrativo’ ao Executivo”.²⁸³

Quanto à segunda questão, é também Jean RIVERO quem aclara quando afirma que tal situação não é obra do acaso, mas resultado do fato incontestado de que a separação dos poderes, em sua primeira inspiração, é liberal²⁸⁴.

Sabe-se que foi contra o Poder e para a proteção e garantia da liberdade individual que Montesquieu a teorizou. E diga-se que, os constituintes e seus sucessores, quando da elaboração das famosas proibições da Lei de 7/14 de outubro de 1790, embora baseando-se nela, cuidaram mais da proteção do Poder contra as censuras do juiz, do que da proteção do indivíduo contra o Poder²⁸⁵.

A finalidade da separação dos poderes, como já apontado, é a de assegurar ao particular um juiz imparcial que não se confunda com a Administração. Para Jean RIVERO, tal fim é atingido quando:

o contencioso é submetido a um juiz, pouco importando se pertence a esta ou àquela hierarquia, ou à natureza das modalidades práticas que lhe garantam a independência. Desde que a independência seja garantida (e, deste ponto de vista a palavra “inamovibilidade” não traz, em si nenhuma virtude exclusiva), o princípio da separação recebe satisfação em sua exigência mais profunda. A escolha entre duas soluções - o *juiz judiciário* e o *juiz administrativo*, igualmente independentes – depende apenas da técnica.²⁸⁶

É precisamente neste plano que o problema é hoje enfrentado, tanto na França como nos países anglo-saxônicos. Ademais, está claro que a separação dos

²⁸³ RIVERO, Jean. *Ibidem*, p. 185.

²⁸⁴ Cf.: CAVACANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 454.

²⁸⁵ Nesse sentido, afirma Rivero que, “percebe-se um desvio da teoria, posta a serviço de *finalidade* que lhe é estranha e mesmo contrária ao pensamento de Montesquieu, fato bem observado pelos liberais do século XIX, motivo pelo qual, neste terreno da finalidade, a interpretação deles é mais fiel.” (RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 186).

²⁸⁶ RIVERO, Jean. *Ibidem*, p. 186 e 187.

poderes, em sua acepção clássica, “não impõe nem proíbe coisa alguma, desde que a confusão entre as mesmas mãos do poder de julgar e de administrar se encontra conjurada, quer pelo recurso ao juiz judiciário, quer pela ação de um juiz administrativo independente.”²⁸⁷

Viu-se que, do ponto de vista de Jean RIVERO a opção democrática na ordem administrativa não produz consequências decisivas, autorizando soluções radicalmente divergentes. Daí ele assegurar que a separação dos poderes não é nem a condição necessária da ligação da Administração pelo direito, nem o fundamento de solução determinada ao problema do juiz administrativo.

O Estado subordinado ao direito aspira não só prevenir a desordem, mas também o arbítrio. A tendência é o alargamento do império do direito tão longe quanto o permitam as necessidades inerentes ao exercício do poder. Daí decorre o desenvolvimento da jurisdição e, sobretudo, dos recursos facultados aos particulares²⁸⁸.

Ressalta-se que em muitos Estados da América Latina fez-se a opção pelo juiz judiciário, de maneira que resta claro que - não obstante a estrutura federal, o controle da constitucionalidade das leis, a rígida separação dos poderes entendida em prol da autoridade judiciária - a influência do liberalismo continental misturou-se à contribuição americana²⁸⁹.

O Brasil está entre os países que optaram pelo juiz judiciário. Sabe-se que desde o fim da Monarquia, em 1889, a Constituição Republicana de 1891 dispunha que “A lei não poderá subtrair à apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão do direito individual”, estando, assim excluídos, em princípio, os Tribunais Administrativos²⁹⁰.

²⁸⁷ Cf.: RIVERO, Jean. *Ibidem*, p. 187.

²⁸⁸ Sobre a questão inércia da jurisdição vs. dinamismo social, conferir: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 33 e 34.

²⁸⁹ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 204.

²⁹⁰ Sobre os papéis históricos do juiz no Estado e o juiz na nova ordem estatal, ver: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Perspectivas do Direito Público...***cit.*, p. 252-270.

CAPÍTULO II - DO GOVERNO PELO PODER EXECUTIVO E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEUS ASPECTOS

1. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA DISCRICIONARIEDADE E SEU DESENVOLVIMENTO

Na França, do início do século XIX, com o intuito de definir as matérias que seriam de competência dos Tribunais Administrativos, era preciso distinguir as matérias contenciosas, sujeitas a controle, e as não contenciosas (*graciosas*), que escapavam completamente a esse controle²⁹¹. As matérias *graciosas* compunham o *jus polittiae* e formavam um poder autônomo do Estado, não limitado pela lei e não sujeito a controle pelos Tribunais Administrativos.

Segundo Odete MEDAUAR a existência dessa área livre de apreciação vem historicamente explicada, de modo paradoxal, como resultado da separação e equilíbrio entre poderes, tal como interpretada na França do século XVIII e depois difundida pelo mundo ocidental, onde o controle jurisdicional só poderia incidir sobre o aspecto da atividade administrativa referente à observância das leis; o controle efetuado pelo juiz não poderia traduzir-se em ingerência nas decisões relativas à conveniência e oportunidade do atendimento do interesse público²⁹².

Foi na segunda metade do século XIX que se abandonou a ideia de matérias *graciosas* ou absolutamente *discricionárias*, dando lugar a uma nova dicotomia em termos de atos administrativos passíveis de controle ou não pelo Poder Judiciário. Separam-se, então, dentre essas matérias, as questões de governo (ou políticas) que continuavam fora do controle judicial, dando origem à teoria dos *atos do governo* ou *atos políticos*²⁹³ e os atos administrativos propriamente ditos. Aponta-se

²⁹¹ Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88.

²⁹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução...cit.**, p. 194.

²⁹³ Sobre a gênese de tais atos de governo, Luiz Henrique Cademartori conta que, pode-se vislumbrá-la de uma forma mais nítida, observando que sua origem é de índole jurisprudencial e nasceu na França a partir das interpretações dos tribunais a respeito do art. 26 da Lei de 24.05.1872 que prescrevia que determinados atos não seriam suscetíveis de recursos diante do Conselho de

que esta situação é resultado de uma necessidade do Conselho de Estado Francês - órgão de cúpula da jurisdição administrativa que congregava atribuições legislativas e judicantes -, que diante da derrocada da ditadura napoleônica e restauração da Monarquia de Luiz XVIII, em 1815, perde o seu poder político e, para evitar qualquer confronto com o Poder Executivo, passou a impor limitações à sua própria competência, estabelecendo que as questões de governo ficavam fora do controle jurisdicional²⁹⁴.

Dentre os atos políticos havia aqueles atos considerados discricionários ou de pura administração que escapavam ao controle do Conselho do Estado pela simples ausência de um direito oponível a ele por parte do seu destinatário; contra tal medida só cabia recurso administrativo, por excesso de poder. Frise-se que esse recurso foi a primeira limitação à discricionariedade administrativa, que ficava limitada não só pela lei em sentido material (que protegia direitos individuais), mas também por leis em sentido formal (recursos por excesso de poder, nos casos dos vícios de incompetência e forma)²⁹⁵.

Ressalte-se que até hoje no Brasil observa-se a diferenciação entre “atos de governo ou políticos” e “atos administrativos, vinculados ou discricionários”. Historicamente, as Constituições de 1934 (art. 68) e de 1937 (art. 94), vedavam ao Poder Judiciário apreciar os atos de governo. Entretanto, com o advento da Constituição de 1946, criou-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão ao Direito.

Estado, nem seriam título suficiente para embasar reclamações de prejuízos sofridos. (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 51 e 52).

Mais sobre atos do governo ou atos políticos, conferir: GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 2. **La Defensa del Usuário y del Administrado**. Quinta edición. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, cap. VIII, 1-34 e MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...***cit.*, p. 35 e 36.

²⁹⁴ Sobre o Conselho de Estado Francês e a extensão do seu poder jurisdicional, entre outros, conferir: GORDILLO, Agustín. *Ibid*, p. VIII-7-9 e MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría General del Estado...***cit.*, p. 209 e 217.

²⁹⁵ Ressalta-se que quando um ato, tido por discricionário, esbarrava em um direito adquirido, ele deixava de ser discricionário e tornava-se suscetível de controle jurisdicional. Se, de outro, lado, atingisse direitos dos particulares, era considerado discricionário e, portanto, livre de apreciação por parte do Conselho do Estado. A única lei a ser apreciada pelos tribunais administrativos era a que protegia direitos individuais. Aos particulares, que tivessem seus direitos violados pela Administração, cabia recorrer aos recursos contenciosos. Os recursos por excesso de poder se alegava por ofensa à lei em sentido formal. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...***cit.*, p. 89).

Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO em sua obra *Princípios gerais de direito administrativo*, já afirmava que não se furtariam os atos de governo do controle jurisdicional em face da norma insculpida no art. 5º, inciso XXXV do texto constitucional (antigo art. 153, § 4º)²⁹⁶.

Aponta-se que no Início do século XX, o administrativista francês Maurice Hauriou e seus seguidores passaram a falar em moralidade administrativa, em boa administração, em polícia da administração, em oposição à legalidade material em sentido estrito e à polícia do sistema jurídico²⁹⁷. Foi a partir de tais conceitos que abriu-se um importante caminho para a elaboração da teoria do desvio de poder²⁹⁸, que no Brasil é também denominada teoria do desvio de finalidade²⁹⁹.

José dos Santos CARVALHO FILHO quando trata do tema referente aos poderes e deveres dos administradores públicos, distingue como formas de abuso do poder, o excesso e o desvio. Tem conduta abusiva por excesso de poder, o agente que atua fora dos limites de sua competência; e, por desvio de poder, quando o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo³⁰⁰.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta o momento da elaboração dessa teoria como “o grande passo no sentido da imposição de limites à discricionariedade administrativa”, pois, segundo esta autora, “pela mesma via do recurso por excesso de poder, que abriu as portas para o exame dos atos discricionários pelo Conselho

²⁹⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I, Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 417.

²⁹⁷ A esse respeito, conferir: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 89.

²⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro conta que, “pela teoria do desvio de poder”, elementos de moralidade administrativa foram incorporados à ideia de legalidade, para invalidar os atos praticados com finalidade diversa daquela que justificou a regra de competência. Depois a teoria dos motivos determinantes tornou possível o exame dos motivos pelo Poder Judiciário, para invalidar atos administrativos baseados em motivos falsos ou inexistentes. Hoje, o controle judicial amplia-se pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 233).

²⁹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução...cit.**, p. 195.

³⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. até 05.01.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39-42.

do Estado, passou-se a admitir o exame da finalidade do ato.”³⁰¹ Ou seja, passa-se a controlar, também, a moralidade na atuação administrativa³⁰².

Verifica-se que, se de um lado, a discricionariedade figura como o “resquício do antigo modo de governar que, desprezando a lei, consagrava julgamentos subjetivos dos governantes como critério último de juridicidade”³⁰³, ou, como quer Rita TOURINHO, “seria o arbítrio que não se confunde com a visão de discricionariedade dos dias atuais”³⁰⁴; de outro, a motivação da decisão é o *marco inicial* da diferença entre arbitrariedade³⁰⁵ e discricionariedade³⁰⁶.

Se não existe motivação amparando a decisão administrativa, o único apoio desta será a vontade de quem a adota, apoio esse inacatável em um Estado de direito que não dá margem para o poder puramente subjetivo. Porém, ressalta-se que não se trata aqui de simples motivação formal, mas que os motivos indicados,

³⁰¹ Segundo DI PIETRO, “Entendia-se que o desvio de poder ocorre quando a autoridade administrativa, embora usando de competência legal, pratica o ato com finalidade diversa daquela para a qual foi outorgado o poder de praticá-lo. Nesses casos, a autoridade decide com base em considerações que dizem respeito às normas da boa administração. Note-se que essas regras são consideradas essenciais à moralidade administrativa e eram postas pela lei, embora se referissem à competência, à forma e aos fins, não sendo consideradas lei em sentido material. A Administração estava, portanto, sujeita a dois tipos de normas: as normas legais em sentido material e as normas legais em sentido formal.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 90).

³⁰² Sobre a discussão sobre qual arresto teria sido o pioneiro a gerar tal controle sobre o desvio de poder ou finalidade, conferir: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 56 e 57 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 51.

³⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDÉZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Madrid: Civitas, 1986, p. 439 e ss.

³⁰⁴ Na concepção de Rita Tourinho, “Se, de um lado, a discricionariedade deve estar encoberta por motivação suficiente, discutível ou não, porém, sempre, considerável; a arbitrariedade, de outro, não traz motivação ou esta se apresenta contraditória, revelando-se, então, inautêntica. Ressaltam que Locke fixou um significado preciso do termo arbitrário, que alude não somente a um modo de governar identificado com o despotismo e a tirania, como também a raiz do poder que este modo de governar expressa um poder sustentado na vontade e no capricho de quem o detém, exercido com liberdade que não se presta a qualquer justificação.” (TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. Ação de Improbidade & Controle Principiológico. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 36).

³⁰⁵ Segundo Gabino Fraga, a “arbitrariedade vem do latim *arbitrarius* que, originalmente, era referente ao arbítrio do direito romano, qual seja, aquele cidadão romano a quem cabia aplicar uma fórmula preestabelecida para a solução de litígios.” (FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1952, p. 67).

³⁰⁶ O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto à arbitrariedade dos atos desmotivados. Nesse sentido, conferir: STJ, Recurso Especial 260.181 – Rio de Janeiro, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, em 14.11.2000, DJ de 19.02.2001, p. 207.

além de existentes, devem ser suficientes³⁰⁷, pois deveria ser prática comum agir tendo por parâmetro a ideia de que “O Direito exige sempre justificação, demanda razões, preserva a razão. Sua natureza é a de justificar decisões, atuações.”³⁰⁸

Em Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO encontra-se o motivo relacionado com razoabilidade, no sentido de que esta exige que o motivo seja adequável, compatível e proporcional, de maneira que o ato atenda sua finalidade pública específica e, que o objeto se conforme fielmente à finalidade e contribua eficazmente para que ela seja atendida³⁰⁹.

Segundo a lição de Lúcia Valle FIGUEIREDO a motivação passa ser:

princípio de cabal importância, pois não se pode dizer que a avaliação, feita pela Administração, seja discricionária, com total margem de liberdade. A competência da decisão será ‘do que sobrou’, depois das trilhas percorridas: interpretação e fixação técnica dos conceitos. É por meio da motivação que será possível verificar-se a razoabilidade, a congruência lógica entre ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a boa-fé da Administração, etc.³¹⁰

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta que no direito brasileiro a maioria dos doutrinadores reconhece a existência de um poder discricionário e de atos discricionários e que “realmente, não existe razão para negar-se suas existências, pois enquanto o poder discricionário existe *in potentia*, o ato discricionário existe *in actu*”. Explica ainda esta autora que mesmo antes da edição do ato, existe discricionariedade como poder da Administração Pública conferido pela lei para ser exercido no caso concreto. Ou, para explicar melhor, quando o poder é discricionário, o ato pelo qual esse poder se manifesta também é discricionário dentro dos limites definidos na lei³¹¹.

³⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**...*cit.*, p. 477.

³⁰⁸ TOURINHO, Rita. *Op. cit.*, p. 36.

³⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**...*cit.*, p. 37.

³¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 208 e 209.

³¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**...*cit.*, p. 96 e 97.

A lição de Juarez FREITAS é no sentido de que é necessário que se redefinam, tanto os conceitos de vinculação como os de discricionariedade, de maneira a adequar tais categorias às pretensões filosóficas contemporâneas do Direito. Observa este autor que a vinculação, na prática, está condicionada não só à legalidade, mas também aos princípios jurídicos. Daí, então, que o ato administrativo vincula-se, em maior ou menor grau, não apenas à legalidade, mas também aos princípios que regem as relações jurídico-administrativas, notadamente àqueles de vulto constitucional. Segundo ainda Juarez FREITAS, o mais correto seria afirmar-se que “há atos predominantemente vinculados e atos predominantemente discricionários”, e que, em ambos, “há total vinculação à legalidade e aos demais princípios jurídicos.”³¹²

Em linha semelhante, Germana de Oliveira MORAES entende que é necessário que se redefina a discricionariedade, antes plasmada em função da legalidade, agora, em função da juridicidade, que engloba regras e princípios, porque extraem fundamento de uma norma jurídica, mesmo que incompleta³¹³.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello discricionariedade não se traduz em campo de liberdade para que o administrador dentre várias hipóteses postas abstratamente pela norma, eleja qualquer uma delas no caso concreto, pois, que o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato³¹⁴. Ou seja, a discricção na norma de Direito conferida ao Administrador será sempre maior do que a que se apresenta na realidade³¹⁵.

³¹² FREITAS, Juarez. **Os Atos Administrativos e a Discricionariedade Vinculada aos Princípios. Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126 e 127 e *passim*.

³¹³ Sobre a abertura normativa ou complemento da previsão aberta da norma, como um dos elementos da discricionariedade, ver: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...cit.**, p. 45-48 e da mesma autora, **Aspectos Normativo, Fático e Axiológico da Discricionariedade**. Revista da Faculdade de Direito da UFC. Fortaleza: Imprensa Universitária, jan/jun, 1989.

³¹⁴ Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

³¹⁵ Explica Bandeira de Mello que, com isto, “Está-se afirmando que a liberdade administrativa, a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem até mesmo chegar a ponto de suprimi-las), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de sua finalidade.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional...cit.**, p. 36).

Frise-se que embora seja comum a discricionariedade aparecer identificada com a falta de controle jurisdicional, esta identificação não procede. Tanto que Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, no fim da década de sessenta, já havia afirmado que nem mesmo alguns atos praticados dentro da competência discricionária prescindiriam de motivação³¹⁶.

Segundo Luciano Ferreira LEITE “sempre que os motivos não existirem (aferição vinculada) ou forem inadequadamente qualificados (aferição discricionária) tais circunstâncias darão ensejo à sua invalidação”³¹⁷.

Pelo exposto (no n. 1, cap. II) conclui-se que a concepção clássica de discricionariedade, traduzível na impossibilidade de controle judicial concebida à época em que o Direito se identificava com o “direito por regras” (legalidade), precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea do “direito por princípios”³¹⁸, o que, segundo Luiz Henrique CADEMARTORI, implica, primeiro, em uma demarcação mais clara das esferas política e jurídica a fim de não confundi-las nem admiti-las de forma indiscriminada, e, segundo, na redefinição de categorias afins, como a do mérito do ato administrativo; e, de conceitos, também afins, tais como os de validade, vigência e eficácia do ato administrativo³¹⁹.

Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO é preciso que se estabeleçam limites precisos à oportunidade (relativos ao motivo) e à conveniência (relativos ao objeto), de maneira que na prática do controle possam ser identificados os padrões além dos quais se vicia a finalidade do ato, levando-o à nulidade.³²⁰

³¹⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, p. 471 e 472.

³¹⁷ LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: RT, 1981, p. 58.

³¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...cit.**, p. 41 e 42

³¹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 55 e 155.

³²⁰ Cademartori explica que insiste na tarefa - já intentada por Forsthoff, sem verdadeiro êxito - de uma nova sistematização acerca dos defeitos no exercício da discricionariedade porque acredita que as circunstâncias desde o segundo pós-guerra são outras; e, porque, além disso, desse esforço reconstrutivo, participa, também, Odete Medauar (Poder Discricionário da Administração. *In*: Revista dos Tribunais, ano 75, agosto de 1986, v. 610, p. 43 e 44), a qual traz teorias dos limites de Alessi, Mortati, Nunes Leal, entre outros. (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Ibidem*, p. 37).

Voltando à sistematização proposta por Moreira Neto, nela o autor parte de dois princípios técnicos, quais sejam: o princípio da realidade e o princípio da razoabilidade que, embora não tenham existência autônoma, servem de instrumento para que se afirmem os princípios substantivos. Tais princípios é que informarão a adequação do mérito do ato com o interesse público³²¹. Na concepção de MOREIRA NETO:

o Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. (...) Sob o padrão da realidade, os comandos da administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter sempre condições objetivas de serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade a que se destinam. (...) O perigo da violação do princípio da realidade é, ainda por cima, a desmoralização da ordem jurídica pela banalização da ineficiência e a vulgarização do descumprimento, além do pesado tributo do ridículo. A aplicação discricionária do Direito, não pode, em consequência, considerar existente, suficiente ou possível o que não é.

Quanto ao princípio da razoabilidade, explica este autor que não se trata de compatibilização entre *causa* e *efeito*, mas entre *interesse* com *razões*. Este princípio deve funcionar, então, como um limite à aplicação da discricionariedade de maneira a evitar aplicações mal intencionadas desta, que, por óbvio, se constituem em omissão de um dever legal de boa administração³²².

É, pois, sobretudo, no âmbito do controle jurisdicional dos atos administrativos, que tais parâmetros devem, obrigatória e primordialmente, ser observados.

Antes, porém, faz-se necessário verificar como se desenvolve o tratamento doutrinário da discricionariedade administrativa relativamente a outras categorias, tais como o mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo e os chamados conceitos jurídicos indeterminados.

³²¹ Segundo o entendimento de Moreira Neto pelo princípio da realidade o Direito deve voltar-se à realidade da convivência entre os homens, pois “são os fatos que regularmente *ocorrem* ou *podem ocorrer*, na natureza física ou convivencial, e só excepcionalmente e por disposição expressa na ordem jurídica acolhe ficções ou presunções. (...) “a vivência do Direito não comporta fantasias; o irreal tanto não pode ser a fundamentação de um ato administrativo quanto não pode ser o seu objetivo.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade...cit.**, p. 36 e 37).

³²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ibidem*, p. 37-39.

2. A DISCRICIONARIEDADE E O MÉRITO (OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA) DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina referente ao mérito do ato administrativo, que influenciou os juristas brasileiros, teve seu desenvolvimento no direito italiano³²³. Neste país, o mérito administrativo é relacionado com as regras de boa administração e apresenta-se como “a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos”³²⁴, traduzível em juízos de valor de oportunidade e de conveniência, juízos estes de difícil percepção, pois que compreendem aspectos subjetivos atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, razoabilidade, moralidade, etc., de cada procedimento administrativo³²⁵.

Aponta-se que tanto no direito francês quanto no alemão, ainda que se fale no princípio da oportunidade e conveniência, não se encontra qualquer menção expressa relativamente ao mérito do ato administrativo. Entre os doutrinadores italianos também parece não ser comum tal referência³²⁶.

No Brasil o autor que primeiro desenvolveu, de forma mais aprofundada, o tema acerca do mérito do ato administrativo, foi Miguel Seabra Fagundes, com um trabalho intitulado *Conceito de mérito administrativo*, cujos ensinamentos foram inseridos em sua obra *O controle dos atos administrativo pelo poder judiciário*, publicada pela primeira vez na década de quarenta.

³²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que o conceito do mérito, no direito italiano, é da mais alta relevância, tendo em vista que o controle exercido pela jurisdição administrativa abrange, nos casos taxativamente especificados em lei, o exame do mérito. Verifica-se que nas matérias em que o mérito fica sujeito a controle jurisdicional, a independência da Administração Pública fica sensivelmente reduzida. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 125-127).

De seu lado Cretella Jr. ressalta que exemplo desse conceito encontra-se em Miele que define o mérito como “o complexo de valorações necessárias para julgar a correspondência entre o ato e as normas não jurídicas ou ao critério que deveria ter guiado a edição do ato por parte de um bom administrador”. (CRETELLA JR, José. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 244 e 248).

³²⁴ CRETELLA JR, José. *Idem*, p. 244 e 248.

³²⁵ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 121-123.

³²⁶ Conta DI PIETRO que esse é o caso de Gianinni e Azzariti, que embora tenham obras dedicadas ao tema da discricionariedade, não tratam especificamente do aspecto relativamente ao mérito (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 124).

Não obstante hoje os ensinamentos de Seabra Fagundes não mais se amoldarem ao novo paradigma de Estado e de Administração Pública, são de inestimável importância para compreensão do tema, pois foi a partir de então que o Direito Administrativo brasileiro assume nova característica e de “estatuto do poder passa a ser o estatuto do cidadão diante do poder”. (...) “os tribunais passam a controlar os atos da administração pública, tal como ocorria, há muito na França, pelo Conselho de Estado.”³²⁷ Ao relacionar mérito com discricionariedade e afastar a possibilidade de seu controle judicial, Seabra FAGUNDES, consignou:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos *administrativos*. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão. (...) O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, à utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., de cada procedimento administrativo.³²⁸

Tais aspectos são resumidos por muitos autores no binômio *oportunidade-conveniência* e envolvem interesses e não direitos. Portanto, ao Judiciário são submetidos apenas os direitos individuais feridos pelo ato administrativo, nunca os interesses contrariados por ele. Nesse sentido Hely Lopes MEIRELLES, seguindo a lição de Seabra Fagundes, afirma que o mérito administrativo se consubstancia na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração Pública, no exercício de sua função, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar³²⁹.

³²⁷ Cf.: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. In: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, VIII-IX.

³²⁸ Segundo a concepção de Seabra Fagundes, os elementos que constituem o mérito são dependentes, além do critério político, de meios técnicos só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, de maneira que é vedado ao juiz penetrar no seu conhecimento, sob pena de substituir o administrador em sua função, pois o seu papel é apenas de contê-lo nos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso os transpôs (controle *a posteriori*). (FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 179-182).

³²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 158.

Outro adepto confesso da doutrina que encontra no *mérito* o “sentido político” da ação do Estado enquanto administrador³³⁰ é Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, segundo quem o mérito é o resultado da ação discricionária, enquanto a discricionariedade é a técnica, a atividade conferida por lei à Administração Pública para que esta, visando o interesse público, defina, abstrata e concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução³³¹.

Assim, a discricionariedade atua como a competência específica na valoração correta do motivo e na escolha certa do objeto, observando sempre os limites legais, os quais se referem à dupla dimensão do mérito, quais sejam: oportunidade e conveniência.

Segundo a lição de Germana de Oliveira MORAES ainda que o mérito pressuponha o exercício da discricionariedade, não se confunde com ela, pois a essência desta reside exatamente na liberdade de decisão, mediante a ponderação comparativa de interesses, tendo em vista a realização do interesse público geral, para o fim de complementar a norma aberta, e que para que tal se realize o administrador público recorre tanto a critérios positivados, tal como o princípio da proporcionalidade, quanto a critérios não positivados contidos nas regras de boa administração³³². Acerca do mérito Celso Antônio Bandeira de MELLO adverte:

não bastará invocar a expressão legal enunciativa de conceito fluído ou que dá liberdade de fazer ou não fazer, ou que permite praticar ato A, B ou C, para que o órgão controlador (interno ou externo) da legitimidade, seja o Judiciário, seja a Administração Pública, tenha que concluir que existe discricionariedade e que, por isso, não pode ser examinado a fundo o ato, sob pena de estar-se entrando no mérito do ato administrativo. É que isto não é “mérito” do ato administrativo.

³³⁰ Para Moreira Neto, “esse sentido político decorre da função de atender ao interesse público, para o desempenho do qual a administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei; trata-se, portanto, de uma *integração administrativa de legitimidade*. Ressalta que se os aspectos de oportunidade e conveniência serão definidos pelo administrador e que se essas definições compõem o mérito do ato administrativo, a discricionariedade exsurge como meio para que essa função possa ser exercida pela Administração.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**...*cit.*, p. 31-33).

³³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ibidem*, p. 22.

³³² Cf.: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**...*cit.*, p. 49 e 44, respectivamente.

Pois que, para este autor, mérito é:

o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.³³³

Sabe-se que a atividade administrativa se consubstancia no dever jurídico-funcional de, ante o caso concreto, escolher – conforme a lei e os critérios consistentes de razoabilidade - dentre pelo menos duas soluções cabíveis, a que atenda de modo ótimo o interesse de terceiros. Daí que este dever jurídico-funcional de encontrar o ato capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, envolve questão de legitimidade e não de mérito³³⁴.

Luciano Ferreira LEITE chama a atenção para o fato de que embora o mérito exista somente nos atos praticados pelas autoridades no exercício de suas faculdades discricionárias, ele não se confunde com discricionariedade. Explica o autor que o mérito “é apenas uma das formas de manifestação de atos praticados no exercício das faculdades discricionárias”, e que de fato o interesse público como elemento inerente ao ato, se manifesta segundo critério de conveniência e oportunidade, no entanto, “na apreciação do mérito, procede o agente à escolha do *iter* que melhor atenda ao interesse público”³³⁵.

O mérito administrativo já foi entendido como sinônimo de ato administrativo discricionário, entretanto tal entendimento não se manteve com a evolução da

³³³ Segundo Bandeira de Mello, “existe uma correlação lógica entre o fim a ser atendido e o meio a ser adotado. (...) mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou não fazer ou pode adotar o ato A ou B, este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que o Poder Judiciário (ou qualquer órgão controlador de sua legitimidade) verifique se ele guarda ou não guarda com elas a correlação lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade. O resultado deste confronto pode levar, inclusive, à total disparidade de discricionariedade, que embora existente ao nível da norma deixa de sustentar-se ante as peculiaridades de alguma situação em concreto.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional...cit.**, p. 37 e 38).

³³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*, p. 47 e 48.

³³⁵ Na lição de Ferreira Leite, “a atividade discricionária distinta do mérito é aquela em que o agente procura a solução mais adequada para seu agir na conformidade da hipótese normativa, qualificando os pressupostos de fato; ou quando se vale de critério subjetivo em decorrência de imprecisão linguística ou de conceito de valor contido na hipótese da norma; ou ainda quando escolhe entre várias soluções possíveis, a que melhor atenda ao interesse público, atento nessa hipótese, à finalidade da norma.” (LEITE, Luciano Ferreira. *Op. cit.*, p. 66 e 67).

análise dos elementos deste, cabendo-lhe, atualmente, apenas uma aproximação didática do primeiro conceito com os elementos não vinculados do ato administrativo, quais sejam: o objeto e, quando não vier expresso em lei, o motivo do ato. Isso restringiu a relevância do conceito de 'mérito administrativo', sendo pacífico que o ato administrativo discricionário não está imune ao controle jurisdicional de cunho material.³³⁶

Após essa breve ideia acerca do mérito relativamente à discricionariedade - e diga-se breve porque o tema será retomado, no capítulo III, quando da análise acerca da possibilidade ou não do seu controle pelo Poder Judiciário -, de maneira que se passará à apreciação do tema o qual Seabra FAGUNDES referenciou como "atos praticados no âmbito de uma competência fundada no que a doutrina alemã clássica convencionou chamar de conceitos jurídicos indeterminados."³³⁷

3. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Dentre os conceitos (termos) jurídicos existem os que no caso concreto aplicam-se ou não a partir de pura constatação, sem qualquer dúvida do âmbito material abrangido pelos mesmos. Outros conceitos, ao contrário, têm um amplo campo de significação, exigindo, assim, uma atividade interpretativa, através da qual se obterá o real sentido de cada conceito. São exemplos de conceitos indeterminados: a noção de "interesse público", "notável saber", "urgência", "bons costumes", etc.³³⁸.

Aponta-se que na França, tal como ocorre na Alemanha, não existe uma doutrina precisa sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Verifica-se nesses países uma tendência da jurisprudência em ampliar o controle da Administração

³³⁶ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 115 e 116.

³³⁷ Sobre tal referência, ver: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 192.

³³⁸ Sobre a indeterminação dos enunciados jurídicos, conferir: SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 21-64.

quando se trata desse conceito, o que é feito com relação ao exame dos motivos e mediante aplicação da teoria do erro manifesto e do princípio da proporcionalidade dos fins³³⁹.

Em Portugal, António Francisco de SOUSA ressalta que em sede de conceitos jurídicos indeterminados, a situação continua confusa. No que diz respeito à jurisprudência, embora os vários casos em que o Supremo Tribunal Administrativo exerceu o controle sobre tais atos aplicados pela Administração, as hipóteses se excepcionam e não indicam ainda uma “coerência lógica e critérios suficientemente claros nas decisões daquele órgão superior judicial”. É na doutrina que este autor aponta um quadro mais animador, porém, quando fala em quadro animador, está se referindo aos autores que negam a existência de discricionariedade quando a lei empregue conceitos indeterminados³⁴⁰.

Nesse sentido, o mesmo António Francisco de SOUSA afirma ainda “que o legislador ao valer-se de tais conceitos, pode ter várias intenções, menos a de atribuir o monopólio de interpretação e aplicação à Administração”. E mais, que “o fato de o administrador ser, muitas vezes, o primeiro a formular o juízo acerca da interpretação legal não o torna imune ao controle jurisdicional, pois a aplicação de tais conceitos resulta em uma única valoração, correta que é naturalmente a melhor de todas as outras”. Portanto, “a Administração está vinculada não apenas ao fim, como também à melhor aplicação possível com conceito.”³⁴¹

Florivaldo Dutra de ARAÚJO observa não haver dúvida quanto ao cabimento do exame por parte do juiz, em um litígio entre particulares, quando estiverem envolvidas questões relativamente à “boa-fé”, “mau-comportamento” ou “honestidade”. Da mesma forma, quando expressões dessa natureza surgem numa

³³⁹ Acerca dos principais marcos da evolução da doutrina dos “conceitos indeterminados” na França, Alemanha, Itália, Espanha e, sobretudo em Portugal, conferir: SOUSA, António Francisco. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, p. 1994, p. 34 e ss.

³⁴⁰ SOUSA, António Francisco. *Ibidem*, p. 17-22.

³⁴¹ Antonio Francisco de SOUSA rechaça o argumento de que haveria paralisação da Administração Pública mediante a supressão da discricionariedade administrativa por meio dos conceitos jurídicos indeterminados, pois tal fundamento não leva em conta os reais valores do Estado democrático de Direito. Ressalta que hoje, a Administração Pública, por imposição constitucional, além de dinâmica e interveniente, deve ser clara e transparente. (SOUSA, António Francisco. *Ibidem*, p. 18 e 82).

regra dirigida à autoridade administrativa, não haveria como dar um tratamento diferente, imaginando que, nessa hipótese, como que por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto³⁴².

O fato é que quando o direito administrativo estabelece normas que impõem à Administração, entre outros, o dever de atender ao *interesse público*, ao *bem comum*, à *conveniência do serviço*, etc., está, na realidade, abrindo caminho para a flexibilização das decisões, em função da infinidade de situações concretas a atender, na dinâmica sempre crescente das relações sociais que a Administração Pública tem que regular e fiscalizar³⁴³.

Embora no Brasil o tema dos conceitos indeterminados tenha sido pouco desenvolvido, não havendo posicionamento uniforme, ressalta-se que, no exame da discricionariedade sob esse aspecto, o direito brasileiro se enquadra na tendência dos que entendem que tais conceitos podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.³⁴⁴

Contudo verifica-se, também, no Brasil, a preocupação em se colocar a discricionariedade dentro de determinados limites, apelando para princípios como o

³⁴² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do ato Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.) **Temas de Direito Administrativo**: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110 e 112.

³⁴³ Aponta-se que a teoria que liga a discricionariedade aos chamados conceitos legais indeterminados tem sua origem na doutrina e jurisprudência do sistema jurídico germânico. Na Espanha, o problema dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu em 1962, através de um artigo de García de Enterría, publicado na Revista de Administración Pública, n. 38, sob o título *La lucha contra la inmunidades del poder en el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. No direito italiano os conceitos indeterminados são objeto de estudo a partir da distinção entre discricionariedade administrativa (a verdadeira discricionariedade) e discricionariedade técnica. Esta distinção nasceu na Áustria com Bernatzik e posteriormente, foi desenvolvida na Itália, sendo aceita, parcialmente na Espanha e Portugal. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 98-114).

³⁴⁴ Sobre o desenvolvimento desse tema no Brasil, conferir: TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa...cit.**, p. 43; e; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 114. Nesse sentido cumpre conferir, também e mais uma vez, a posição (supracitada) de Eros Roberto Grau segundo quem, “mesmo a doutrina dominante que deriva a discricionariedade dos conceitos indeterminados admite, e afirma, o dever, do Judiciário, de sindicat esses atos, que erroneamente chama de discricionários.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 217).

do interesse público e o da proporcionalidade ou razoabilidade. Mas, ainda assim, não foi superada a dificuldade em se definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, tais conclusões só podem ser extraídas, pelo exame da lei, em cada caso concreto³⁴⁵.

Germana de Oliveira MORAES, por sua vez, afirma que não há como negar a existência de uma categoria de conceitos indeterminados cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno. Segundo esta autora, a melhor base teórica para a identificação desses conceitos é a proposta por Walter Schmidt e aprimorada por Sérvulo Correia, os quais defendem que há um limite para o controle judicial das decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles conceitos cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão³⁴⁶.

Como já mencionado, existem hipóteses em que a lei, antecipadamente, determina a existência de mais de uma opção válida perante o direito, legitimando assim a ação discricionária, como acontece, por exemplo, no provimento de certos cargos públicos e no provimento de cargos em comissão. Ressalvadas essas hipóteses, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação de norma – juízo de legalidade – e não uma mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Enquanto, neste há uma restrição *a priori* do controle sobre a opção administrativa, naquele está em pauta o exame da existência e qualificação jurídica dos fatos³⁴⁷.

Já para Celso Antônio Bandeira de MELLO a noção de discricionariedade não se limita apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato

³⁴⁵ Segundo DI PIETRO, no direito alemão e no direito espanhol, encontram-se as posições mais extremadas no sentido de afastar qualquer discricionariedade quando se está diante de conceitos jurídicos indeterminados, mesmo quando se trate de conceitos de valor. É a posição de Tezner, Bühler, García de Enterría, Saíenz Moreno. No direito italiano e, em parte, no direito alemão, encontra-se posição mais liberal, que aceita certa margem de discricionariedade quando a lei utiliza noções vagas, indeterminadas, que impliquem apreciação pela Administração Pública segundo determinados critérios de valor. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 130 e 131).

³⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...cit.**, p. 69.

³⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988, p. 83 e 84.

administrativo -, pois ainda que o compreenda, envolve, também, o tema referente aos conceitos jurídicos indeterminados³⁴⁸, os quais para sua aplicação ensejam potencialmente, a discricionariedade administrativa, pois, segundo este autor “a discricção é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo.”³⁴⁹

Em posição contrária a Celso Antônio Bandeira de Mello se encontra Seabra FAGUNDES, o qual leciona que apesar de ambos os atos ter por finalidade o estabelecimento de uma maior liberdade da atuação administrativa, não se confundem uma vez que os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são resultado de uma opção do administrador, mas uma prerrogativa do legislador. Sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido³⁵⁰.

³⁴⁸ Segundo Bandeira de Mello, “É certo, entretanto, que as próprias opções fundadas em conveniência e oportunidade se entrelaçam de tal modo com a questão dos conceitos indeterminados residentes no pressuposto legal que não podem ser dela desprendidas, na medida em que para resolver-se, se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de direito, como conveniente ou oportuno tenha-se de resolver previamente sobre a aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional...cit.**, p. 27 e 28).

³⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, na esteira de Afonso Rodrigues Queiró, oferece uma classificação, segundo a qual a discricção administrativa pode decorrer tanto: (i) da *hipótese da norma*, por força da imprecisão do pressuposto de fato (motivo), ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluídos ou imprecisos. Exemplo de indeterminação no motivo é a hipótese em que a norma estabelece atendimento médico gratuito às pessoas “pobres” ou aquela em que a norma admite a elevação a certos cargos de pessoas de “notável saber”. Nos dois exemplos, existe uma zona de certeza e uma zona de incerteza; (ii) do *comando da norma*, quando nele se houver aberto, ao administrador, alternativas de conduta (liberdade) quanto à emanção do ato, em relação ao conteúdo ou em relação à forma e, (iii) da *finalidade da norma*, pois, ela, além de apontar para valores ou se reportarem a um conceito de valor, serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma. Quanto à finalidade, este autor entende que ela pode ser aplicada com o emprego de “conceitos práticos”, propiciando discricionariedade, como quando a norma, a fim de proteger a moralidade pública, determina a expulsão do cinema, das pessoas que se comportem de maneira indecorosa. Também aqui remanesce certa discricção para o administrador, porque “além de toda interpretação possível restará, afinal, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos”. Este autor esclarece que, embora se deva considerar que as causas determinantes da discricção residirão num desses três fatores, não é neles que a discricção vai se expressar, mas sim no conteúdo do ato praticado. Ressalta que é “na ocasião em que se pratica o ato, elegendo o ato tal ou o ato qual, uma vez que decidido o instante de praticá-lo (quando há discricção também quanto a isto), é na providência adotada que realmente se traduz a discricção”. Ressalta-se, entretanto, que nos casos em que a lei facultar à Administração *agir* ou *não agir*, em se verificando sua omissão na prática do ato, a discricção excepcionalmente, residirá nesta omissão. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*, p. 21-34).

³⁵⁰ Já dizia Seabra Fagundes que, é a lei que “deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo.” (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 192).

Eros Roberto GRAU vai mais além ao assegurar que, enquanto a discricionariedade presta-se tão somente a subverter a legalidade, os conceitos jurídicos indeterminados tratam-se de uma falácia, pois “se é indeterminado o conceito, não é conceito”; e a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos), logo, segundo este autor, “o mais adequado seria falar-se em *termos indeterminados de conceitos* e não *a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*.” Para este autor o preenchimento de tais conceitos não se opera no campo da discricionariedade, pois são técnicas distintas³⁵¹.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDÉZ, ao tratar dessa matéria, também não se reportam à fluidez das expressões da lei ou a conceitos jurídicos indeterminados para conceituar discricionariedade administrativa. Entendem ambos que, enquanto a discricionariedade envolve a liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas e a decisão a ser adotada se fundamenta em critérios não jurídicos e remetidos ao julgamento subjetivo da administração, os conceitos jurídicos indeterminados - que compreendem conceitos de experiência ou de valor - ao contrário, não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação, pois são um caso de aplicação da lei cujo processo não encerra qualquer interferência subjetiva do intérprete. Tais conceitos conduzem a uma única solução justa, por conseguinte, o juiz pode fiscalizar tal aplicação, avaliando se a solução alcançada é realmente a única solução justa que a lei permite³⁵².

Rita TOURINHO posicionando-se, também, ao lado daqueles que defendem a distinção entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, ressalta que nestes conceitos, que não são exclusivos do direito público, está-se diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, probidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem do exercício

³⁵¹ Segundo este autor o exercício do preenchimento desse conceito pela administração, supõe exercício de poder político, expresso em termos de discricionariedade. Esta, por sua vez, é inafastável, visto que, se as leis devem ser abstratas e gerais, por força haverão de ser expressas em linguagem de textura aberta – ainda que seja causa de insegurança entre os destinatários da norma e causa de permissão àqueles que têm a prerrogativa de tal preenchimento de agir com carga emotiva. (GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas...***cit.*, p. 315).

³⁵² Explicam esses autores que, embora a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados seja comum em todas as esferas do Direito e a matéria ganhe complexidade por tratar-se de normas de Direito Administrativo - já que a aplicação inicial desses conceitos é feita pela Administração -, não se deve confundir tal aplicação prévia com o uso do poder discricionário. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I...***cit.*, p. 393 e 394).

interpretativo para alcance do seu sentido, que poderão variar de acordo com o tempo e o espaço, não importa, porém sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social. O intérprete, ao desenvolver sua atividade, chegará a uma única solução para o caso concreto³⁵³.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que se não for possível ao intérprete chegar, pelo método da interpretação, a uma única solução, mas a várias soluções igualmente válidas perante o direito, devendo a escolha ser feita segundo critérios puramente administrativos (e não jurídicos), estar-se-á no campo da discricionariedade³⁵⁴.

Fernando SAÍNZ MORENO chama a atenção para o fato de que como inexiste uma distinção clara entre o conceito jurídico indeterminado e o conceito jurídico determinado, pois que a indeterminação é um elemento conato a qualquer conceito, não teria sentido, em princípio, falar-se em uma teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. No entanto, afirma este autor que o fato desta teoria ter possibilitado a exposição das razões através das quais todo conceito incorporado a uma norma jurídica, independentemente do grau de sua indeterminação, pode ser interpretado e aplicado de acordo com uma decisão “justa” em cada caso concreto, é razão suficiente para justificar sua existência³⁵⁵.

Régis Fernandes de OLIVEIRA, por sua vez, faz referência aos conceitos práticos em oposição aos conceitos teóricos. Afirma que nestes existe vinculação, pois são conceitos das ciências matemáticas e, por isso, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. Quanto aos conceitos práticos, podem pertencer ao mundo da razão prática onde a incerteza domina, onde não existe lógica de valor universal, mas concepções individuais,

³⁵³ Na concepção de Rita Tourinho, tanto nos conceitos jurídicos indeterminados ditos *de valor* - onde a aplicação desencadearia discricionariedade administrativa -, quanto nos conceitos denominados *de experiência* - que pressuporiam critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitiriam, portanto, concluir qual a única decisão possível -, há a necessária interpretação de norma que resulta em uma única decisão adequada para o caso concreto. (TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa...cit.**, p. 45).

³⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 123.

³⁵⁵ SAÍNZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 212 e 213.

subjetivas, de maneira que o juízo de subsunção não mantém o mesmo caráter de necessidade lógica. Neste caso existe discricionariedade³⁵⁶.

Para José dos Santos CARVALHO FILHO o conceito indeterminado na lei “se refere a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em seu enunciado, e, não obstante isso, é claro que pretende delimitar um pressuposto concreto.” Este autor, seguindo a doutrina moderna, entende que a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados constituem fenômenos jurídicos distintos, e, que em ambos se encontrará uma zona de incerteza, sendo, portanto, impossível generalizar o controle; este deverá ser executado diante da hipótese concreta, em todos os seus aspectos³⁵⁷.

Regina Helena COSTA, que adotando posição semelhante à de Celso Antônio Bandeira de Mello e citando a lição de Luciano Ferreira Leite, apela para o princípio da razoabilidade³⁵⁸, para concluir que em determinados casos, mesmo quando haja possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas, é possível, no caso concreto, chegar-se a uma única solução válida³⁵⁹.

O referido princípio tem, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “o condão de nortear a apreciação subjetiva do agente para uma solução que seria aceitável pela comunidade.”³⁶⁰ Lúcia Valle FIGUEIREDO observa, também, que “a existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja

³⁵⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 1978, p. 69-72.

³⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade**: Análise de seu Delineamento Jurídico...*cit.*, p. 28 e 41.

³⁵⁸ COSTA, Regina, Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 29, p. 79-108.

³⁵⁹ No que se refere à *razoabilidade*, explica Eros Grau, “esta foi cunhada no seio do direito administrativo, atuando como instrumento de controle do exercício de discricionariedade pela Administração”. (...) Para este autor razoabilidade e proporcionalidade “nada mais são do que postulados normativos da interpretação-aplicação do direito e não princípios. A proporcionalidade opera primordialmente no campo dos juízos de legalidade, informando a interpretação do direito. Logo, toda atuação da autoridade administrativa que supõe interpretação-aplicação do direito é informada pela proporcionalidade, importando a proibição do excesso. Ou seja, os órgãos do Estado devem, em todas as suas atividades, adaptar os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos, de maneira que a proporção adequada torna-se condição da legalidade.” (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**...*cit.*, p. 220-222).

³⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**...*cit.*, p. 97 e ss.

competência realmente ‘discricionária’ dentro de comportas angustas que a legalidade demarca.”³⁶¹

Verifica-se que a revisão da finalidade da legalidade administrativa, da maneira como se desenvolve, traz riscos para o Estado contemporâneo, pois, nesse quadro que se apresenta, nem a lei representa a vontade geral, nem o modelo apresentado parece gozar de legitimidade democrática. É, portanto, diante da inegável incompatibilidade entre o modelo iluminista e o perfil do Estado contemporâneo que Gustavo BINENBJOM sugere que “se proponha um novo sistema de legitimidade administrativa, sabendo-se dos riscos e limitações da solução que se apresenta.”³⁶²

Segundo Eros Roberto GRAU a doutrina do Direito Administrativo liberal construiu uma falsa legalidade, na medida em que a fragiliza, mediante a introdução, nela “deste autêntico cavalo de Tróia, a discricionariedade”. Para este autor a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não das circunstâncias de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas³⁶³.

³⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: poder ou dever? In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988...***cit.*, 1986, p. 127-134.

³⁶² BINENBJOM, Gustavo (N. A.). In: SEABRA FAGUNDES, M. *Op. cit.*, p. 121.

³⁶³ Segundo Eros Grau, essa verificação será prontamente contestada, pelos que aderem à doutrina brasileira da discricionariedade, sobretudo por Celso Antonio Bandeira de Mello (Discricionariedade e controle...1992/39) mediante alusão ao argumento do porte de arma, segundo o qual a autoridade policial pode, discricionariamente, permitir ou não permitir, indistintamente, a umas e a outras pessoas, o porte de arma (Decreto federal n. 92.795, de 18.6.1986, art. 3º e §§ 1º e 2º). Exerce essa liberalidade a autoridade policial, porque não se pode da norma extrair objetivamente uma solução inequívoca que informe quando o porte de arma deve ser outorgado, quando não deve ser outorgado. Tal decreto prova que a discricionariedade, também neste caso, é atribuída por lei, de maneira que a segunda parte de tal argumento também resta equivocada. Para Eros Grau “apenas em determinada hipótese cabe aludirmos a uma discricionariedade judicial, porém também expressamente atribuída pela norma ao juiz. Refiro-me à discricionariedade que o juiz pode exercer ao decidir no âmbito da jurisdição voluntária. Não estará ele então, nos termos do que expressamente define o art. 1.109 do CPC, obrigado a observar critério de legalidade estrita; poderá adotar, em cada caso, a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. Apenas nessa hipótese poderá a autoridade judicial exercer discricionariedade, contudo porque a tanto expressamente autorizada pela norma processual. Formulará, então, juízo de oportunidade (adotará, em cada caso, a solução que reputar “mais conveniente ou oportuna.” (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e do Direito Pressuposto...***cit.*, p. 222-224).

Segue afirmando Eros GRAU que a doutrina enreda-se novamente em equívocos quando confunde juízo de oportunidade e juízo de legalidade³⁶⁴. Diz que “é inquestionável o fato de que, no exercício da discricionariedade, a autoridade administrativa formular juízos de oportunidade” e que “a alusão às circunstâncias de tais juízos respeitarem exclusivamente à *ocasião* em que o ato deve ser praticado, ou à sua *utilidade*, ou ao *conteúdo* do ato, é ademais, preciosa, na medida em que plenamente adequada à legalidade”.

Considerando que inexistente, quer para o direito público quer para o direito privado, qualquer perspectiva fora da legalidade, Eros GRAU, insiste que:

Cumpre-nos restaurá-la, o que impõe tomarmos a discricionariedade como uma *técnica da legalidade*, recusando a doutrina que admite a convivência, no Estado de direito, da própria *legalidade* com uma injustificável categoria de “juízos discricionários”. Insisto em que, tal como produzida pela nossa doutrina, a concepção de discricionariedade fragiliza a legalidade, permitindo a introdução, nela – repito-o -, de um autêntico cavalo de Tróia. Denunciando a afronta à legalidade, visando à restauração de sua dignidade, na lembrança daquele que personifica o ideal de jurista, íntegro e digno, honro a sua memória.³⁶⁵

Tendo em vista que hoje é postulado geral da ciência jurídica a tese de que não existe norma sem interpretação e visando um maior esclarecimento acerca dessa matéria, faz-se mister trazer aqui a lição de Miguel REALE segundo quem o problema relativamente à interpretação das normas jurídicas pode ser resolvido, partindo-se do pressuposto de que toda norma jurídica é modelo de comportamentos possíveis, e como tal deve ser interpretada conjugada ao ordenamento jurídico, observando-se os fatos e valores que a constituíram, bem como os fatos e valores que dela sobrevivem³⁶⁶.

Sabe-se que a tarefa de interpretação e aplicação do texto requer do intérprete o domínio não só de critérios formais, mas daqueles essencialmente substantivos ou de cunho valorativo. Assim, Marília Lourido dos SANTOS assegura que:

³⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. *et al.* Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. (Org.). **Perspectivas de Direito Público**: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 312.

³⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto...cit.**, p. 224.

³⁶⁶ REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 80.

A racionalidade da interpretação de tais normas constitui tanto uma necessidade quanto um desafio. Necessidade porque a argumentação constitui fator de legitimação e utilidade de decisão proferida pelo intérprete e aplicador da norma, na medida em que produz confiança acerca da justiça e conveniência da decisão e, conseqüentemente, da interpretação. Desafio porque a ausência de critérios objetivos pressupõe uma análise de ponderação de valores, incomensuráveis em si mesmos e, portanto, insuscetíveis de hierarquização, ou seja, de organização em escala de relevância. Assim, racionalizar os critérios de decisão não pode significar apenas conferir-lhe maior objetividade, mas sim, utilizar critérios que forem adequados, isto é, mais eficientes para conduzir ao fim que se almeja, em atenção ao sentido teleológico do direito.³⁶⁷

Na concepção de Eros GRAU interpretação e prudência são sinônimos. Assim, o verdadeiro intérprete, ao produzir norma, “pratica a *juris prudentia*, não a *juris scientia*”, pois todo intérprete autêntico, estará vinculado ao texto de direito, sobretudo, àqueles que veiculam princípios. Logo, interpretar o direito é formular *juízos de legalidade* (que é atuação desenvolvida no campo da prudência), por esta razão, nega-se a possibilidade de o intérprete autêntico produzir norma livremente no exercício da discricionariedade, pois esta é exercitada no campo onde se formulam *juízos de oportunidade*³⁶⁸.

Portanto, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados viabiliza ao operador do Direito o exercício de seu dever de adotar a decisão que atenda à finalidade legal, o que, de modo algum, tem a ver com discricionariedade administrativa. É a multiplicidade de possíveis situações, não passíveis de serem previamente detalhadas pelo legislador, que justifica o uso de tais conceitos, os quais, como já assentado, diante de circunstâncias fáticas, conduzem a um único resultado para o caso concreto.

Em suma, a indeterminação dos conceitos jurídicos somente concerne ao seu enunciado e não a sua aplicação, que permite, a princípio, uma única solução justa, verificados critérios de tempo e espaço. Diferentemente, na discricionariedade, apresenta-se um conjunto opcional de soluções, devendo ser escolhida aquela que melhor convenha ao fim que recomenda o ordenamento jurídico³⁶⁹, tendo sempre

³⁶⁷ SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 179.

³⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade...***cit.*, p. 323-329.

³⁶⁹ Nesse sentido, conferir: TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa...***cit.*, p. 46.

em vista a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, sobretudo os sociais básicos, como o direito à saúde e à educação.

4. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

Segundo Paulo BONAVIDES, o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais capazes de garantir e tornar efetivos os direitos sociais básicos. Não obstante as dificuldades, este autor reconhece que o Estado social da Constituição de 1988 em muito avançou com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. Tanto que proclama que o Estado Social brasileiro é “de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante.”³⁷⁰

Com a expansão do constitucionalismo social a partir da segunda metade do século XX passou-se a recorrer à via judicial para garantir os então proclamados “direitos sociais”. Contudo, com a tomada de consciência de que esses direitos significavam um direito à realização de políticas públicas, necessárias para sua efetivação e universalização, passou-se a questionar acerca da competência do poder judiciário no controle dessas políticas.

Quais seriam, então, na prática, os instrumentos processuais adequados para lograr a exigibilidade judicial dos direitos sociais, aqueles direitos básicos, formalmente postos na Constituição; e, em que medida o judiciário poderia intervir no planejamento e execução das políticas públicas sem, no entanto, invadir a esfera de competência do poder Executivo e do poder Legislativo?

Diante de tais inquietações o próprio Paulo BONAVIDES sentencia que, embora seja muito cedo para antecipar conclusões acerca de como essa garantia possa se concretizar na prática, não é tarde para afirmar que, pela amplitude de tais

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...cit.**, p. 373 e 374.

direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobretudo limitados, “já se armam os pressupostos de uma crise constitucional, que nada mais é que a própria crise constituinte do Estado e da Sociedade brasileira, na sua versão mais arrasadora e culminante desde a implantação da República neste país.”³⁷¹

Sabe-se que tipicamente os direitos sociais, ao contrário dos direitos tradicionais - onde o poder público deve atuar negativamente, de modo a impedir sua violação -, requerem para sua execução a intervenção ativa do Estado, frequentemente prolongada no tempo³⁷².

Assim, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo, pois que exigem a ação permanente do Estado, “com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamento desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”³⁷³, motivo pelo qual, Ingo SARLET atribui razão à J. J. Gomes Canotilho quando este enfatiza a necessidade de “cimentar juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais³⁷⁴. Segundo ainda Ingo SARLET:

é precisamente em função do objeto precípua destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.³⁷⁵

³⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 373.

³⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9-13.

³⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 41.

³⁷⁴ Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296.

Acerca da conceituação do que sejam os direitos sociais, direitos prestacionais e políticas públicas, conferir, entre outros: Robert Alexy (**Teoría de Los Derechos Fundamentales...cit.**, p. 482); e, Marco Maselli GOUVÊA (Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: GARCIA, Emerson (Coord.). *Op. cit.*, p. 322-328).

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 296 e 297.

A Constituição Federal de 1988, como é tradição do direito brasileiro desde 1934³⁷⁶, consagra direitos sociais, com a diferença que lhes atribui feição de direitos fundamentais, constituindo, em razão disto, direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição³⁷⁷. Além disso, estabeleceu-se nos arts. 193 a 232 - dedicados à Ordem Social -, um conjunto de diretrizes da ação dos poderes públicos visando sua eficácia³⁷⁸. Ou, para explicar melhor, reconheceu-se a existência de um núcleo de direitos sociais, oponíveis ao agir comissivo do Estado e dos particulares, sem o qual a consagração dos direitos de índole liberal (segurança, liberdade de ir e vir, incolumidade física) se torna retórica vazia³⁷⁹.

Paralelamente a estes fatos se desenrolava no Brasil a chamada “crise do Estado Social”, mas, não obstante tal crise, assistiu-se a desregulamentação e deslocamento de determinados interesses sociais para o campo próprio das políticas públicas, fazendo surgir novos mecanismos de controle da atividade estatal, através de órgãos com participação da sociedade organizada e legislações mais dinâmicas, voltadas à busca de eficiência³⁸⁰. Contudo, cumpre ressaltar que tais instrumentos de controle não foram criados em substituição aos instrumentos, anteriormente, previstos na Constituição Federal³⁸¹.

³⁷⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que, “Entre os direitos sociais enumerados, já estavam na redação primitiva da Constituição o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança e à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. A eles a Emenda n. 26/2000 acrescentou o direito à moradia.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional...cit.**, p. 312).

³⁷⁷ Segundo Ingo Sarlet, “a exemplo das demais normas constitucionais e independente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 297 e ss.).

³⁷⁸ Ressalte-se que a despeito das reformas implementadas na Constituição de 1988 algumas iniciativas demonstram que o caráter social originário desta Carta não foi desvirtuado. Como por exemplo, a supracitada (v. n. 410) Emenda Constitucional n. 26/2000 que veio reafirmar o status constitucional do direito à moradia e a Emenda n. 31/2000 que instituiu os Fundos de Amparo à Pobreza. Outras emendas estabelecem vinculações entre arrecadação e alocação de recursos na saúde e no ensino, públicos.

³⁷⁹ GOUVÊA. Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 310.

³⁸⁰ Sobre os remédios de Direito Constitucional no direito brasileiro, conferir: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional...cit.**, p. 313 e ss.

³⁸¹ Na lição de Gouvêia, embora a história do Direito Público no Brasil se traduza numa gradual extensão do espectro de prestações juridicamente exigíveis, tanto aqui como em outros países, as

Registra-se que os Estados Unidos, na década de 60, já se dedicavam à experiência de implementação de direitos prestacionais através da atividade judicial. Contribuíram para esta situação, além da já conhecida potência econômica deste país, o amadurecimento da tutela coletiva (*class action*) e mandamental (*injunctions*), os movimentos sócio-culturais de valorização das mulheres, dos negros, dos jovens e dos homossexuais, evidenciando uma preocupação solidarista que se mostrou fundamental para a reversão da mentalidade dos tribunais deste país, originalmente contrários à implementação coercitiva dos direitos sociais³⁸².

De outro lado, ressalta-se que três importantes reformas estruturais demonstram a possibilidade de superação dos limites impostos pela discricionariedade em um país cuja organização do Estado, em especial no tocante à divisão dos poderes e à adoção do princípio federalista, apresenta pontos de coincidência com o Brasil: os *mental hospital cases*, os *school desegregation cases* e os *prison reform cases*³⁸³.

iniciativas do Poder Judiciário, no sentido de controle dos Atos Administrativos, especialmente quando adentra aos aspectos de conveniência e oportunidade, têm sido inibidas pelos tribunais superiores. Nesse sentido, critica-se a afirmação de que o Direito Público caminha para a eliminação ou limitação externa da esfera de discricionariedade. (GOUVÊA. Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 311).

³⁸² Cf.: GOUVÊA, Marco Maselli. *Ibidem*, p. 313 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional...***cit.*, p. 312.

³⁸³ Os primeiros foram um conjunto de ações e judiciais que alteraram o perfil do sistema de atendimento nos hospitais psiquiátricos públicos. Em 1984, após anos de trâmite nas instâncias inferiores, a Suprema Corte norte-americana decidiu no caso *Halderman vs. Penhurst State School and Hospital*, que Halderman, um interno neste hospital, tinha direito ao cumprimento, por parte do Estado, de sua própria legislação. Quanto aos casos de dessegregação do sistema educacional, a Suprema Corte, no caso *Brown vs. Board of Education*, enfrentou e rejeitou a doutrina do *equal but separate* que norteava a política de convivência inter-raciais ou interétnicas naquele país. A partir daí, generalizaram-se as ações visando condenar os governos estaduais e distritais a aparelhar adequadamente suas escolas, bem como a construir escolas onde não existissem em número suficiente. Entre as muitas ações afirmativas, criou-se o sistema de quotas para alunos de origem indígena, africana e hispano americana. Entretanto, recentemente, no caso *Michigan*, a Suprema Corte decidiu que a condição racial não podia ser tomada como critério exclusivo de inclusão dos mesmos nas quotas. Os casos das reformas dos sistemas prisionais são apontados pelos analistas como os mais complexos dos movimentos de implementação de prestações positivas através da *structural injunctions*. Até meados da década de 60 (*hands off era*), cabia ao Poder Executivo decidir sobre tal sistema, porém, em 1965, a Corte Federal de Arkansas, no caso *Talley vs. Stephens*, decidiu que algumas medidas adotadas pela prisão *Cummins Farm*, eram incompatíveis e desrespeitosas à Oitava Emenda (A emenda n. 8 dá conta de direito potestativo à punição proporcional ao delito, bem como às multas justas). Com o tempo declarou-se que tal instituição atuava de forma, totalmente, contrária à Constituição norte-americana, de maneira que editou-se uma série de ordens (*injunctions*) visando sua reforma completa. Outras iniciativas semelhantes se propagaram, inicialmente pelos estados do Sul e, depois por todo o país. De 1965 a 1975, prisões de metade dos cinquenta estados e sistemas prisionais de cinco estados foram reformulados através de decisões judiciais. Na década seguinte as reformas alcançaram prisões de trinta e cinco estados e o sistema prisional de outros nove estados. Em 1995 a *American Civil Rights Union* (ACLU) estimava que, à exceção dos estados de Minnesota, Nova Jersey e Dakota do Norte, todos os estados norte-

No Brasil, após 1988, identificam-se dois gêneros de direitos sociais de cunho prestacional, cuja implementação judicial vem sendo reiteradamente postulada: os referentes à saúde, em especial ao fornecimento público de medicamentos e equipamentos para tratamento de doentes; e, os ligados à proteção da criança e do adolescente.

Enquanto o primeiro gênero tem logrado obter consagração jurisprudencial; o segundo, o qual abarca as garantias estabelecidas no art. 227 da Constituição e na Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) encontra, frequentemente, resistência em contra-argumentos, ligados à noção de discricionariedade, que lamentavelmente lhes retiram a efetividade³⁸⁴.

É preciso considerar-se, seriamente, que os direitos sociais a prestações não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas que se encontram vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para os que deles necessitam³⁸⁵.

Se afirma que, em certo sentido, toda a problemática da implementação de direitos sociais prestacionais gravita em torno da discricionariedade. É verdade que “quando se fala em efetividade (especialmente na interpretação de conceitos indeterminados), proporcionalidade e direitos fundamentais, está-se a aludir a instâncias que limitam a discricionariedade”. (...) “E a razão determinante desta seria a visão macroscópica da conjuntura socioeconômica nacional ou regional, própria da Administração Pública que, em regra, falta ao magistrado.”³⁸⁶ Daí depreende-se que a separação dos poderes é eixo argumentativo envolta do qual se desenvolve toda esta discussão.

americanos, assim como o Distrito de Columbia, Porto Rico e a Ilhas Virgens, haviam sido atingidos pelo movimento de reforma. Contudo, a partir da década de 90, registra-se que este movimento sofreu uma considerável retração, e a este fenômeno explicou-se com o fato de que até naquele momento acreditavam haver sanado os problemas prementes do sistema prisional. Ressalte-se que apesar desta retração, tem um Acórdão de 1997, confirmando reformas judicialmente impostas ao sistema prisional da Califórnia. (GOUVÊA. Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 313-317).

³⁸⁴ Sobre a propositura de ações visando o fornecimento de medicamentos nas Varas da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, entre outros, conferir: GOUVÊA, Marco Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas** – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais. Parte IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 299-301.

³⁸⁶ GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit. In: GARCIA, Emerson (Coord.). Op. cit.*, p. 342 e 343.

Na concepção de Robert ALEXY os direitos prestacionais que ordenam a promoção de algo não significam uma ordem para que o Estado pratique todas as ações protetivas e promocionais concebíveis, pois como existe uma pluralidade de meios de atingimento deste direito, é suficiente que o administrador opte por um deles. Ou seja, quando a norma definidora de direito prestacional, não traz minuciosamente descrito o procedimento a ser adotado para o atingimento do direito em questão, está facultando à Administração um “campo de ação” dentro do qual se move a discricionariedade do agente público³⁸⁷.

Neste sentido BÖCKENFÖRD ressalta que a pretensão constitucional contida nos direitos sociais prestacionais é tão geral que não é possível deduzir-se pretensões jurídicas concretas por via da interpretação. Tanto que levanta a questão acerca da forma que deve se realizar, por exemplo, o direito à moradia. Pergunta se a realização de tal direito deve dar-se mediante a construção e distribuição de moradias construídas e mantidas pelo Estado ou mediante a fixação estatal de preços das moradias sob o marco do mercado livre de moradias através da concessão de subsídios à locação. Em seguida pergunta com que extensão deve-se aplicar a responsabilidade e a prestação próprias e que tamanho ou equipamento da moradia deve-se considerar adequado e, ainda, se a provisão da moradia deve redundar em benefício a todos os cidadãos ou só dos menos “afortunados”. Uma vez postas tais questões, conclui o autor que “deve-se resolver de início tudo isto para criar uma pretensão jurídica concreta do particular, determinada em seu pressuposto, em seu conteúdo e em seu alcance.”³⁸⁸

Sobre uma eventual generalização dos direitos prestacionais judicialmente impositivos, Robert ALEXY preleciona que tal situação “conduziria a que a política evidentemente estaria determinada, em partes essenciais, pelo direito constitucional.”³⁸⁹ Ressalte-se que outros autores vão além ao afirmar que despesas

³⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales...***cit.*, p. 447.

³⁸⁸ Segundo Böckenförde, a situação fica ainda mais complicada em se tratando da reserva do possível, pois, que para sua efetivação exigem o dispêndio de recursos financeiros, que o Estado detém, porém de forma limitada. Como bem ressalta este autor: “A ‘impossibilidade econômica’ se apresenta como limite – necessário – da garantia (prestacional) dos direitos fundamentais.” (BÖCKENFÖRDE, Ernest- Wolfgang. *Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución*. In: **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 72-83).

³⁸⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 491.

realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos, quando levadas a extremo, feririam o princípio da igualdade³⁹⁰.

A partir da década de 60, sedimentou-se na doutrina a concepção de que as normas constitucionais são normas jurídicas e não meras exortações³⁹¹. Daí Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO - embora louve a intenção dos legisladores na tentativa de impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade - chamar à atenção para o fato de que o caminho escolhido não é bastante em si para atender o objetivo colimado. Ademais isso, lembra este autor que a lição da doutrina clássica, aceita completamente, é no sentido de que nem toda norma constitucional é suscetível de aplicabilidade imediata. Para tanto é necessário que tais normas “sejam completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo.”³⁹²

No tocante às normas definidoras de direitos prestacionais, permanece controvertida a atribuição de força normativa. Não obstante a oposição à efetivação desses direitos com esteio em considerações de índole positiva³⁹³ - tais como falta de norma regulamentadora, insuficiência de previsão do direito meramente no texto constitucional, que seria programático, portanto, sem aplicabilidade imediata -, tem sido rebatida com o recurso a um postulado hermenêutico, o da efetividade do direito e da supremacia da Constituição³⁹⁴ e, no caso brasileiro, com o auxílio da

³⁹⁰ Segundo Maselli, tal situação verifica-se, com mais clareza, em países como o Brasil, onde a maioria da população carente seria destinatária por excelência dos direitos prestacionais. E, mesmo em países, como os Estados Unidos, com tamanha suficiência econômica, a preservação e incremento de direitos prestacionais suscita controvérsias. Afirma-se que sustentar o reconhecimento judicial dos direitos prestacionais exige, assim, legitimar a disposição dos limitados recursos orçamentários pelo Poder Judiciário. (GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.* In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Op. cit.*, p. 342).

³⁹¹ Tal doutrina encontra-se consolidada, no Brasil, na obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* de José Afonso da Silva; e, fora, na obra *A força Normativa da Constituição* de Konrad Hesse. Segundo Gouvêa, Friedrich Müller (*Concepções Modernas e a Interpretação dos Direitos Humanos*, p. 102) afirmara que, “Na época (anos 20, quando esta doutrina surgiu na Alemanha), efetividade do direito fundamental significava: os direitos fundamentais devem ser aplicados como ‘regras jurídicas atuais’; eles não são meras ‘regras programáticas’”. Isto é correto. Mas como elas devem ser interpretadas corretamente? O princípio da efetividade não se pronuncia a respeito disso”. (GOUVÊA, Marco Maselli. *Id. Ibidem*, p. 337).

³⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**...*cit.*, p. 311 e 312.

³⁹³ GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, p. 344 e 345.

³⁹⁴ O *postulado da efetividade do direito*, também designado *princípio da eficiência* ou da *interpretação efetiva*, desenvolveu-se no Brasil, sobretudo ao longo da década de 90, a partir dos contributos de Clèmerson Merlin Clève (A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: **Uma vida**

interpretação, em modelos tradicionais, do texto constitucional, bastante minucioso e claramente instituidor de posições jurídicas diretamente desfrutáveis.

Nesse sentido, concorda-se com Emerson GABARDO o qual, posicionando-se contrariamente a Luís Roberto Barroso³⁹⁵, reafirma que tais normas “não podem mais ser entendidas exclusivamente como meras linhas diretoras de conduta, que não conferem direitos subjetivos a prestações positivas, mas sim como detentoras de um real potencial normativo, cuja aplicabilidade pode ser direta.”³⁹⁶

Aponta-se que admitir a eficácia jurídica de todo o texto constitucional já foi uma grande conquista, diante da constatação de que, até meados do século XX, muitos autores, especialmente no Brasil, enxergavam as normas constitucionais como simples programas políticos.

Ao longo da década de 90 a doutrina constitucional brasileira cuidou de sistematizar diversos postulados que visam a enfatizar não apenas a esfera de

Dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, p. 34 e ss.); e, Luís Roberto Barroso (**O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, *passim*, e **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, p. 219 e ss.); e, corresponde a última etapa de um movimento gradual de reconhecimento de força normativa à Constituição, para o qual contribuíram, como já mencionado na nota de rodapé n. 277, José Afonso da Silva, no Brasil e Konrad Hesse, no exterior. Nesse sentido, conferir também: GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

³⁹⁵ Na lição de Luís Roberto Barroso, as normas programáticas “apontam uma conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. (...) não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109). Ainda segundo Luís Roberto Barroso “as normas constitucionais programáticas dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente. (...) Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que consubstanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opôr-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos. (BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. atual. São Paulo: Renovar, 2009, p. 113-118).

³⁹⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 77.

eficácia formal da Constituição Federal, mas sua implementação concreta, sua eficácia social, sua efetividade³⁹⁷.

Sabe-se que análise da efetividade vai além da aferição da mera aptidão jurídica para a produção de efeitos, preocupando-se em averiguar se tais efeitos vêm sendo concretamente obtidos, bem como em desenvolver conceitos e instrumentos processuais capazes de eliminar os obstáculos que o dificultam. Ademais o princípio da máxima efetividade, recomendando a aplicação direta dos dispositivos constitucionais e legais, reforça a possibilidade de o Judiciário densificar os preceitos que utilizam conceitos indeterminados sem aguardar por sua definição legislativa ou regulamentar.

Atente-se, ainda, para o fato de que é corolário do princípio da efetividade o postulado de interpretação conforme a Constituição, segundo o qual não se deve compreender a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, mas, ao contrário, as leis ordinárias e complementares em consonância com a Carta Constitucional³⁹⁸.

A indeterminação e o sentido teleológico inerentes ao direito não constituem obstáculos intransponíveis à racionalidade decisória, pois que ao se exigir do julgador o domínio de critérios interpretativos de caráter substantivo - que são em si dotados de um caráter de indeterminação -, exige-se, igualmente, dele um nível mais apurado de análise. Daí se conclui que, sob o prisma da efetividade, o juiz não deve deixar de aplicar um determinado preceito sob o argumento de que existe termo carente de definição³⁹⁹.

³⁹⁷ Sobre tal afirmação, conferir: GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade...cit.**; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*; e, SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais...cit.**

³⁹⁸ A esse respeito ver: SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 64-66.

³⁹⁹ Nesse sentido, conferir o art. 230 da Constituição Federal, que atribui direitos assistenciais, de índole social, aos "idosos". O Legislador não fixa a idade, a partir da qual alguém se enquadraria na condição de idoso. Entretanto, pode o juiz, valendo-se de elementos sistemáticos buscados em outras passagens da Constituição, tal como no art. 230, *caput* e § 1º, propor que "idoso" seja o maior de 65 anos, consideradas as normas que elegem esta idade para atribuir ao idoso a gratuidade de transportes coletivos urbanos (art. 230, § 2º) e a não incidência do imposto de renda sobre aposentadorias e pensões (art. 153, § 2º, II). Entretanto, esta possibilidade (dada pela hermenêutica clássica) nem sempre ocorre; mas mesmo assim o magistrado continua com a responsabilidade de construir uma interpretação adequada ao conceito indeterminado, valendo-se daí de considerações deontológicas (PGDs), dos precedentes judiciais, da doutrina jurídica e dos conhecimentos técnico-científicos e dos saberes outros, originariamente externos ao mundo jurídico. Ressalta-se que o juiz pode, por um imperativo de segurança jurídica, acolher definição dada pelo Poder Executivo.

Nessa seara Mauro CAPPELLETTI ressalta que dessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantes implicações se impõem aos juízes. Pois que em face da legislação social que se limita, sobretudo, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais “essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro”, espera-se que os juízes assumam sua tarefa no sentido de fornecer conteúdo concreto àquelas “finalidades e princípios”, contribuindo com o Estado na tentativa de tornar efetivos tais programas. Para tanto, basta que controlem e exijam o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, “um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.”⁴⁰⁰

Aponta-se que os argumentos favoráveis à implementação dos direitos sociais, assim como ocorre com os argumentos contrários, repousam em ideias tais como os princípios da moralidade, da boa administração, da razoabilidade, etc., e, também, de conceitos desenvolvidos a partir de considerações ligadas à Filosofia do Direito e ao Direito Constitucional contemporâneo, notadamente o postulado de primado dos direitos fundamentais. Ressalta-se que não existe autonomia entre tais conceitos e que frequentemente são usados em conjunto⁴⁰¹.

Hoje, entre as causas da expansão que teve o ativismo, o dinamismo e a criatividade dos juízes, encontram-se a legislação social e os direitos sociais⁴⁰². Como observado (v. n. 3 supra), quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade, seja administrativa ou judicial. Mas desse alargamento da atuação jurisdicional cuidaremos no próximo capítulo (v. n. 4, infra).

(GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariedade...*cit.* In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 346-348).

Sobre a hipótese do art. 196 da Constituição que estabelece, de maneira inespecífica, que o direito à saúde será “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, conferir a posição de J. J. Gomes Canotilho, segundo quem “...o Estado, os poderes públicos e o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 299).

⁴⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**...*cit.*, p. 41 e 42.

⁴⁰¹ GOUVÊA, Marco Maselli. *Op. cit.*, In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Op. cit.*, p. 351.

⁴⁰² Sobre as causas da atuação do poder jurisdicional, conferir, entre outros: CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 31-61.

Não obstante o exposto cabe aqui a lição, sempre oportuna, de Paulo BONAVIDES, o qual adverte não ser possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988, negando-se a teoria dos direitos sociais fundamentais, o princípio da igualdade, bem como os institutos processuais que os garantem; ou ainda, negando ao Supremo Tribunal Federal o seu papel de guardião da Constituição⁴⁰³.

É certo que na época em que Montesquieu formulou sua doutrina da separação dos poderes seria impensável que, a um poder “nulo”, sem qualquer expressão política como era o Poder Judiciário, fosse permitido adentrar em políticas públicas que são, originalmente, do raio de atuação do Executivo. Mas como já se disse, a teoria da divisão dos poderes de Montesquieu acompanhou a evolução do Estado e não obstante as dúvidas acerca do alcance e dos limites da “intromissão” do Poder Judiciário por sobre os atos (vinculados e discricionários) Administrador público é um fato que não se contesta. É nesse sentido o pronunciamento da Ministra Cármen Lúcia Antunes ROCHA, segundo quem:

A função de julgar é entregue, na estrutura política que adota o princípio da separação dos poderes, como um dos fundamentos do constitucionalismo democrático, conjunto específico de órgãos; e é exatamente a presença desta composição orgânica considerada “poder”, no sentido atribuído por Montesquieu a esta palavra em sua exposição sobre o tema, que assegura o acatamento daquele princípio. Mais ainda, a eficácia daquele princípio assegura a liberdade como princípio fundamental da democracia moderna. Daí mesmo se ter acentuado que a existência de uma Constituição depende da adoção daquele princípio, tal como posto, expressamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O princípio da separação dos poderes continua em vigor em todo o mundo, pois, segundo ainda a Ministra “a democracia põe-se como única perspectiva de ser considerada, desenvolvida e buscada na convivência política dos homens na prática da liberdade e da dignidade humana.”⁴⁰⁴ Nas palavras de Afonso Arinos de Melo FRANCO:

o regime constitucional implica necessariamente a existência de um mecanismo capaz de traçar os limites ao exercício do poder. Pode-se, mesmo, sustentar que o sistema democrático de governo se ergue sobre

⁴⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...cit.**, p. 373.

⁴⁰⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 251 e 252.

dois pontos de apoio principais: a legitimidade dos governantes e a limitação de sua autoridade. Esta última condição básica da existência da democracia, ou seja, a limitação da autoridade dos detentores do poder, corresponde ao que se denomina corretamente os controles da Constituição.⁴⁰⁵

O controle constitucional (jurisdicional e político) é, pois, a técnica da limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos à supremacia da Constituição, a qual visa assegurar, por meio de vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração⁴⁰⁶.

Em suma, a constatação da inviabilidade de um governo amparado sobre poderes realmente separados e mais a certeza de que o poder sem controle tende fatalmente ao abuso, fez com que o pensamento jurídico evoluísse “da ideia de separação para a ideia de limitação.”⁴⁰⁷ Assim, a ideia de controle constitucional resta apoiada na unidade do poder do Estado o qual é distribuído em funções através dos poderes limitados pela lei.

⁴⁰⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional...***cit.*, p. 133.

⁴⁰⁶ Ressalta-se que, “Enquanto nos Estados Unidos e nos países que adotam o sistema presidencial implantou-se o processo de controle jurisdicional, na Europa parlamentarista prevaleceu o controle político, embora este, em certos casos, seja exercido por tribunais constitucionais. A divisão foi muito precoce, e correspondeu às motivações dos dois sistemas de governo. Nos Estados Unidos, o controle jurisdicional, existente em certas colônias já antes da independência, foi objeto de consenso majoritário da Constituinte de Filadélfia e, embora não figurasse expressamente no texto constitucional, proclamado pelo juiz Marshall em 1803. Na França, a tradição absolutista de não se atribuir ao Judiciário a categoria de poder, levou as assembléias revolucionárias a procurar, por falta de confiança no Judiciário, um meio de controle político. O ‘júri constitucional’ proposto à Convenção, sem êxito, foi uma tentativa de controle político. (...) Outras tentativas de controle político se fizeram na França, sem alcançarem resultado, até que a Constituinte de 1946 criou o Comitê Constitucional de composição nitidamente política (...) Sua função era restrita a certos capítulos da Constituição e suas decisões não anulavam as leis consideradas inconstitucionais, mas declaravam apenas que elas implicavam em uma revisão da Constituição. O Conselho Constitucional foi mantido pela Constituição gaullista de 1958 (...) com o propósito de reforçar a autoridade do Presidente e (...) conter o Parlamento, quanto as leis, mas não o governo quanto aos atos.” Outros países adotam o controle político desde o século XVIII, “a Suécia, por intermédio do Legislativo, ou, neste século (XIX) a Iugoslávia, pelo Presidium da Assembléia, a União Soviética por meio do Soviet Supremo. Quanto ao Brasil, o controle político sempre existiu. Pela Constituição do Império ele era exclusivo da Assembléia Geral (...). As Constituições republicanas têm estabelecido, de certa maneira, o controle político, ao lado do jurisdicional, aceito desde 1891. Na verdade, é um controle político prévio a declaração de inconstitucionalidade dos projetos de lei, feita pelas Comissões de Constituição do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Também o é o veto apostado pelo Presidente da República a uma lei, por motivo de inconstitucionalidade.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Ibidem*, p. 139-141).

⁴⁰⁷ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Ibidem*, p. 138.

CAPÍTULO III – O CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Montesquieu, em seu *O Espírito das Leis*, observou que se o poder não é contido por outro poder, ele tende, naturalmente, a se expandir, em prejuízo da liberdade. Observou, outrossim, que não haverá liberdade, se o poder de julgar não estiver separado dos poderes legislativo e executivo. Pois, como já mencionado, a ideia básica que se projetou da obra de Montesquieu é que a unidade da soberania do Estado não significa unidade do poder do Estado, ou seja, o poder (*puissance*) do Estado deve ser distribuído em órgãos e funções diferentes entre si, porém harmonizáveis⁴⁰⁸. Desde então a ideia de controle⁴⁰⁹ tem acompanhado a evolução do Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 15, dispunha que “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua Administração”. Odete MEDAUAR pontua, exatamente neste art. 15, o significado do controle incidente sobre as atividades da Administração Pública⁴¹⁰.

O tema do controle se relaciona com questões como visibilidade ou transparência e corrupção. A questão da publicidade está diretamente ligada ao exercício do poder estatal, sobretudo, da Administração inserida no poder Executivo, hoje um poder hegemônico. A questão relativa à corrupção diz respeito à falta de aprimoramento – e as suas consequências, inefetividade e desconfiança -, dos mecanismos de controle, sejam eles institucionalizados ou sociais⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Explica Afonso Arinos que, “o termo *puissance* empregado por Montesquieu, significa mais *capacidade* do que *poder*.” De maneira que “O princípio da distribuição das competências, ou das funções oriundas do poder do Estado, apareceu logo, portanto, no *Espírito das Leis*. A obscuridade que cercou sempre o debate da matéria provém da confusão da ideia de poder (soberania) com a de poderes, no plural, que define funções, ou órgãos.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Ibidem*, p. 137 e 138).

⁴⁰⁹ Na lição de Hely Lopes Meirelles a palavra *controle* em tema de administração pública “é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 672).

⁴¹⁰ MEDAUAR, ODETE. **O Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 445.

⁴¹¹ Para Odete Medauar, daí decorre a necessidade do “aprimoramento das técnicas e atividades fiscalizadoras e também avaliadoras, do que decorrerá, certamente, melhor desempenho da Administração. É a chamada ‘vocalização preventiva’ de todo o sistema de controle eficaz, pois deve suscitar na própria Administração uma deontologia que previne e se integra na sua atuação normal.” (MEDAUAR, Odete. *Ibidem*, p. 446).

1. AS VÁRIAS CONCEPÇÕES DE CONTROLE

1.1 a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) como mecanismos de controle

A ideia de limitação dos poderes, da contenção de um poder pelo outro através do mecanismo que a tradição jurídica chama de freios e contrapesos, surgiu entre os pensadores políticos muito antes da teoria jurídica da Constituição. Parece ser uma tendência, entre os autores modernos, remontar o estudo da limitação dos poderes à obra de Montesquieu. É inegável, também, que, desde Aristóteles, a limitação do poder sempre pareceu desejável, mas a noção de governo ideal fundava-se em considerações éticas como a virtude.

No Renascimento, o Estado Nacional se impõe às outras coletividades nacionais e, sobretudo, ao poder temporal da Igreja. Não obstante o poder absoluto ser a expressão interna dessa soberania, mesmo nas Monarquias absolutas o poder era limitado pelo direito costumeiro. Montesquieu, um defensor da liberdade dentro dessa Monarquia absoluta, apresenta com exatidão este conceito ao distinguir as formas de governo em republicano, monárquico e despótico. Entendia que a Monarquia era o regime onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas⁴¹².

A influência da teoria da separação dos poderes como mecanismo de controle ultrapassa as próprias fronteiras históricas do século XIX e repercute em trabalhos de autores que escrevem em marcos teóricos distintos do Estado de direito original⁴¹³.

⁴¹² Cf.: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional...***cit.*, p. 133 e 135.

⁴¹³ Nessa seara Rodolfo Viana Pereira cita as lições de Karl LOEWENSTEIN (*Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957, p. 35 e ss.) segundo quem ainda que afirme se distanciar da concepção clássica de separação de poderes, desenvolve uma noção (funcional) de controle que não se afasta totalmente desse marco conceitual. Para este autor o núcleo central da teoria não deveria centrar-se na existência da tríade de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), mas sim nas noções de partilha de funções e de controles mútuos (de interações recíprocas) entre seus detentores; e, de Karl-Ulrich MEYN. (*Kontrolle Als Verfassungsprinzip: Problemstudie Zu Einer Legitimationsorientierten. Theorie der Politichen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*. Baden-Badem: Nomos, 1982), o qual, no início dos

Aponta-se que o controle como técnica constitucional tem sua expressão melhor acabada no princípio da separação dos poderes, pois a consolidação de inúmeras formas concretas de freios e contrapesos (*checks and balances*) qualificou-se como a primeira tentativa de constitucionalização daquela noção e por muito tempo figurou como seu modelo ideal. Conta Rodolfo Viana PEREIRA que:

Montesquieu ao analisar as instituições britânicas e reestruturar o legado advindo do passado, reformulou o Princípio da Separação dos Poderes e o fundou como razão explicativa e legitimadora da teoria do controle. A efetiva limitação do uso arbitrário do poder passou, pois, a ser interpretada majoritariamente como o produto das interações institucionais entre poderes proporcionadas pelas técnicas dos *checks and balances*, pelo que dito princípio firmou-se como o modelo ideal de controle garantia, a densificação mais apurada da necessidade de limitação jurídica do poder.⁴¹⁴

John H. GARVEY e T. Alexander ALEINTKOFF lecionam que o *balance* (contrapesos, equilíbrio) surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando (balanceando) os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), a fim de evitar que leis demagógicas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas. Na verdade, o objetivo implícito era conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza⁴¹⁵. Tanto é assim que em Montesquieu era explícita a justificativa da necessidade do bicameralismo - Câmara Alta e Câmara Baixa -; basta lembrar que o Livro XI de *O Espírito das Leis*, onde se encontra a formulação da tripartição dos poderes do autor, é dedicado à análise da “Constituição” da Inglaterra. Assim ele justificou que:

Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras. Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto

anos oitenta, ainda constatava a predominância, no seio da doutrina, do princípio da separação de poderes como teoria explicativa da funcionalidade do controle. Para este autor, mesmo antes do controle ser descoberto como uma função constitucional própria, as discussões sobre o mesmo o descreviam como componente da função parlamentar ou inseriam-no no contexto do controle financeiro. Por isso o controle era e continua sendo aplicado dogmaticamente no quadro conceitual da separação dos poderes. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008, p. 241-243).

⁴¹⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Ibidem*, p. 239.

⁴¹⁵ A esse respeito conferir: SILVEIRA. Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos...cit.**, p. 99.

a maioria seria contra elas. A participação dessas pessoas na Legislação deve, pois, estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas.⁴¹⁶

Identificam-se, como já mencionado (v. capítulo I), também, na evolução do modelo político inglês, duas outras importantes ferramentas iniciais do sistema de freios e contrapesos, o *veto* e o *impeachment*.

O primeiro foi concebido, inicialmente, no modelo do *King in Parliament*, e enquanto ato do Rei em cooperação e aperfeiçoamento do processo legislativo, passa a exprimir a *negative voice*, expressando, tão somente, a oposição do Rei que não mais participa do processo legislativo, apenas o controla, podendo impedir que a legislação entre em vigor através do veto.

O *impeachment*, por sua vez, é mecanismo jurídico que permite o controle do parlamento sobre os atos executivos dos Ministros do Rei. O Parlamento não executa, mas controla o exercício da função executiva⁴¹⁷.

1.2 o controle como elemento essencial do moderno conceito do princípio da separação dos poderes

Dividido o poder e individuados seus órgãos, assim como superada a ideia de prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-se, inclusive a interferência entre eles, ganha força a ideia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um⁴¹⁸. Desta forma afiguram-se, o controle e a vigilância, como elementos

⁴¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 173.

⁴¹⁷ Sobre tal controle, ver: Nuno PIÇARRA. *Op. cit.*, p. 59-62 e *passim*.

⁴¹⁸ Sobre interferência entre poderes, entre outros, conferir: BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 345 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferência entre Poderes do Estado**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, n. 103. Jul./set., 1989, p. 13.

essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes⁴¹⁹.

Dentre os vários tipos de controle interorgânicos avultam os controles jurisdicionais, quer da legalidade da administração, quer da constitucionalidade da legislação, evidenciando, a “ascensão” nítida do poder judicial que é, por isso, hoje a contraimagem do “*pouvoir en quelque façon nul*” preconizado por Montesquieu, onde pretendeu-se sua institucionalização⁴²⁰.

O sistema de controles jurídicos constituiria, então, o núcleo essencial do Princípio da Separação dos Poderes no Estado de direito contemporâneo. A partir da ideia de um controle do *poder* pelo *poder*, tem-se mesmo considerado que a função jurisdicional, tal como se configura atualmente, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política⁴²¹.

Segundo Miguel Sánches MORÓN, o controle judicial da atividade administrativa constituiu, sem prejuízo da funcionalidade própria de outros controles, o meio mais efetivo de controle da Administração pública e, em particular, da defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos que podem ser prejudicados ou por qualquer atuação administrativa ilegal. Segue explicando Sánches MORÓN que:

⁴¹⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto em seus estudos, tendo por objeto a Constituição Federal de 1988, idealizou e agrupou as funções de controle em quatro modalidades básicas, quais sejam: (i) controle de cooperação ou coparticipação obrigatória, onde o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado (ex.: arts. 66, § 1º e 84, III a V e XV; 93 e 96, II.); (ii) controle de consentimento, onde o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade. (ex.: art. 49, I a IV; XIV a XVII); (iii) controle de fiscalização e vigilância. Aqui o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação. (ex.: arts. 14, III, da Lei 9.868/99, 103, § 4 e 49, IX a XI da CF.); e (iv) controle de correção. A mais drástica dentre as quatro modalidades, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder Interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade (ex.: arts. 49, v, 52, p. u., 84, XII; 102, *caput*, 102, I, a, § 3º e art. 103, § 2º). (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferência entre Poderes do Estado...***cit.*, p. 13).

⁴²⁰ Acerca do controle da legalidade e da constitucionalidade no Estado contemporâneo, ver: GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo...***cit.*, p. 51-53.

⁴²¹ A esse respeito, conferir: PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 259.

Esse carácter deriva de la independencia del Poder Judicial, al que pertenecen los órganos específicamente destinados a resolver las controversias entre los ciudadanos y la Administración o las que enfrentan a distintas Administraciones públicas entre sí. Deriva también de la obligación que tienen todos los sujetos, públicos y privados, de cumplir estrictamente las resoluciones judiciales, que pueden anular decisiones administrativas previas y condenar a la Administración a reconocer derechos e intereses individuales o colectivos y a restablecer situaciones jurídicas vulneradas, realizando alguna actividad, absteniéndose de realizarla o pagando una deuda o una indemnización.⁴²²

Considerando que a ideia de uma função jurisdicional (*jurisdictio*), distinta do *imperium* geral do Estado e mesmo contraposta à função política ou governativa (*gubernaculum*) remonta às origens da Monarquia inglesa, sendo considerada uma atuação histórica da separação dos poderes, é possível afirmar que, no Estado de direito contemporâneo, de alguma maneira, a velha contraposição *gubernaculum-jurisdictio*, ainda que atenuada nas suas fronteiras, foi retomada⁴²³.

A Constituição do Estado de direito contemporâneo se caracteriza como norma de ordenação do processo político e de conformação social⁴²⁴ e não o lugar onde o legislador busca amparo para dizer, de maneira autônoma, o Direito. Neste Estado, a lei só é válida se compatível com os objetivos e os princípios constitucionais. Da sua dimensão política, depreende-se que a tutela dos princípios constitucionais cabe, não mais ao Poder Legislativo, mas ao Tribunal Constitucional, o qual tem nessa tarefa o seu limite. Ou seja, este órgão tem legitimidade como contrapoder ao Poder Legislativo, apenas e tão somente no que diz respeito ao controle da constitucionalidade das leis, não estando, como bem ressalta J. J. Gomes CANOTILHO, “legitimado a erigir-se em contralegislador ou em substituto do legislador”⁴²⁵, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste quadro da Constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa.

Aponta-se que o Estado de direito contemporâneo passou a ser, de uma maneira geral, um Estado de jurisdição executor da Constituição, onde o Poder

⁴²² MORÓN, Miguel Sánchez *et al.* El control jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa. In: RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (Orgs.). **La Administración Pública Española**. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 792.

⁴²³ Cf.: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...cit.** Tomo I, p. 24.

⁴²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 140.

⁴²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 272.

Legislativo é limitado por um Poder Judicial que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro⁴²⁶.

No Brasil, é nítida a orientação da Lei de Ação Popular – Lei n. 4.717, de 29.6.1965, projeto de autoria de Seabra Fagundes -, em cujo art. 2º, parágrafo único, se vislumbra a possibilidade de nulidade os atos e decisões com vício quanto ao motivo⁴²⁷. Ainda hoje constata-se a grande utilidade do referido artigo para a análise dos vícios de ilegalidade do ato administrativo⁴²⁸. É opinião de Lúcia Valle FIGUEIREDO que diante de tal lei “verifica-se, claramente, que a afirmação de impossibilidade de controle residia muito mais em arraigado preconceito do que em decorrência de qualquer imposição normativa.”⁴²⁹

Entretanto, como já assentado, o mesmo Seabra Fagundes, já previra em 1941, na 1ª edição de sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* que o motivo do ato administrativo faz parte de sua configuração legal e a verificação dele está incluída na análise da legalidade ou legitimidade, como preferem os autores italianos. Ou seja, tal verificação tem um sentido puramente jurídico⁴³⁰.

Com efeito, foi apenas com a publicação desta obra de Seabra Fagundes que o tema do controle da discricionariedade administrativa começou a ser difundido no Brasil, onde até então, era considerado um tabu, completamente insuscetível de qualquer controle jurisdicional⁴³¹. A partir de fins da década de

⁴²⁶ Cf.: GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo...***cit.*, p. 38 e ss. e PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 262.

⁴²⁷ Leciona Seabra Fagundes que, “nos motivos ou fundamentos está a razão jurídica com que procede a Administração Pública. A lei estabelece quando, em face de que circunstâncias, deve agir a autoridade administrativa. Se esta age sem motivo legal, o seu ato é inválido.” (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 86).

⁴²⁸ A esse respeito conferir, entre outros: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 47 e MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de Controle da Discricionariedade...***cit.* In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Op. cit.*, cap. III, p. 80; e, da mesma autora, **Direito Administrativo Moderno...***cit.*, p. 482-484.

⁴²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1991, p. 204 e 205.

⁴³⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 182 e 186.

⁴³¹ Entre as decisões dadas pelo jovem Seabra Fagundes, então desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o acórdão proferido na Apelação Cível n. 1.422 de 1948, foi pioneiro, no Brasil, na apreciação dos atos discricionários pelo Poder Judiciário. Sobre tal decisão, conferir: FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, VII e BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito**

setenta, com o movimento de democratização administrativa na maioria dos países do mundo ocidental, adveio o aprimoramento no controle dos motivos, mediante a exigência de motivação em muitas decisões⁴³².

Constatou-se anteriormente (v. capítulo II, item 1) que o motivo tornou-se um vínculo a mais no exercício do poder discricionário. Constatou-se, outrossim, que num momento posterior, desenvolveu-se o entendimento de que o poder discricionário vinculava-se, também, à realização do fim de interesse público. Dessas vinculações decorrem, portanto, a possibilidade do controle jurisdicional tanto do *motivo* dado, quanto do *fim* visado pela Administração Pública.

Através do controle do motivo examinam-se os fatos e as provas relativas à atividade da Administração Pública⁴³³. Como exemplo dessa exigência Odete MEDAUAR cita o art. 124 do Código de Procedimento Administrativo de Portugal e o artigo 50 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal do Brasil (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999)⁴³⁴.

Segundo Juarez FREITAS precisamente pelo fato de o mérito do ato administrativo não poder ser sindicado, o controle judicial de sua adequação com a finalidade vinculante do sistema deve ser feita com muito rigor, pois que no sistema de recíprocos contrapesos entre os poderes, o controle deve ser proporcional à liberdade conferida, ou seja, quanto maior a liberdade, maior o controle⁴³⁵. Esse entendimento é respaldado por Eros Roberto GRAU, que assevera:

Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 202.

⁴³² Deve-se fazer referência que quanto ao motivo, invoca-se a chamada “teoria dos motivos determinantes”, que segundo Di Pietro significa que “a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou faltosos, implicam a sua nulidade. Em outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 208).

⁴³³ Segundo Odete Medauar, “Na Jurisprudência, dois acórdãos tornaram-se memoráveis na questão: o acórdão proferido na Ap. Civ. 7.377 (*RDA* 2, 1945), no qual se admitiu o exame de matéria fática para caracterizar se um imóvel é dotado de valor histórico ou artístico; o acórdão prolatado na Ap. Civ. 7.037 (*RDA* 3, de 1946) no qual se afirmou a possibilidade de exame de fatos e provas no processo administrativo disciplinar que antes era limitado à competência e aspectos formais.” (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 470).

⁴³⁴ MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de Controle da Discricionariedade...cit.** In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Op. cit.*, cap. III, p. 80.

⁴³⁵ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 337.

Como a atividade da Administração pública é infralegal – administrar é aplicar a lei de ofício, dizia Seabra Fagundes -, a autoridade administrativa está vinculada pelo dever de motivar os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção. Logo, como o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo, cabe-lhe tão-somente verificar se o ato é correto e não qual o ato correto.⁴³⁶

A motivação dos atos administrativos, além de decorrência direta do princípio da publicidade, é correlata ao dever de transparência da Administração Pública na gestão da máquina administrativa. Exige-se, portanto, do administrador público que ele conduza suas ações dentro de uma moralidade objetiva, o qual somente pode ser ressaltado pela própria Constituição. De maneira que estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente, insuficiente, inadequado e desproporcional⁴³⁷. Nessa mesma linha Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO leciona que:

(...) o Poder Judiciário pode anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência, insuficiência, inadequabilidade, incompatibilidade e desproporcionalidade de motivo ou em impossibilidade, desconformidade e ineficiência do objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário. Conclui esse autor que o Judiciário não examina o mérito em si, mas no que o exorbita; e, que a sindicabilidade jurisdicional não reside na reavaliação do mérito, mas na verificação de sua conformidade aos limites legais.⁴³⁸

Lúcia do Valle FIGUEIREDO não vislumbra outro caminho possível que não o da motivação necessária para a prática dos atos administrativos para que o Poder Judiciário possa prestar sua jurisdição, em atendimento ao postulado constitucional. Pois, como bem explica essa autora: “se as razões do convencimento do administrador não devessem ser explicitadas, o controle ficaria deveras difícil.”⁴³⁹ A motivação “constitui garantia de legalidade dos atos administrativos.”⁴⁴⁰

⁴³⁶ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto...cit.**, p. 217.

⁴³⁷ Cf.: GARCIA, Emerson. **A Moralidade Administrativa e sua Densificação**. Revista da Escola Superior do Ministério Público do distrito Federal e Territórios. Brasília, FESMPDFT, v. 11, n. 22, jul./dez. 2003, p. 102.

⁴³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade...cit.**, p. 62 e 63.

⁴³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da Administração Pública...cit.**, p. 8.

⁴⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 208.

Quanto ao controle do *fin* o problema reside na sua forma de expressão, qual seja: a figura do desvio de poder ou de finalidade. Pois, sabe-se que, nas ações de oposição à Administração, provar que a autoridade atuou visando, não o interesse público, mas sim interesses pessoais, é tarefa difícil. Daí a importância assumida pelos indícios e pelos motivos que podem conduzir à identificação dessa ilegalidade⁴⁴¹. Para Maria Sylvia Zanella Di PIETRO:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.⁴⁴²

A finalidade do controle da Administração Pública, em sentido amplo, é a de verificar se o gestor aplica os recursos que lhes são repassados de maneira responsável, eficiente e moral. Contudo, o controle não se restringe apenas à aplicação de recursos, ele atua também na gestão da coisa pública e na avaliação de resultados no que diz respeito à eficácia e eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública, direta ou indireta, bem como na verificação da eficácia e eficiência da aplicação de recursos por entidades de direito privado, quando aqueles são oriundos de ente público⁴⁴³.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, em acréscimo aos três paradigmas tradicionais que pautam juridicamente a ação administrativa - a existência (realidade), a validade (legalidade) e a eficácia (aptidão para produção de efeitos jurídicos pretendidos) -, apresenta outras quatro referências paradigmáticas, quais sejam: a legitimidade, a finalidade, a eficiência e o resultado. Explica este autor que:

a *legitimidade* da ação administrativa pública é, sem dúvida, a grande conquista ética desta era, orientando a *finalidade* cada vez mais funcionalizada do aparelho do Estado, o que obriga, em consequência, a eficiência dos procedimentos de gestão. Mas, sem que o *resultado da*

⁴⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 470.

⁴⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 636.

⁴⁴³ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Sistema de Controle Interno: Uma Perspectiva do Modelo de Gestão Pública Gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 95.

atividade administrativa seja alcançado, o que vem a ser *a efetiva entrega do serviço ou do bem pela Administração Pública ao cidadão*, o ciclo de eticidade e de praticidade não está fechado. (...) Em suma, está no resultado quicá o paradigma contemporâneo mais significativo, pois, na prática, é através dele que se pode lograr uma efetiva atuação do amplo sistema de controle posto constitucionalmente à disposição da cidadania: o controle administrativo, o controle de contas, o controle político, o controle social, o controle pela imprensa e, na cúpula, o controle jurisdicional.⁴⁴⁴

Diante da perspectiva de uma nova interpretação do controle da Administração Pública, a posição de Augustín Gordillo é no sentido de que:

Ya non basta el império de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya non satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda y mucho menos si no es uma autoridad electiva. Ahora se intenta conseguir uma sociedad cada vez más participativa. Los esquemas clásicos de democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: hay que crear nuevas y adicionarles normas de participación del pueblo em el poder, de modo que su influencia em el limite a la elección de candidatos electorales.⁴⁴⁵

Marçal JUSTEN FILHO, numa interpretação democrática do controle da atividade administrativa, afirma que para que tal controle se efetive de maneira satisfatória e eficiente para a promoção dos direitos fundamentais, é preciso que a instrumentos jurídicos adequados sejam conjugados meios que possibilitem a participação popular na atividade administrativa. Pois, enquanto a democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder, a omissão individual em participar dos processos de controle do poder político é causa da ampliação do arbítrio governamental⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Segundo Moreira Neto, a *legitimidade*, além da sua importante expressão originária, ligada à investidura dos agentes, tem uma função finalística. Do mesmo modo a *eficiência*, tampouco se esgota com a aplicação, por parte dos gestores públicos, dos mais sofisticados e adequados procedimentos possíveis na atividade administrativa, pois que é preciso que o *resultado* da gestão administrativa atenda de maneira eficiente as legítimas pretensões e necessidades do administrado. Ou seja, legitimidade e eficiência não são apenas requisitos internos da ação administrativa, mas devem sim ser aferidas em função das necessidades e expectativas dos administrados. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 28-31).

⁴⁴⁵ GORDILLO, Augustín. *Op. cit.*, p. ii. 13-14.

⁴⁴⁶ Nesse sentido Marçal Justen Filho assevera que, “é imperioso instituir autoridades políticas e administrativas independentes que sejam investidas de garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 981).

Tem razão J. J. Gomes CANOTILHO, segundo quem: “democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização das participações dos homens nos processos de decisão.”⁴⁴⁷

2. O SISTEMA TRÍPLICE DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Sabe-se que todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à legalidade⁴⁴⁸. Se lhe falta um texto de lei, como fonte primária, o procedimento administrativo não tem existência jurídica. Logo, para que o procedimento da Administração seja considerado legítimo requer-se o exercício de todo e qualquer ato segundo orientação e dentro dos limites traçados pela lei⁴⁴⁹. Contrariamente, por óbvio, o procedimento será considerado antijurídico.

Essa integral submissão da Administração Pública à lei constitui o denominado *princípio da legalidade*⁴⁵⁰, que é aceito universalmente e é apontado como sendo uma consequência do sistema de legislação escrita⁴⁵¹ e da própria natureza da função administrativa⁴⁵². Tem razão Celso Antônio Bandeira de MELLO, segundo quem “obedecer à lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo.”⁴⁵³

⁴⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...***cit.*, p. 365.

⁴⁴⁸ GARCÍA-PELAYO leciona que, “apesar de a legalidade ser um componente da ideia de Estado de Direito, também é verdade que este não se identifica com uma legalidade qualquer, mas com uma legalidade de determinado conteúdo e, sobretudo, com uma legalidade que não lesione certos valores pelos quais e para a proteção dos quais se constitui a ordem jurídica e política, e que se expressam por meio de normas ou princípios que a lei não pode violar.” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Op. cit.*, p. 43).

⁴⁴⁹ SEABRA FAGUNDES, M. *Op. cit.*, p. 115.

⁴⁵⁰ Sobre a visão clássica da legalidade, conferir o início do número 51. *In*: FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 115.

⁴⁵¹ Na lição de Rui Barbosa, “Onde há lei escrita, não pode haver arbítrio.” (BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal**. Vol. 6. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1939).

⁴⁵² FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 115.

⁴⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

Não obstante sua importância e alcance, a legalidade não pode ser vista como requisito único e suficiente de validade do ato, a ela deve-se conjugar a legitimidade da ação. Cabe trazer aqui a lição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO o qual relaciona legitimidade à ordem ético-política e legalidade à ordem ético-jurídica. Explica que enquanto a primeira encontra-se legitimada por valores consensualmente aceitos, a segunda acha-se legalizada pela estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas, mas que ambas representam disposições estáveis do poder na sociedade⁴⁵⁴. Daí este autor concluir que quer na gestão administrativa dos interesses da sociedade, quer na gestão de seus próprios interesses, o Estado não escapa “ao duplo parâmetro de aferição da juridicidade de seus atos: a legitimidade e a legalidade.”⁴⁵⁵

Gustavo BINENBOJM, em nota atualizadora à obra de Seabra Fagundes, assevera que “O Estado, nascido de um ato institucional limitativo da sua atividade e tendo por finalidade a edição e realização do direito, tem necessariamente de conformar à ordem jurídica o desenvolvimento da sua ação.”⁴⁵⁶ Segundo a lição de Jorge MIRANDA:

O princípio da legalidade da administração pressupõe o da constitucionalidade das leis; e, que o alargamento da intervenção do poder público na vida econômica, social e cultural e as mutações sofridas pela lei tem levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e de outras que devem ter-se por administrativas. Quando o Estado do século XX apresenta-se como um Estado administrativo, em vez de legislativo (Carl Schmitt), muito do que é administrativo eleva-se a Constitucional; inversamente, quando a lei se

⁴⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**...*cit.*, p. 5.

⁴⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**...*cit.*, p. 559.

⁴⁵⁶ Na concepção de Gustavo Binenbojm, “o nosso Direito Constitucional, desde a Constituição de 1891, acolheu o controle da constitucionalidade das leis. As Constituições de 1934, 1946 e 1967, bem assim a atual, resultante da Emenda n. 1, de 1969, mantiveram essa orientação. A CF de 1988, hoje em vigor, também acolheu o controle da constitucionalidade das leis. A Carta de 1937, porém, distanciou-se do critério de plenitude do controle do Poder Judiciário. Conquanto conservasse o controle jurisdicional da constitucionalidade, mutilou-o na sua pureza tradicional, admitindo que, em casos excepcionais, a lei, declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, fosse validade por dois terços de votos do Parlamento, sob iniciativa do Presidente da República (art. 96, parágrafo único).” Entretanto, adverte este autor que, “O regime constitucional atual não admite a referida validação das normas declaradas inconstitucionais. Ademais, a Constituição de 1988, em busca de sua própria efetivação, amplia significativamente as formas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, inclusive criando meios para o controle da omissão normativa (arts. 102, I, a; § 1º; 5º, LXIX; e 103, § 2º), além de aumentar o rol dos legitimados para a provocação do controle abstrato (art. 103).” (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, N. A.: DOUT. 1 e N. A.: DOUT., p. 116 e 117).

traduz em medidas concretas ou emana do Poder Executivo, é esse acto de Direito Constitucional que parece convalidar-se em acto de Direito Administrativo.⁴⁵⁷

À ordem jurídica de órbita constitucional se submetem também os poderes, Legislativo e Judiciário, que funcionam segundo a competência a eles atribuída na Lei Fundamental⁴⁵⁸. A submissão do Poder Legislativo à ordem legal esta plenamente justificada sob o argumento de que é coerente que o autor da regra jurídica lhe deve guardar respeito, enquanto não a modifique ele próprio. Quanto à subordinação do Poder Judiciário à ordem jurídica, considerando que a função deste Poder é justamente definir a ordem jurídica, não se concebe que ele próprio a viole. Estes são motivos suficientes para reduzir as consequências práticas da submissão desses poderes à ordem jurídica estabelecida⁴⁵⁹.

Voltando à atividade administrativa cumpre ressaltar que, não obstante os limites legais a que está condicionada, reconhece-se que o seu exercício é também condicionado por uma série de circunstâncias ocasionais e imprevisíveis, de maneira que tais limites são, em determinados casos, flexibilizados, permitindo, assim, que o Poder Executivo seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir⁴⁶⁰. Ressalte-se, entretanto, que mesmo na hipótese de competência discricionária, subsistem limitações às atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade, etc., vinculando-a à legalidade⁴⁶¹.

Para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem Jurídica, existe um tríplice sistema de controle das suas atividades⁴⁶²: (i) o controle interno ou autocontrole, que é a fiscalização exercida

⁴⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, 6. ed., p. 21.

⁴⁵⁸ Sobre a exceção a esse princípio nos países que adotam o sistema de Constituição flexível e sobre como atuam os países que adotam o sistema de Constituição rígida, conferir: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, N. A.: 8 e DOUT. 1, p. 116.

⁴⁵⁹ A este respeito, conferir: SEABRA FAGUNDES, M. *Op. Ibidem*, N. A.: DOUT e JUR. 13, p. 105 e pp. 117 e 118.

⁴⁶⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 121-123.

⁴⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...cit.**, p. 836.

⁴⁶² Acerca de outros sistemas ou tipos de controle, conferir: APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009; FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*; FERREIRA, D'Andréa. **O controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário**. (Direito Aplicado). Rio de Janeiro: Renovar, 1998; MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 673; MELLO, Celso

pela própria autoridade responsável pela edição do ato ou pela adoção de medida, sobre sua atuação. Com fundamento nas súmulas n. 346 e n. 473, do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública tem a outorga da competência de invalidação. Pela primeira a administração pública pode “declarar a nulidade dos seus próprios atos”; e, pela segunda, pode “anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial”. E nos termos expressos do art. 53 da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo “a administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. Ou seja, o art. 53 vai além da súmula n. 473 quando diz que os atos viciados “devem” ser anulados⁴⁶³. O controle interno se exerce do alto para baixo, no interesse da Administração Pública, *ex officio*, por meio do poder disciplinar ou de instruções, ordens, etc. Como elemento de amparo a interesses do administrado, o autocontrole se exerce por meio do sistema de recursos administrativos⁴⁶⁴, que se impõe, de baixo para cima⁴⁶⁵. Esse autocontrole tem por efeito imediato a manutenção revogação ou anulação de medida. Nos caso

Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**...*cit.*, p. 88 e 89; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**...*cit.*, p. 105 e ss.; OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 55-76. Sobre controle interno conferir: FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 126; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**...*cit.*, p. 447-459 e OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. *Ibidem*, p. 58-61. A respeito do controle especificamente efetuado pelo Ministério Público, conferir: BRÜNING, Raulino Jacó. **O Controle Dos Atos Administrativos pelo Ministério Público**. Porto Alegre: Fabris; Blumenau: FURB, 1989. Sobre o controle da moralidade na Constituição, conferir: FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da Moralidade na Constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁶³ Sabe-se que a finalidade do ato administrativo de invalidação é a restauração da juridicidade violada. Somente esse interesse público pode orientar a competência administrativa para invalidar. Daí a Lei n. 9.784/99, no seu art. 54, exigir expressamente a motivação do ato administrativo de invalidação. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, deverão ser parte integrante do ato. Como se trata de ato de competência vinculada, a ausência de motivação pode ser saneada caso seja possível ulteriormente demonstrar a existência do evento jurídico do vício. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados**. RDP, n. 75, p. 118).

⁴⁶⁴ Sobre os recursos administrativos Odete Medauar comenta que, “Embora pouco prestigiado no Brasil, representam um importante meio para propiciar aproximações entre Administração e particulares, para ouvir o cidadão e para suscitar mais credibilidade da atuação administrativa.” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**...*cit.*, p. 448-454).

⁴⁶⁵ Mais sobre o poder disciplinar conferir: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 128.

envolvendo operações materiais anunciadas ou realizadas, novas medidas são suscitadas visando suspendê-las ou corrigir efeitos danosos porventura causados⁴⁶⁶; (ii) o controle legislativo ou parlamentar é controle externo delimitado pela Constituição da República e basicamente pode ser dividido em duas modalidades: controle político, de competência do Poder Legislativo, destinado à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo; e, controle financeiro que tem por objeto a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta⁴⁶⁷. Em nota explicativa a esse tema Gustavo BINEMBJOM destaca que o regime da Constituição de 1988 alterou a situação anterior, de maneira que o Legislativo teve suas funções de controle significativamente ampliadas⁴⁶⁸. Nesse mesmo sentido Odete MEDAUAR ressalta que, “a função de controle do Executivo aparece hoje como inerente ao Legislativo, em qualquer regime de governo do mundo ocidental.”⁴⁶⁹ Entretanto a autora segue verificando que, de maneira paradoxal, os resultados desse controle são ínfimos se comparados à sua importância, ressaltando alguns casos isolados, como o *impeachment* de um Presidente da República. (...) Segundo, ainda, Odete MEDAUAR vários fatores vem apontados para justificar esse quadro, entre eles a falta de interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância. Isso para não desagradar ao detentor do Poder Executivo; a ausência, em geral, de sanção, pois nem o Congresso, nem suas comissões podem anular ou modificar atos administrativos ou aplicar sanções a administradores.⁴⁷⁰; (iii) o controle

⁴⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 454 e 455.

⁴⁶⁷ A esse respeito ver: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo...cit.**, p. 649.

⁴⁶⁸ Alguns exemplos de meios de controle previstos na Constituição Federal de 1988: o processo de *impeachment* por crime de responsabilidade está previsto nos arts. 85 e 86 e é também disciplinado pela Lei n. 1.079/50; no art. 50, *caput* (convocação para comparecimento...); no art. 50 § 2º (pedidos escritos de informação a Ministro de Estado ou a quaisquer titulares de órgãos); no art. 49, X (a fiscalização e controle geral dos atos administrativos...); no art. 58, § 3º (regulamenta as CPIs); no art. 49, I (aprovação de Tratados...); no art. 49, XII (concessão e renovação de serviços de radiodifusão...); no art. 101, p.u. (aprovar indicação de Ministros do STF), etc. Conferir: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, N. A.: DOUT. 31, p. 130.

⁴⁶⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 459.

⁴⁷⁰ Odete Medauar indica como meios de controle parlamentar que visam mais imediatamente à atividade da Administração (deixando de lado o *impeachment* em nível federal e estadual, disciplinado pela Lei 1.079/50 e a responsabilidade político-administrativa de Prefeitos em nível

jurisdicional⁴⁷¹. Quando trata dessa temática Odete MEDAUAR conta que a expressão *Controle Jurisdicional da Administração* “abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre os atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração.”⁴⁷²

Sendo o controle jurisdicional o único que interessa ao objetivo deste trabalho, optou-se por estudá-lo em apartado. Ao que segue.

3. DO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 a evolução

Aponta-se que é na prática do direito público inglês que melhor se pode acompanhar o ciclo evolutivo do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, pois que sua gênese se encontra lá⁴⁷³.

Não obstante os sinais desse ciclo evolutivo no desenvolvimento histórico do direito público na Inglaterra, foi, só em 1701, com o *Act of Settlement* - o qual estabeleceu a garantia de estabilidade e competência funcional aos funcionários da Justiça -, que se reconhece a existência de um controle do Poder Administrativo por

municipal, conforme Decreto-Lei 201/67): pedidos escritos de informação (art. 50, § 2º da CF); convocação para comparecimento (art. 50 da CF); fiscalização de atos da Administração direta e indireta (art. 49, X); Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º da CF e Lei 1.579/52); Aprovações e autorizações de atos do Executivo; Sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V) e Fiscalização financeira e orçamentária (art. 70 da CF). (MEDAUAR, Odete. *Ibidem*, p. 460-462).

⁴⁷¹ Sobre o controle jurisdicional da Administração Pública, conferir, entre outros: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 126; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 17-29; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I...cit.**, p. 439-452; MEDAUAR Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 465-489; OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. *Op. cit.*, p. 63-68.

⁴⁷² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno...cit.**, p. 465.

⁴⁷³ Sobre o ciclo evolutivo do controle jurisdicional, conferir uma vez mais: FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 142-158.

um órgão autônomo, mais tarde individualizado com o nome de Poder Judiciário⁴⁷⁴, o qual, através dos seus órgãos, atuará, primordialmente, no denominado controle jurisdicional ordinário dos atos da administração pública⁴⁷⁵. Daí em diante, segundo Seabra FAGUNDES, pode-se dizer que:

esboçar a história do controle jurisdicional da Administração Pública, por intermédio da jurisdição ordinária, é acompanhar a gradativa formação do Poder Judiciário como órgão autônomo na estrutura política do Estado, porque é exatamente por meio desse fenômeno que se efetiva, com nitidez, a sua aparição no mecanismo estatal.⁴⁷⁶

Karl LOEWENSTEIN lembra que quando Locke escreveu o seu *Segundo Tratado Sobre o Governo*, em 1682, não reconheceu o Poder Judiciário como um poder propriamente dito pelo fato de que o *Act of Settlement*, que fundamentava a independência dos juízes, não estava em vigência. Tampouco Montesquieu em o seu *O Espírito das Leis*, sentiu-se compelido a conceder à função judicial a mesma importância que concedeu aos outros detentores do poder, governo e parlamento. Tanto que, como já assentado, Montesquieu considerava o Poder Judiciário um poder “quase nulo”, dado que o juiz ao aplicar a norma geral ao caso concreto, ainda que usando de técnicas diferentes, não realiza função diferente daquela realizada pela administração, ou seja, em Montesquieu o juiz não realiza uma função independente no processo do poder⁴⁷⁷.

Verifica-se, outrossim, que a função jurisdicional, como elemento necessário na vida do Estado só aparece com nitidez quando surge, dentro da Administração, uma separação de órgãos. Ressalta-se que, ainda que não se tenha localizado a exata sistematização dessa concepção de Estado, “é indubitável que é da ideologia imanente à Revolução Francesa e de seu ideário que nasce esse atributo de submeter o poder político a um controle.”⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Cf.: FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 143.

⁴⁷⁵ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

⁴⁷⁶ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁷⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución...cit.**, p. 67.

⁴⁷⁸ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 40.

É certo também que essa separação, embora não seja nítida e definitiva, existia há tempos, prova disso é a existência de funcionários que administravam mesmo, e funcionários que resolviam conflitos. Mas, foi com a independência assegurada aos juízes, de maneira a lhes afastar da influência do soberano e tornar sua autoridade eficiente, que surgem os funcionários incumbidos de administrar a justiça, compondo então o Poder Judiciário, autônomo. Ou, para explicar melhor, é quando se constitui um poder especialmente jurisdicional que o controle sobre os atos administrativos passa a existir⁴⁷⁹.

Verifica-se que o sistema de exame contencioso dos atos administrativos pelos órgãos do Poder Judiciário, ainda hoje adotado na Inglaterra, foi seguido pelos constituintes norte-americanos. Em 1831 foi a vez da Constituição belga, e, alguns anos depois, por inspiração desta, foi adotado na Itália com a Lei n. 2.248 de 20 de março de 1865, e na Romênia, em 1866. A Constituição irlandesa de 1922 também deu ao Judiciário o controle exclusivo dos atos da Administração Pública. Igualmente o México assim o fez⁴⁸⁰.

Na França, por um longo período, os *parlamentos* e os *corpos judiciários*, se puseram em luta com o poder real e com os *intendentes* (órgãos locais da Administração), atrasando certas reformas administrativas propostas. Assim, quando a Revolução de 1789 encontra uma opinião pública perplexa e resistente à ingerência dos corpos judiciários nos negócios administrativos, exclui-se, qualquer possibilidade de contato entre os Poderes Executivo e Judiciário⁴⁸¹.

Dessa situação decorre a edição da já referida Lei n. 16, de 24 de agosto de 1790, na qual se proclama que: “As funções judiciárias são distintas e ficarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos”.

⁴⁷⁹ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁸⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 145-149.

⁴⁸¹ Sobre a resistência dos revolucionários, detentores do poder, em aceitar os juízes, identificados historicamente como classes conservadoras, conta-se que “na última fase do *Âncien Régime*, os parlamentos, que exerciam funções típicas de tribunais, transformaram-se no último reduto dos nobres, os quais fizeram dessa instituição uma fortaleza de oposição às grandes reformas de estrutura que tenta empreender o rei, notadamente quando se objetivam transformações da estrutura social.” (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 41).

Desta forma restou vedado ao Judiciário, não só a possibilidade de interferência nos negócios da Administração, como também a apreciação de questões que deles se originassem.

Também a Constituição de 3 de setembro de 1791, no art. 3º, dispôs que os tribunais não podiam interferir nas funções administrativas, nem chamar a juízo os administradores em virtude delas. Mais tarde a Lei 16 fructidor, do ano III, de 2 de setembro de 1795, vem reafirmar o pensamento revolucionário nesse sentido ao dispor que: “Proibições iterativas são feitas, aos tribunais, de conhecer dos atos administrativos de qualquer espécie que sejam”⁴⁸².

Por outro lado, as Leis n. 6, de 11 de setembro; e, n. 7, de 14 de outubro, ambas do ano de 1790, conferem ao chefe de Estado, aos ministros e aos corpos departamentais, a prerrogativa de corrigir os seus próprios desacertos, conhecendo das reclamações suscitadas pelos atos administrativos.

Dessa maneira a Administração Pública, colocada acima de qualquer controle jurisdicional, passa a ser o próprio juiz dos seus atos. Assim, foi atribuído à Administração “um perigoso campo de irresponsabilidade, pois tal é a consequência prática dessa autonomia.”⁴⁸³

Paulo Magalhães da Costa COELHO, por sua vez, sustenta que a ideia do contencioso administrativo “nasce de uma pretensão da administração pública de se colocar imune a qualquer controle jurisdicional.”⁴⁸⁴ Conta-se que foi na tentativa de evitar tais “irresponsabilidades” e suas sempre nefastas consequências que Napoleão Bonaparte - o primeiro governante a atender às aspirações coletivas, no sentido de opor limites à autoridade administrativa -, criou os Conselhos de Jurisconsultos, de Estado e de Prefeitura, que passaram a exercer o *controle jurisdicional do Poder Executivo, de tipo especial*, com a separação entre as autoridades administrativas e as autoridades administrativas judicantes⁴⁸⁵.

⁴⁸² MAIRAL, Héctor A. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁸³ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 150-151.

⁴⁸⁴ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁸⁵ FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 151.

O sistema de jurisdição dupla (especial) para o conhecimento contencioso dos atos administrativos é o mais generalizado e tem na França a sua expressão clássica. Este sistema, embora não tenha assento constitucional, foi reconhecido pelo Conselho Constitucional⁴⁸⁶.

Tal sistema implica um controle exercido mediante duas ordens paralelas de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa destinada a julgar litígios em que a Administração Pública seja parte⁴⁸⁷. Tem atribuição de competência baseada na matéria da controvérsia, como ocorre na França⁴⁸⁸.

A jurisdição administrativa ou o contencioso administrativo é formado por um conjunto escalonado de juízes ou tribunais administrativos, onde o órgão supremo, de regra, é o Conselho de Estado, órgão independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária e cujas decisões representam a última instância⁴⁸⁹. Adotam –no, atualmente, a França, a Alemanha, a Suécia e Portugal. A Itália e a Bélgica instituíram a dupla jurisdição incompleta⁴⁹⁰.

Aponta-se que na jurisprudência administrativa francesa, a ruptura inicial com as concepções tradicionais do passado sintetizadas na incontrolabilidade judicial do “ato discricionário”, entendido como “ato de pura administração”, ocorreu com a afirmação da existência do instituto do “poder discricionário” quando o Conselho de Estado, no julgamento *Arrêt Grazzietti*, em 31 de janeiro de 1902, abandonou a ideia de existência dos atos discricionários “como resíduo de uma liberdade da Administração preexistente a um enquadramento normativo que não pode mais dispensar-se”⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ Segundo Seabra Fagundes, por sua influência, adotaram-no a Finlândia, a Grécia, a Turquia, a Iugoslávia, a Polónia, a República Tcheca, a Eslováquia, a Suíça e a Hungria. (FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 151 e 152).

⁴⁸⁷ MEDAUAR, Odete. *Ibidem*, p. 465 e 466.

⁴⁸⁸ Segundo Mairal, “*en Francia, donde, como regla general, la jurisdicción administrativa interviene cuando la actividad estatal cuestionada constituye un servicio público, mientras que las demás causas en que la Administración es parte corresponden a la jurisdicción judicial.*” (MAIRAL, Héctor A. *Op. cit.*, p. 18).

⁴⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 465 e 466.

⁴⁹⁰ MEDAUAR, Odete. *Ibidem*, p. 466.

⁴⁹¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...cit.**, p. 89.

Germana de MORAES conta que Maurice Hauriou, ao comentar este julgamento, ressalta que não existem mais atos discricionários, mas um “certo” poder discricionário de apreciar a oportunidade das medidas administrativas e, que tal poder se encontra em maior ou menor grau em todos os atos da Administração⁴⁹².

No direito francês atual repudia-se a ideia de ato inteiramente discricionário e prefere-se falar em atos praticados no exercício do poder discricionário, os quais podem ser objeto de apreciação pelos Tribunais nos seguintes aspectos: (i) controle formal do ato administrativo por incompetência e vício de forma; e (ii) controle material do ato do ponto de vista objetivo, nos casos de violação e de lei; e, do ponto de vista subjetivo, nos casos de desvio de poder⁴⁹³.

Entretanto, como esse repúdio encontrou justificativa no fato de que a expressão *ato discricionário*, serviu, durante determinado período, para afastar o controle judicial, a partir do momento em que se reconhece que inexistente ato inteiramente discricionário, o repúdio deixou de justificar-se, pois o controle exercido pelo Poder Judiciário sempre poderá recair sobre os aspectos de legalidade do ato, tais como competência, forma e fim.

De outra parte verifica-se que o sistema de controle pela jurisdição una (comum ou ordinária), originário da Inglaterra⁴⁹⁴, está, portanto, assentado numa concepção da separação dos poderes oposta à francesa, bem como na opinião de que os direitos individuais só ficaram suficientemente amparados, em face dos atos administrativos, quando o exame contencioso deste foi entregue a um órgão autônomo⁴⁹⁵.

⁴⁹² *Idem*, p. 89.

⁴⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**...*cit.*, p. 94-96.

⁴⁹⁴ Héctor A. Mairal conta que, “*el sistema originario de Inglaterra y pasó a los Estados Unidos con la particularidad, en este último país, de la organización federal y su correlativa estructura de tribunales federales que intervienen cuando es parte la Administración nacional o una de sus entidades.*” (MAIRAL, Héctor A. *Op. cit.*, p. 17 e 18).

⁴⁹⁵ Alega-se que confiada a função jurisdicional exclusivamente ao Poder Judiciário, atende-se melhor ao princípio da separação dos poderes e a especialização de funções, dando margem a um regime de melhor equilíbrio e reciprocidade de controle entre os poderes. Seabra Fagundes se afirma também convencido de que o argumento de que só existe garantia eficaz aos direitos do administrado, se protegidos pela intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, afirma-se que “o reexame dos atos do Poder Executivo por um corpo especializado, que dele se destaque apenas com

Através deste sistema, o Poder Judiciário aprecia as atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do direito privado, seja no âmbito do direito público, isto é, toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional. Por isso é também denominado sistema de jurisdição única⁴⁹⁶. Esse sistema é típico de países anglo-saxônicos e por países latino-americanos, como o Brasil e a Argentina⁴⁹⁷.

Importa notar que ambos os sistemas, o da jurisdição una ou simples e o da jurisdição dupla ou especial, terão suas ações submetidas ao controle efetivo por autênticos juízes e com as garantias necessárias para o desempenho de sua missão controladora⁴⁹⁸.

Ressalta-se, outrossim, que tanto um como outro sistema comportam, excepcionalmente, exceções e que, em ambos o Poder Executivo sofre um pleno controle jurídico, diferindo apenas no que se refere à organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, impõe, quase integralmente, a unidade jurisdicional para o controle da Administração Pública. E não bastasse os artigos da Constituição que tratam da competência do Poder Judiciário⁴⁹⁹, no capítulo “Dos direitos e garantias individuais”, está consignado no art. 5º, XXXV o

o fim de dividir metodicamente atribuições não infunde confiança”, pois que, ao final, a distinção afigura-se apenas como sendo nominal. (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 154 e *passim*).

⁴⁹⁶ Seabra Fagundes menciona Hauriou (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 10. ed., texto e nota, p. 869) segundo quem, é conveniente não confundir *contencioso administrativo* e *jurisdição administrativa*. Pois enquanto o primeiro compreende o conjunto de processos suscitados pela atividade da Administração Pública, a segunda é a expressão que designa o conjunto de poderes de certos tribunais para o conhecimento das causas do contencioso administrativo. (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 138).

⁴⁹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**...*cit.*, p. 466.

⁴⁹⁸ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 40.

⁴⁹⁹ O art. 119 (CF 1937) e art. 102 (CF 1988) atribui ao Supremo Tribunal Federal, segundo casuística peculiar, o papel de órgão máximo do contencioso administrativo no país, ora funcionando como instância única, ora decidindo em grau de recurso (ordinário e extraordinário); o art. 125 (CF 1937) e o art. 109 (CF 1988) dispõe sobre a competência dos juízes federais para o processo e julgamento, em geral das matérias do contencioso da União e das entidades autárquicas ou empresas públicas federais; o art. 122 (CF 1937) e o art. 108 (CF 1988) que confere aos Tribunais Federais de Recursos nesse mesmo campo, competência de segundo grau e, excepcionalmente originária; a Emenda n. 1, art. 129 (CF 1937) e art. 124 (CF 1988) dispõe que ao Superior Tribunal Militar caberá conhecer de atos administrativos, quando o contencioso criminal militar, que lhe é delegado, possa indiretamente ensejá-lo. Também à Justiça Eleitoral, conforme dispõe a Emenda n. 1, art. 137, VII, segunda parte (CF 1937) e o art. 121 (CF 1988) e arts. 22, 23, 29, 30, 34, 40 e 41 da Lei 4.737, de 15.07.65 (Código Eleitoral), compete conhecer de parte do contencioso da Administração. O artigo 125 e §§ (CF 1988) dispõe sobre os Tribunais e Juízes Estaduais.

princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, segundo o qual: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. E mesmo nas causas contra pessoas jurídicas de direito público, não reservadas à jurisdição dos juízos e cortes federais, se compreendem na das justiças dos Estados. Não resta dúvida que o direito protegido estendeu-se também, para além dos indivíduos, às pessoas jurídicas, entidades e aos direitos coletivos e difusos⁵⁰⁰.

Na lição de José Afonso da SILVA “a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada”⁵⁰¹.

Odete MEDAUAR lembra que “no tocante ao controle da Administração, o preceito afirma a regra da unidade de jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos.”⁵⁰²

Nesse mesmo sentido Seabra FAGUNDES já afirmava que não há lugar para tribunais administrativos com função contenciosa no Brasil, pois que a existência de tal jurisdição, além de contrária à tradição do direito brasileiro, é vedada pela expressa letra constitucional⁵⁰³. Para tanto, seria preciso reforma da Constituição para instituí-la⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Ressalte-se que à regra de que todas as situações contenciosas em que se ache envolvida a Administração incidem no conhecimento do Poder Judiciário, a Constituição autoriza, ainda que restritamente, exceções. A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, quando conexos com os desse, e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Os seus julgamentos serão da competência do Congresso nacional. A segunda se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Tribunal de Contas. A terceira diz respeito às ações relativas à disciplina e às competições desportivas, que só serão apreciadas pelo Poder Judiciário quando esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva. Sobre tais exceções, conferir os arts. 51, I; 52, I e II; art. 70, § 4º e art. 217, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988; e, FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 167.

⁵⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 410.

⁵⁰² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 466.

⁵⁰³ Segundo Seabra Fagundes “A Constituição de 1891 adotou, inequivocadamente, o controle jurisdicional único do Poder Judiciário sobre a Administração. Jamais se levantou séria objeção em contrário. Tanto na doutrina, como na jurisprudência, o acordo se fez. (...) A Carta de 1934 não inovou em contrário.” (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 164 e 165).

⁵⁰⁴ Gustavo Binenbojm em nota atualizadora à obra de Seabra Fagundes esclarece que sob a égide da EC 01/69 era possível que através de reforma à Constituição se institísse um sistema de

3.2 cabimento, titularidade, exercício e finalidade

O controle jurisdicional é controle externo, de regra *a posteriori*, repressivo, ou corretivo e, algumas vezes, preventivo. Tem lugar quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo⁵⁰⁵.

Tal controle se exerce por uma intervenção do poder judiciário no processo de realização do direito. Sua realização se inicia através do ajuizamento de ações, que observam procedimentos formais (juiz natural, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, etc.) e se encerra por sentença motivada e dotada de autoridade de coisa julgada, de maneira que à Administração só resta acatá-la⁵⁰⁶.

Aqui a Administração deixa de ser órgão ativo do Estado e passa a ser vista como parte, ao lado e em condições de igualdade com o indivíduo. O Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também atos necessários na ultimação do processo executório⁵⁰⁷.

Não obstante a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional ser a proteção do indivíduo frente aos possíveis abusos por parte da Administração Pública, este controle pode, secundariamente, ser útil ao próprio mecanismo da Administração Pública.

jurisdição dual no Brasil. Com efeito, a preservação do princípio da separação de poderes não era cláusula pétrea (cf.: art. 47 da Carta de 1934). O mesmo não ocorre na vigência da Constituição de 1988, cujo art. 60, § 4º, III estabelece como imutável o núcleo essencial do referido princípio. De fato, o estabelecimento de um sistema de jurisdição dual atingiria o núcleo duro de tal princípio, que pressupõe a existência de um Poder Judiciário uno. Ademais, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional reforça a impossibilidade da reforma hipotética em comento (art. 5º, XXXV, da Constituição), uma vez que as garantias individuais também constituem limites materiais ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV, da Constituição). É questão ainda aberta à discussão, no entanto, se a lei pode estabelecer restrições parciais e temporárias ao acesso ao Judiciário com vistas à preservação dos interesses públicos. (Gustavo BINENBJOM, N. A.: DOUT. 6 *In*: FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 166).

⁵⁰⁵ Leciona Seabra Fagundes que, “Ao Poder Judiciário compete o exercício do controle chamado jurisdicional ou judiciário conforme se tome por base a denominação da função ou do órgão.” (FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 132 e 133).

⁵⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 465.

⁵⁰⁷ Segundo Seabra Fagundes, a operação executiva, realizada pelo Judiciário, se desdobra em duas fases: uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo e outra formalmente jurisdicional, mas, materialmente administrativa, que é a da execução da sentença. (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 135).

Verifica-se que o controle jurisdicional se apresenta com menor relevância nos Estados sob regime parlamentarista do que nos de sistema presidencialista.

Nos Estados parlamentaristas a atividade administrativa se desenvolve segundo orientação e controle político do Poder Legislativo⁵⁰⁸. Nesse sistema, segundo Rui BARBOSA, se verifica “um ponderável elemento de equilíbrio funcional dos poderes públicos e de limitação ao Poder Executivo, embora não chegue a excluir a necessidade de controle jurisdicional.”⁵⁰⁹

Nos países de regime presidencialista, como é o caso do Brasil, que tem por característica particular a supremacia do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, se acentua a necessidade da interferência jurisdicional no exame da atividade administrativa, no sentido de vinculá-la à ordem jurídica. Pois, como bem ressalta Seabra FAGUNDES “(...) o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico”⁵¹⁰, pois sabe-se que “a proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos.”⁵¹¹

Praticamente no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas, pois, como já assentado, embora o Poder Legislativo possua muitos instrumentos de controle do Poder Executivo, esse controle não tem se mostrado eficiente⁵¹².

⁵⁰⁸ Isso se verifica seja, pela tradição nacional de cada Estado, como é o caso da Inglaterra, seja pela expressão positiva dos textos constitucionais, como acontece na Suíça (art. 102 da Constituição Federal) e na Irlanda (Constituição Federal de 1922, arts. 1; 52 a 56 e 61), ou seja, por ambos os motivos, como na França. (FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 137).

⁵⁰⁹ BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, p. 38 e 46.

⁵¹⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 137.

⁵¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 466.

⁵¹² É opinião de Gustavo Binenbojm que, “falar-se atualmente, diante de um regime democrático, em supremacia do Poder Executivo, talvez seja um exagero. O que há é uma reestruturação das relações entre esses poderes. Não se nega que o Parlamento diminuiu sua importância (notadamente quanto à exclusividade de edição de atos normativos). Entretanto, o Parlamento mantém ainda importantes funções ligadas ao controle do Executivo.” (FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.* N. A.: DOUT. 3 e 4, p. 130 e 137, respectivamente).

Portanto, o Judiciário “não é o único, mas o último e mais importante órgão a controlar a atividade administrativa”⁵¹³. Certamente “não é o único espaço possível para a emancipação política dos cidadãos brasileiros na atualidade, mas é a nossa alternativa.”⁵¹⁴

3.3 o alcance e ampliação do controle jurisdicional, uma violação ao princípio da separação dos poderes?

A questão do alcance do controle jurisdicional da Administração é controvertida. Há uma tendência favorável no sentido de um controle jurisdicional restrito da Administração, no sentido de atuação pautada na Constituição e na lei. Entre os argumentos que justificam essa orientação invoca-se o Princípio da Separação dos Poderes para se afirmar a impossibilidade de ingerência jurisdicional em atividade típica do Poder Executivo.

Ao Judiciário caberia, tão somente, o âmbito da legalidade estrita. Menciona-se ainda o fato de que os integrantes do Poder Judiciário não possuem mandato eletivo, faltando-lhes legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. Desta maneira, no controle jurisdicional da Administração Pública seriam apreciados somente os aspectos relativos à competência, forma e licitude do objeto⁵¹⁵. Ou seja, sempre que se tratar de ato de governo escaparia ao controle do Judiciário⁵¹⁶.

O posicionamento a favor do controle jurisdicional restrito vincula-se à preocupação quanto ao advento do chamado *governo de juízes* ou *absolutismo*

⁵¹³ Ressalta-se que o Poder Judiciário aprecia a atividade administrativa, do ponto de vista das suas consequências, sob dois aspectos: na ordem civil e na ordem penal. Na ordem civil, o controle incide diretamente sobre a atividade administrativa. Na ação penal se constatará a legitimidade ou não do seu procedimento para concluir pela condenação ou absolvição do acusado. (FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 137, N. A. 4 e 138).

⁵¹⁴ APPIO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 251.

⁵¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 468.

⁵¹⁶ Sobre atos de governo e os limites de sua realização, ver: APPIO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 106-108; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988...cit.**, p. 88 e 89; e, MALBERG, Raymond Carré de. **Teoría Generale del Estado...cit.**, p. 486 e ss.

*jurisdicional*⁵¹⁷, ou como quer Paulo OTERO ao Estado jurisdicional ou fuga para o terceiro setor, em que os tribunais seriam substitutos da discricionariedade dos agentes administrativos. Este autor menciona, também, a necessidade “de um espaço de reserva decisória a favor da Administração que se mostra insuscetível de ser “devorado” ou “invadido” primariamente pelos tribunais.”⁵¹⁸ É o que Germana de Oliveira MORAES chama de “reserva de administração”, enquanto âmbito de competência e responsabilidades exclusivas do poder executivo”. Segundo ainda esta autora, essa posição doutrinária que afirma a reserva da Administração perante os Tribunais, invocando o princípio constitucional da separação dos poderes para fundamentá-la, na realidade outra coisa não é do que a limitação do controle jurisdicional da Administração Pública⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Nesse sentido, conferir, entre outros: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94-96; FAGUNDES, Seabra. M. *Op. cit.*, p. 120 e ss.; e, MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de Controle da Discricionariedade...cit.**, p. 89; e, da mesma autora, **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 468-469.

⁵¹⁸ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 288 e 289.

⁵¹⁹ Segundo Germana de Moraes, comungam desta posição: Rogério Ehrhardt Soares (Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, separada do volume LVII, 1981, p. 14), segundo quem “o princípio da separação de poderes, mesmo numa compreensão diferente da tradicional, reclama o reconhecimento à Administração de uma capacidade de realização da ideia de Direito, que passa, até onde for possível, pela liberdade de preenchimento do sentido de preceitos legais. Se junta a isto o princípio de respeito pela Administração autônoma, que joga nesse domínio a favor duma maior liberdade. Finalmente recorde-se que a jurisdicionalização até ao limite está em parte assente num preceito de não legitimação da máquina administrativa, o que tem sua razão histórica já caduca”; e, Sérvulo Correia (Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 488), o qual sustenta que “no Estado de nossos dias, seria impensável uma Administração desprovida de margem de livre decisão, isso porque a Administração é hoje constitutiva ou conformadora, isto é, assume o propósito de configurar a sociedade.” Esclarece ainda este autor que o poder próprio da Administração manifesta-se precisamente no exercício da discricionariedade e da ‘apreciação de avaliação’, respeitante ao preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, figuras através das quais o ordenamento jurídico recusa a subordinação total da Administração ao legislador, porque as soluções se vão basear em premissas autonomamente acolhidas pelo órgão administrativo, e ao juiz, porque a este não caberá substituir-se à Administração para efeito de refazer os juízos valorativos de prognose e de ponderação de interesses em conflito, isto é, não lhe cabe rever e emitir em última instância juízos de mérito que integrem materialmente a função administrativa. As normas que encerram os conceitos jurídicos indeterminados ou conferem discricionariedade, em seu entender, deixam à Administração um momento criativo, embora regidos por alguns princípios, dentro os quais cita, com base no Direito Constitucional português, os princípios da vinculação ao fim, da imparcialidade e da proporcionalidade, e configura o exercício de um poder de determinação daquilo que em cada momento, nos casos concretos, é melhor para a satisfação dos interesses públicos enunciados na lei. (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...cit.**, p. 108 e 109).

Diante do fato de que a apreciação do juízo de conveniência e oportunidade, inerente à atividade administrativa, não é passível de revisão pelo órgão de fiscalização, Marçal JUSTEN FILHO assegura que:

isso não impede a invalidação de atos por efeitos formais: assim, não se pode invocar a competência discricionária para defender ato produzido com infração do devido processo legal. Por decorrência, deve ser pronunciado o defeito do ato quando se evidenciar que a Administração deixou de tomar todas as precauções necessárias a adotar a solução mais adequada em vista do caso concreto. Esse é um defeito atinente ao devido processo legal.⁵²⁰

Outra vertente defende o controle jurisdicional amplo e também encontra justificativa no princípio da separação de poderes, pois se só “o poder freia o poder”, é da lógica deste princípio o controle da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida⁵²¹. Para isso, os ordenamentos, tanto no sistema de jurisdição una como no de jurisdição dupla, garantem a independência dos juízes.

Nesse sentido Héctor MAIRAL observa que nos ordenamentos onde existe controle de constitucionalidade das leis, a invocação do Princípio da Separação dos Poderes para limitar a apreciação jurisdicional das decisões administrativas perde grande parte de sua consistência⁵²².

No direito brasileiro, ainda na vigência da Constituição de 1946, as posições de Seabra Fagundes, em voto proferido na AP. Cível 1422, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (RDA 14/1948), de Vitor Nunes Leal (comentários ao mesmo acórdão, na RDA 14/1948, p. 53 e ss.) e de Caio Tácito (*O Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, 1951), assinalaram um passo importante na ampliação do controle jurisdicional, além da competência e forma da decisão administrativa, para adentrar nos motivos e no fim, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade ou mérito⁵²³.

⁵²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 993.

⁵²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 468.

⁵²² MAIRAL, Hector A. *Op. cit.*, p. 18.

⁵²³ Nesse sentido ver: MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de Controle da Discricionariedade...cit.**, p. 87; e, da mesma autora, **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 468-469.

Nessa esteira, Araujo CINTRA referindo-se ao que denomina auto-restrição judicial em confronto com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tece as seguintes considerações: “se essa auto-restrição não viola a letra do preceito constitucional, distancia-se, pelo menos, do seu espírito, que requer a apreciação judiciária – na sua amplitude natural – de qualquer (alegada) lesão de direito.”⁵²⁴

Se no Brasil, antes da Constituição de 1988, se notava clara tendência na doutrina e na jurisprudência no sentido da ampliação do controle jurisdicional da Administração, essa tendência vem se acentuando ao longo da sua aplicação. O Texto Constitucional de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público.

Segundo Manoel Gonçalves PEREIRA FILHO, desde antes da promulgação da Constituição de 1988, já se vislumbrava uma mudança no papel confiado ao Poder Judiciário relativamente à Administração Pública. Isto em razão do desenvolvimento da ação popular e, depois da ação civil pública.

Mas a atual Constituição consagra o alargamento do campo da ação popular, de maneira que, além de proteger o patrimônio público, passa a proteger igualmente a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Também a ação civil pública, apesar de nova, foi ampliada. O Ministério Público, de seu lado, teve suas funções aumentadas, conforme o art. 129, III⁵²⁵. Quanto ao mandado de segurança, a Constituição não só manteve o modelo clássico (art. 5º, LXIX) como lhe acrescentou um novo: o do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX)⁵²⁶.

⁵²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 1979, p. 58.

⁵²⁵ Relativamente à ampliação do raio de ação do Ministério público, verificou-se que foi-lhe acrescentada a possibilidade de promover ação civil pública para a defesa do patrimônio público, bem como para tutelar os interesses difusos e coletivos que a Lei n. 7. 347/85 lhe recusara.

⁵²⁶ O mandado de segurança coletivo é meio para reclamar do juiz proteção a interesses difusos, como ao meio ambiente sadio. Tais medidas são preventivas e discricionárias, as quais visam o bem comum, que segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho são “traços típicos das decisões que antigamente chamavam ‘políticas’.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...cit.**, p. 209).

Cumpre ressaltar que a omissão - fundamento da ação de inconstitucionalidade por omissão -, pode ser a de providências administrativas (art. 103, § 2º). Neste caso, verificada a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, o Judiciário exigirá essa providência, dando ao órgão administrativo responsável o prazo de trinta dias para fazê-lo⁵²⁷.

Aos instrumentos já mencionados, a Constituição acrescentou o *habeas data* (art. 5º, LXXII), uma espécie de mandado de segurança para dar acesso às informações sobre a pessoa do interessado que constem de registro público, ou corrigi-los. Tal instrumento não se mostrou eficaz, até porque o mandado de segurança poderia lhe fazer as vezes, sem qualquer dificuldade.

A nova força dos princípios, a que já se aludiu, a propagação dos direitos e garantias fundamentais, a crescente consciência dos direitos da população, são todos, fatores que, na opinião de Odete MEDAUAR, levam ao aumento progressivo da demanda por justiça ante os atos ou omissões da Administração. São fatores que, de um lado, alargam a esfera do controle, de outro, estreitam as fronteiras da discricionariedade. Pois assim como a legalidade administrativa, após a edição da Constituição de 1988, encontra-se apoiada em bases mais amplas, por consequência, o mesmo se dá com controle jurisdicional sobre a atividade administrativa. Esta evolução, segundo, ainda, esta autora, é “o coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988.”⁵²⁸

Segundo Jessé Torres PEREIRA JUNIOR, se a norma não indicar os princípios regentes de sua própria interpretação, o intérprete e aplicador não estará impedido de valer-se dos princípios que, “reconhecidos como tais, leva de volta à supra-positividade dos princípios e à sua supremacia para a descoberta de valores que devem prevalecer em dada situação de conflito.”⁵²⁹ Nessa mesma linha é o voto do Ministro Celso de MELLO, segundo o qual:

⁵²⁷ Segundo opinião de Ferreira Filho, “O texto é, sem dúvida, letra morta. Entretanto, é significativo que o Judiciário possa fazer determinações compulsórias, com prazo fixado, sobre providências administrativas referentes à execução de norma constitucional, ou seja, de interesse geral.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibidem*, p. 209).

⁵²⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 174 e 175.

⁵²⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 66 a 68.

É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.⁵³⁰

Na concepção de Odete MEDAUAR o controle jurisdicional não pode se realizar alheio a tais princípios e aos desmandos dos agentes públicos, pois que há momentos em que, diante dos interesses de uma maioria forjada por todo o tipo de troca, a separação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo deixa de existir.

Os representantes do povo convertem-se em marionetes do Executivo, de maneira que ao indivíduo, que se encontra ameaçado em seus direitos individuais, resta socorrer-se do Poder Judiciário. É certo que tal ampliação do controle jurisdicional não tem por fim a substituição do administrador pelo juiz; mas sim, quando for o caso, a anulação de atos, a obrigação de fazer, abstenção de agir, a reparação de danos, etc.⁵³¹.

É inegável que os princípios acolhidos pela Constituição concedem ao magistrado uma ampla margem de discricção. Basta ver que, por força do art. 37, *caput*, da Constituição, pode o Judiciário verificar o cumprimento dos princípios – cujo conteúdo é subjetivo – dentre os quais os de moralidade, impessoalidade e, por força da Emenda n. 19/98, o da eficiência⁵³², para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir-se ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado juridicamente⁵³³. De fato essa margem de discricção do juiz inexistia, e inexistiu, quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos objetivamente demonstráveis. Ela ocorre em questões para as quais não existe resposta “certa”, mas sim alternativas de política⁵³⁴.

⁵³⁰ Nesse sentido, conferir: STF, MS 20.999, Relator Ministro Celso de Mello, j. 21.03.1990, DJ 25.05.1990, p. 4.605.

⁵³¹ MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de Controle da Discricionariedade...***cit.*, p. 89.

⁵³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...***cit.*, p. 200.

⁵³³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública...***cit.*, p. 18.

⁵³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...***cit.*, p. 209 e 210.

O controle pelo Judiciário da atuação administrativa discricionária não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que não haveria uma substituição do juiz pelo administrador, pois àquele caberia apenas afirmar ou não a conformidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico. Ademais, perdoe-se a repetição, sabe-se que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal determina que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Acerca do tema, Juarez FREITAS assevera que:

Em Estatuto Fundamental pautado pelo princípio da unicidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), a Administração Pública precisa, vez por todas, exemplarmente acatar os pronunciamentos irrecorríveis do Poder Judiciário, sob pena de perecer a credibilidade do sistema de controle, dele subtraindo o hálito vital do respeito mútuo e da independência harmônica dos Poderes (arts. 2º, e 60, § 4º, III, da CF). Dentro de limites deve assumir, em maior grau, o dever de acatar, por exemplo, as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, mormente em sede concentrada, ainda quando os repute politicamente desalinhado.(...).⁵³⁵

Tendo por objeto central a discricionariedade administrativa e sua vinculação ao direito fundamental à boa administração pública, ressalta-se que o controle, na perspectiva da boa governança, exige uma discricionariedade administrativa legítima, responsável e proporcional⁵³⁶. A esse respeito Gustavo Justino de OLIVEIRA leciona que:

(...) sendo a administração pública a interface entre o governo e a sociedade, cabe aos cidadãos exigir – inclusive judicialmente – que os órgãos, entidades, autoridades e funcionários públicos obedeçam sempre a determinadas posturas e condutas. Refiro-me aos deveres fundamentais da administração pública, obrigando-a a fornecer continuamente informações sobre os assuntos públicos, a possibilitar o livre acesso a documentos públicos nos casos não vedados pela Constituição, a justificar adequadamente as razões que a levam a praticar ou não praticar determinados atos (...).⁵³⁷

⁵³⁵ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 151.

⁵³⁶ Segundo Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, no período denominado Alta Idade Média (que vai de meados do século VIII ao século X), no Ano 800, Carlos Magno, rei dos francos, dá início ao processo de descentralização e atribuição de autoridade a condados locais, com o intuito de estabelecer uma administração pública eficiente e abrangente, o que resulta na fragmentação do poder político do monarca. (PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Op. cit.*, p. 22 e 23).

⁵³⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **O Bom Governo e a Boa Administração**. In: *Jornal A Gazeta do Povo*. Curitiba, de 28 de Abril 2008, p. 2.

É o mínimo que se deve aspirar num Estado Democrático de Direito, se assim não for, está plenamente autorizada a interferência de um poder por sobre a atuação do outro⁵³⁸.

3.4. considerações acerca de uma possível influência da *common law* no sistema jurídico brasileiro

Verifica-se que, muitas vezes, em nome da tradição, desconsidera-se um determinado fenômeno jurídico, ou quando se o considera é com preconceito. É o preconceito, e, sobretudo, a falta de conhecimento, que impede que se considere outro sistema jurídico, tal como o da *common law* inglesa que - embora tenha se desenvolvido em um contexto histórico diverso daquele da Revolução Francesa, o qual iluminou o sistema da *civil law*, do qual o Brasil é adepto -, poderia, sim, abrir um campo novo e, certamente, mais seguro no enfrentamento dos conflitos típicos de uma sociedade plural e dinâmica, como é o caso da sociedade brasileira⁵³⁹.

Aponta-se que enquanto no continente europeu, foi construído um direito *erudito*, que teve como mola propulsora a redescoberta de uma compilação de fontes do direito romano, na Inglaterra, o direito estabelecido a partir dos séculos XI e XII não recorreu aos institutos do direito romano, tanto que no direito inglês falta a

⁵³⁸ Ressalta-se que das atividades inerentes ao controle jurisdicional decorrem medidas que repercutem no âmbito da Administração. Essas medidas incluem: (i) A suspensão de atos ou atividades ou, ao contrário, o Judiciário determina que se realizem atos ou medidas. É o caso das liminares que podem ser expedidas em mandado de segurança individual e coletivo, em ação popular, em ação civil pública, nas medidas cautelares. Entretanto a Lei 8.437/1992, além de estabelecer restrições à concessão de liminares contra atos do Poder Público no procedimento cautelar, determinou que no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública a liminar será concedida, quando cabível, após audiência de representante judicial de pessoa jurídica pública; (ii) Anulação do ato, que deixa de vigorar e de produzir efeitos; (iii) Imposição de fazer algo, de agir em certo sentido, de editar um ato, de tomar alguma providência (reintegrar um serviço; publicar ato de promoção, etc.); (iv) Imposição de abster-se de algo, paralisar uma atividade ou não iniciar atividade (parar a construção de um viaduto; deixar de veicular uma propaganda, etc.); (v) Imposição de pagar através de sentença (vencimentos e benefícios de servidores; devoluções de indébitos, etc.); (vi) Imposição de indenizar ou ressarcir (nas ações referentes à expropriações e à responsabilidade civil do Estado). (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno...cit.**, p. 470-471).

⁵³⁹ Sobre a *commom law*, sua formação, expansão, divisões e características no período moderno, conferir, entre outros: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? *?...cit.*, p. 52 e DAVI, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24-26 e *passim*.

erudição própria ao saber praticado nas universidades do continente europeu. Os juristas do sistema da *common law*, apesar de longe das universidades, encontravam-se inseridos na prática judiciária, tinham contato direto e instrução com profissionais experientes. Ressalta-se que este sistema não representou uma separação entre o direito posto e o costume, ao contrário, procurou incorporar os costumes locais ao direito comum⁵⁴⁰.

No século XII, o sistema da *common law* já se encontrava consolidado e os tribunais reais em franca atividade⁵⁴¹. Neste contexto se evidenciou duas dimensões fundamentais do direito comum inglês, quais sejam: (i) a abertura para o futuro, com a possibilidade de criação de novas formas de tutela a partir de novas situações submetidas à apreciação dos tribunais e (ii) a constante referência ao passado, em face do procedimento argumentativo requerido, quer para demonstração da existência de um costume imemorial, quer pela frequente menção aos precedentes judiciais. Frise-se que foi por meio do sutil intrincamento dessas duas dimensões que o *common law* foi ganhando autonomia e sofisticação⁵⁴².

Guardadas as características próprias de cada um destes dois sistemas, a separação entre eles é fundada, sobretudo, na tradição de cada um deles. O sistema da *common law*, ao contrário do que se acredita, tem uma grande produção legislativa e vários códigos. O que varia do sistema da *civil law* para o da *common law* é o significado que se atribui aos códigos e à função que o juiz exercia ao considerá-los. Ressalta-se que neste último sistema, nenhum código teve a pretensão de abrigar todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos nem foram usados no sentido de restringir os espaços de o juiz pensar. No sistema da *common law* “jamais se acreditou, ou se teve a necessidade de acreditar, que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei.

⁵⁴⁰ PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Op. cit.*, p. 34 e 35.

⁵⁴¹ Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi informam que os primeiros *Year Books* - compilações de decisões judiciais para orientação para casos futuros - foram publicados no século XII; e, que no fim desse mesmo século, surge a primeira obra doutrinária sobre o *common law*: *De legibus et Consuetudinibus Angliae*, supostamente escrita por Glanville, o qual teria sido conselheiro de Henrique II. (v. texto e nota, p. 30). (...) Entretanto, depois da Magna Carta (1215) e das Provisões de Oxford (1258), foi na *Statute de Westminster II* (1285), onde a *common law* foi tratada como tema central (v. pp. 39-41). (...) os autores (v. texto e nota, p. 66) aduzem ainda sobre a “ausência de reflexão e de compilação dos precedentes da *common law*”, que marcou a experiência jurídica no século XVI. Os *Years Books* deixaram de ser publicados em 1535 e, nenhum tratado sobre o direito inglês foi publicado no século XVI. (PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Ibidem*, p. 35).

⁵⁴² PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *Ibidem*, p. 35 e 36.

De modo que, se alguma diferença pode ser vista entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, tal distinção está na ideologia subjacente à ideia de Código.”⁵⁴³

O sistema da *common law* foi formado pelos juízes, que tinham por objetivo resolver litígios particulares. Hoje, verifica-se que tais objetivos continuam a ser perseguidos. A regra de direito do *common law*, diferentemente da regra de direito da família romano-germânica, é menos abstrata e visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. A preocupação premente neste sistema é a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade⁵⁴⁴.

Sabe-se que enquanto na Inglaterra os juízes colaboraram com a unificação do poder - o Judiciário chegou a confundir-se com o Legislativo, uma vez que ambos representavam uma só força contra o poder do monarca -, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado; na França revolucionária a certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei - o poder foi transferido para o Parlamento, que não podia confiar no Judiciário.

No sistema da *civil law*, acreditou-se que o juiz atuando exclusivamente segundo a vontade da lei, estaria assegurado aos cidadãos a *certeza* e a *previsibilidade* no trato das relações sociais. Simples assim, porém completamente fora da realidade. Neste sistema, que tem por princípio básico o princípio da legalidade – ao contrário do que ocorre nos países que adotaram as regras do *common law* – não se vislumbra possibilidade de o juiz buscar a segurança e a previsibilidade para além da lei, nos precedentes (*stare decisis*)⁵⁴⁵.

Hoje, verifica-se que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes no sistema da *civil law* são menos seguros e mais flexíveis dos que os da

⁵⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Cadernos Jurídicos, n. 3 – Junho 2009. OAB-Paraná, p. 2.

⁵⁴⁴ DAVI, René. *Op. cit.*, p. 25 e 26.

⁵⁴⁵ A esse respeito, René David menciona A. L. Goodhart (*Essays In Jurisprudence and the Common Law*, 1931, reimpresso em 1972, cap. III da obra: *Case Law in England and the United States*), segundo quem “Existe na Inglaterra, desde o século XIX, uma regra do precedente que impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. Existe nos Estados Unidos uma regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente.” (DAVI, René. *Ibidem*, p. 489).

época da Revolução. Isto decorre do emprego de alguns parâmetros igualmente flexíveis, empregados recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados, de cláusulas gerais e princípios jurídicos⁵⁴⁶.

Verifica-se, outrossim, que apesar da distância entre os dois sistemas, o juiz do *civil law*, contrariando a própria tradição desse sistema, passou a exercer papel tão criativo quanto o juiz do *common law*. É inegável que essa criatividade judicial “há de ser exercida, porque exercê-la é inevitável, mas de modo a não comprometer o Estado de direito.”⁵⁴⁷ Sobre o assunto Luiz Guilherme MARINONI, assevera que:

O juiz que controla a constitucionalidade da lei certamente não é submetido à lei. O seu papel nega a ideia de supremacia do poder legislativo. O juiz mediante as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei. A feição judicial da imposição de direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebe no *common law*.⁵⁴⁸

Não obstante o exposto tem sido uma constante ignorar que o juiz, no Estado de direito, deixou de ser um mero braço do Poder Legislativo e passa a ter nova função jurisdicional. Segundo MARINONI “é justamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.”⁵⁴⁹

No sistema do *civil law* supôs-se, erroneamente, que o juiz não se vincula às decisões passadas - nem às dele próprio, nem às dos tribunais superiores – e, como justificativa alega-se que o passado poderia interferir no seu “livre convencimento” na hora de decidir sobre a vida dos jurisdicionados. Então, o juiz decidir uma mesma questão de maneira diferente, ou ainda, decidir de maneira que contrarie a decisão dada por um Tribunal Superior, faz parte da tradição do *civil law* e tal

⁵⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **A uniformidade e a Estabilidade da Jurisprudência e o Estado de Direito**. Cadernos Jurídicos, n. 3 – Junho 2009. OAB-Paraná, p. 6 e 7.

⁵⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Ibidem*, p. 7.

⁵⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 2.

conduta encontra a justificação no sistema por princípio a estrita aplicação da lei e por postulados a segurança e a igualdade.

O magistrado sendo hoje uma peça no sistema de distribuição de justiça e a serviço do povo, não pode, ao julgar, eximir-se de submeter-se às suas próprias decisões e à dos tribunais superiores.

No *common law* o juiz não perde a liberdade por estar vinculado ao que já decidiu ou às decisões dos tribunais superiores. Ele pode sim alterar sua decisão anterior ou decidir de maneira diferente do tribunal desde que demonstre tratar-se de caso diverso (*distinguished*) daquele decidido anteriormente. Do mesmo modo podem os tribunais deixar de decidir de acordo com a decisão já prolatada, desde que motive tal alteração. Porém, considerando a estrutura do sistema de produção de decisões, própria deste sistema, ao juiz é vedado decidir de maneira diversa da decisão do tribunal superior.

É verdade que o juiz do *civil law* – amparado nos princípios constitucionais, nos conceitos jurídicos indeterminados, nas cláusulas gerais, etc. - vem sistematicamente atuando além da aplicação da lei; e, é verdade, também, que a única reação a essa prática vem da doutrina e, tão somente, no sentido de demonstrar que tal conduta não viola o princípio da separação dos poderes. Isso só demonstra que em nome da tradição evita-se discutir o cerne do problema, qual seja: que um sistema jurídico, apesar de sua raiz legalista, não responde mais aos anseios de segurança e igualdade, próprios de um Estado constitucional democrático.

Daí que, em lugar de discutir-se acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário (v. n. 4 *infra*), a discussão deveria deslocar-se para o sistema do qual tal situação decorre.

No que se refere mais especificamente ao regime jurídico-administrativo brasileiro, aponta-se que apesar da influência do direito francês e de outros direitos de base romanística, tais como o direito italiano, alemão, espanhol e português, também sofreu influência do sistema da *common law*, especialmente do direito norte-americano⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “No Brasil Colônia, aplicavam-se as leis portuguesas, especialmente as Ordenações do reino. No período do Império, adotaram-se os princípios do Estado Liberal, sob influência do direito francês, inclusive com a criação do Conselho do Estado (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O Direito Administrativo Brasileiro sob a Influência dos Sistemas**

No primeiro período da República brasileira abandonou-se a influência francesa da dualidade de jurisdição e acolheu-se o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição⁵⁵¹. Com isso, suprimiu-se o Poder Moderador e o Conselho de Estado que não exercia função jurisdicional e sim consultiva, e a Administração Pública passa a submeter-se ao controle jurisdicional.

Verificou-se, outrossim, que em matéria de direito administrativo, ainda sob a influência do direito norte-americano, a jurisprudência passou a ocupar papel de destaque como fonte de direito. Como exemplos de criação jurisprudencial de institutos – temporários ou duradouros, até os dias atuais - consagrados no direito administrativo brasileiro, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO cita, entre outros, a ampliação do instituto do *habeas corpus* para proteção de outros direitos individuais que não a proteção da liberdade de locomoção; a criação do instituto da *desapropriação indireta*, contrariando o artigo 547 do Código Civil, que exigia indenização prévia e o requisito de decreto explícito, etc.⁵⁵².

Doutrina, jurisprudência e direito positivo. Esse foi o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro⁵⁵³. Contudo, ao colocar a lei como fonte principal do

de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 8. Nov. /Dez. 2006 /Jan. 2007. Salvador, p. 4).

⁵⁵¹ Informa Di Pietro que, no o art. 387 do Decreto n. 848, de 11.10.1898 ficou determinado que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América, os casos de *common law* e *equity* serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.” (*Idem*, p. 4).

⁵⁵² Na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no que se refere às teorias e princípios, o sistema jurídico brasileiro afastou-se da *common law* – o qual repudiava a existência de um regime especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada – , e acabou influenciado pelo direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. (...) o direito administrativo brasileiro acolheu do direito francês “a ideia de ato administrativo, com o atributo da autoexecutoriedade, as sucessivas teorias sobre a responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 5 e 6).

⁵⁵³ Explica DI PIETRO que, “na realidade, a influência da doutrina na formação do direito administrativo brasileiro foi grande. O direito positivo previu a unidade de jurisdição e o princípio da legalidade. Mas, pelo trabalho da doutrina, fortemente inspirada no direito europeu continental, os tribunais foram acatando e aplicando teorias e princípios não consagrados no direito positivo, senão em fase bem mais adiantada da evolução do direito administrativo brasileiro. Veja-se, por exemplo, que, em termos de contratos administrativos, de teoria dos atos administrativos, seus vícios, nulidade, revogação, convalidação, discricionariedade, responsabilidade objetiva do Estado, tivemos um regime jurídico construído e elaborado muito antes de sua previsão legal. Muito antes de haver uma lei disciplinando os contratos administrativos (o que só foi feito de forma mais completa pelo Decreto-Lei

direito, o sistema jurídico brasileiro afastou-se tanto do sistema francês, como do sistema da *common law*. E, na prática, afastou-se daquilo que está na lei⁵⁵⁴.

Verificou-se que todo o direito administrativo brasileiro, desde as suas origens, esteve sob a influência do direito estrangeiro, ora do sistema de base romanística, liderado pelo direito francês, ora do sistema da *common law*.

É possível afirmar que o direito administrativo brasileiro vem se renovando à partir das influências do sistema da *common law*. Tanto que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, aponta que:

Do sistema da *common law*, o direito administrativo brasileiro herdou o princípio da unidade da jurisdição, o mandado de segurança e o mandado de injunção, o princípio do devido processo legal, inclusive, mais recentemente, em sua feição substantiva, e que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje já aplicado no direito brasileiro.⁵⁵⁵

Mais recentemente, e não obstante a “tradição”, o sistema jurídico brasileiro aprovou a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual criou a súmula vinculante, com força de lei⁵⁵⁶. Frise-se que não se pretende aqui discutir a

n. 2. 300, de 1986), nós já aplicávamos tudo o que hoje está no direito positivo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 6).

⁵⁵⁴ Aponta-se que “embora adotando o sistema de jurisdição una próprio da *common law*, o direito brasileiro não adotou o mesmo princípio do *stare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais. E, embora adotando o princípio da legalidade herdado do direito francês, o mesmo foi aceito em sua pureza, tal como apregoado pelos ideais revolucionários: a lei, como ato do parlamento, representante da vontade geral do povo, é a principal fonte do direito. E esse postulado foi inserido, com ressalva para a Constituição de 1937, em todas as Constituições brasileiras, inclusive na do Império (art. 179, I). Vale dizer que todas as Constituições, com a ressalva já apontada, sempre contiveram a norma segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.(...) Entretanto, sabe-se que embora o direito francês considerasse o princípio da legalidade como uma das bases do direito administrativo, na prática, afastou-se desse postulado, na medida em que a jurisprudência adotada pela jurisdição administrativa transformou-se, aos poucos na sua fonte principal. No direito francês, quando se fala em princípio da legalidade, está-se referindo à força obrigatória das decisões do Conselho de Estado – órgão de cúpula da jurisdição administrativa.” (*Idem*, p. 6).

⁵⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 6.

⁵⁵⁶ Pelo artigo 2º da EC 45/2004, que instituiu a Reforma do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 passa a vigorar acrescida, entre outros, do art. 103-A que dispõe que: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Parágrafo 1º: a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Parágrafo

eficiência ou a não eficiência de tal medida, mas, apenas, demonstrar que embora a tradição legalista, o sistema brasileiro, em resposta aos apelos sociais, dá sinais de mudança⁵⁵⁷. Como, da mesma maneira, não se está aqui propondo uma substituição de um sistema por outro, pois é certo – e a história o tem demonstrado – que o que é bom para um determinado povo não o é necessariamente para outro.

Mas será que não é chegado o momento de considera-se agregar ao sistema jurídico brasileiro um outro modo de proceder? E não seria, justamente, o sistema de precedentes, estabelecido para tutelar a segurança no ambiente da *common law* ?

Sabe-se que nesse sistema nunca desconsiderou-se a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*)⁵⁵⁸.

É verdade que no sistema da *civil law* os precedentes começam a gozar de respeito quando formam jurisprudência predominante. Entretanto, é verdade também que a instabilidade dos Tribunais Superiores brasileiros impede que se saiba qual seria a posição predominante.

É inegável que o sistemático desrespeito a precedentes vem comprometendo o Estado de direito. Vive-se, hoje, um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade, seja por falta de uniformização nas decisões dos tribunais, seja em função das decisões lastreadas em conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos. E, a uniformização desejada pelo poder constituinte originário ao criar o Superior Tribunal de Justiça, tem-se mostrado frustrante pelo seguinte: (i) restaram incólumes os TRFs, que, em tese, deveriam exercer uma uniformização jurisprudencial nos Estados em cujas jurisdições as suas decisões incidem; (ii) o STJ não consegue, tampouco, uniformizar a jurisprudência, isto porque, além de outros fatores, continuam a existir os TRFs; e, (iii) para uma

2º: sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 3º: do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁵⁵⁷ Acerca da força vinculante no Brasil e nos Estados Unidos, ver: DALLARI, Dalmo. **O Poder dos Juízes...***cit.*, p. 72-76.

⁵⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 3.

maior efetividade do “judiciário comum” brasileiro – a exemplo do que ocorre nos EUA -, os Tribunais de Justiça estaduais deveriam ser os segundos graus de jurisdição finais, caso em que: (i) os TRFs deveriam ser extintos; (ii) o STJ serviria como órgão unificador nacional de jurisprudência; (iii) e o STF seria convertido em Corte Constitucional, exclusivamente, tanto no controle concentrado quanto no difuso.

4. O CONTROLE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. ATIVISMO JUDICIAL?

Pode haver várias razões históricas e circunstanciais que permitam, nos tempos, a identificação de algumas das causas de um poder se sobrepor aos outros, ou, pelo menos, agir com maior eficácia do que os outros. Montesquieu vinculou a liberdade à separação entre as funções legislativa, executiva e judiciária, entretanto, como lembra Dalmo DALLARI, a teoria da separação dos poderes foi consagrada à época do liberalismo, onde se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual⁵⁵⁹.

Antes da Revolução Francesa se verificava a função executiva do rei como suprema. Com a queda das Monarquias absolutas européias e a posterior edição do Código Napoleônico, firmou-se a sobreposição do Parlamento, órgão produtor de leis que devia dar à burguesia maior liberdade (liberalismo) de negociação⁵⁶⁰. Enquanto aos indivíduos cabia obedecer às leis elaboradas pelo Legislativo, ao

⁵⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado...***cit.*, p. 219 e 220.

⁵⁶⁰ Foi com a Revolução Industrial, quando as massas operárias se organizam e assumem relevância social através do movimento sindical, é que esta situação se modifica. Ou seja, é na passagem do Estado liberal ao Estado social que altera-se a concepção do Estado e suas finalidades. Agora o Estado existe para atender ao bem-comum, o que significa satisfazer os direitos fundamentais e, em última instância, a garantir a igualdade material entre os membros do corpo social. Surge então a chamada segunda geração dos direitos fundamentais – a dos direitos econômicos e sociais, complementar à dos direitos de liberdade, a primeira geração. Então, “ao dever de abstenção do Estado, substitui-se seu dever a um *dare, facere, prestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Judiciário pode Intervir no Controle do Executivo**. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-08>. Acesso em 20/08/2009).

Estado cabia tão somente o poder de julgar e punir aqueles que agissem contrariamente a tais leis⁵⁶¹.

O Estado nasce, então, absolutista. Num momento posterior, influenciado pelas ideias do constitucionalismo, torna-se um Estado representativo ou de Direito, passando a supervalorizar a Democracia, quando então, ao rol de direitos fundamentais se acrescem os direitos políticos do cidadão. A partir de então, e com o passar dos anos, percebe-se que o absenteísmo total do Estado não é o ideal, tendo em vista a necessidade de interferências estatais com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais. Assim, surgiu o Estado Social, o denominado Estado Providência. Posteriormente, valores de solidariedade social e responsabilidade comum foram ganhando crescente espaço na sociedade civil.⁵⁶²

Considerando que são as constituições que trazem o rol dos direitos fundamentais a serem assegurados pelo Estado, pode-se afirmar que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Os primeiros direitos a surgir foram os chamados direitos de *primeira dimensão* (os individuais e políticos clássicos), que exigem prestação negativa do Estado, um deixar de agir, “funcionando como verdadeiras escusas aos tentáculos estatais.”⁵⁶³

Com o passar dos tempos, surgiram os direitos de *segunda dimensão* (os direitos econômicos, culturais e sociais) que, em contraposição aos de primeira dimensão, exigem uma conduta ativa do Estado, transformando-o em Estado Assistencial, cuja função é “tentar propiciar a igualdade material dos cidadãos em detrimento da mera isonomia formal.”; e, depois vieram os direitos de terceira dimensão (os direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam os direitos a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, a um meio ambiente equilibrado e a outros direitos difusos). Aos direitos de *segunda dimensão* dispensaremos maior atenção, pois, como já apontado, entre as causas da

⁵⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, livro VI.

⁵⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Controle Judicial das Omissões Públicas como Garantia de Fruição dos Direitos Sociais pelos Cidadãos**. In: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-14, jan./jun. 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewPDFInterstitial/778/620>. Acesso em: 09/10/09.

⁵⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem*, p. 2.

expansão que teve o ativismo, o dinamismo e a criatividade dos juízes, encontram-se a legislação social e os direitos sociais⁵⁶⁴.

Hoje é perceptível um Judiciário atuando não só no flanco jurisdicional, mas de certo modo, também no Legislativo – através do controle de constitucionalidade -, e no Executivo, neste caso pela implantação judicial de políticas públicas que seriam, em tese, de responsabilidade do Executivo⁵⁶⁵.

Neste sentido, oportuna é a posição do Ministro Eros GRAU, que ao tratar da temática da separação dos poderes, mais exatamente quando comenta acerca da “desimportância atribuída por Montesquieu ao poder de julgar” que segundo o próprio Ministro “decorre da circunstância de, à época, ser ele efetivamente menor”, traça um paralelismo entre “essa desimportância e a de outro poder (função), àquela época inconcebível e, ainda hoje, injustificadamente tido como desimportante”. Refere-se “a um novo poder (função) empalmado pelo Estado, o de implementar políticas públicas.”⁵⁶⁶

A este posicionamento é complementar a observação de Fábio Konder COMPARATO, segundo quem:

A omissão das Constituições modernas em regular a realização de políticas, ocupando-se unicamente da produção do direito, torna inoperante a divisão dos poderes, seja como mecanismo de limitação do poder estatal (preocupação original), seja como disciplina da eficiência governamental (preocupação atual).⁵⁶⁷

Segundo Mauro CAPPELLETTI, a expansão do protagonismo do Poder Judiciário, em detrimento da natureza “meramente declarativa” e “puramente lógica”

⁵⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**...*cit.*, p. 31-61.

⁵⁶⁵ Segundo Marília Lourido dos Santos, ainda hoje não se encontra sedimentado, nem na doutrina, nem na jurisprudência, o modo como o direito racionaliza o tema das políticas públicas, não sendo possível, então, falar, no Brasil, em um regime jurídico próprio das políticas públicas. Entretanto, como é o direito administrativo que cuida da racionalização formal do poder pelas funções do governo, mediante as atividades da Administração Pública, foi em seu âmbito que surgiram as primeiras reflexões jurídicas acerca do tema. (SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 77).

⁵⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**...*cit.*, p. 235.

⁵⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático. In: JAGUARIBE, Hélio, *et al.* **Brasil, Sociedade Democrática**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 408.

da interpretação judiciária, é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas⁵⁶⁸.

Essa expansão verificou-se tanto nos Estados Unidos, como na Europa, ainda que nos países da *common law*, esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito⁵⁶⁹. O mesmo fenômeno se verifica nos países de sistema continental, onde os textos constitucionais, ao incorporar princípios, possibilitam interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional⁵⁷⁰.

Mesmo no país de Montesquieu, constatou-se que o reconhecimento da acentuada criatividade da justiça administrativa foi a tal que, vislumbra-se no *droit administratif* um direito em larga medida jurisprudencial. O mesmo fenômeno verificou-se na justiça constitucional da Alemanha e Itália⁵⁷¹.

No Brasil, durante muito tempo, os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo⁵⁷². Foi a Lei da Ação Popular que abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo⁵⁷³, “ao menos nos

⁵⁶⁸ Cf.: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?...***cit.*, p. 55.

⁵⁶⁹ Conta Luís Roberto Barroso que “Suas origens remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). Contudo, a situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).” (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf. p. 7. Acesso em: 17/08/2009).

⁵⁷⁰ CITADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia**. ALCEU. V.5, n.9 - jul./dez. 2004, p. 105.

⁵⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?...***cit.*, p. 55 e 56.

⁵⁷² Nesse sentido, conferir decisões do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, que assumiram essa posição, como por exemplo: STJ, RMS 15.959/MT, Sexta Turma, julgado em 07.03.06. DJ 10.04.2006, p. 299; RMS 18.151/RJ, Quinta Turma, julgado em 02.12.04, DJ 09.02.05, DJ 09.02.2005, p. 206; MS 12.629/DF, Terceira Seção, julgado em 22.08.07, DJ 24.09.207, p. 244.

⁵⁷³ O art. 5º, inc. LXXXIII, da CF/88 introduziu a seguinte redação: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

casos dos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei n. 4.717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da legalidade”⁵⁷⁴. José Afonso da SILVA recomendava que sempre se possibilitasse a anulabilidade do ato por simples lesividade.⁵⁷⁵ Daí Ada Pellegrini GRINOVER lembrar que “o controle, por via da ação popular, da moralidade administrativa, não pode ser feito, sem o exame do mérito do ato guerreado”. Pois, trata-se, segundo esta autora, “de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade”⁵⁷⁶.

Não obstante o feito pela citada Lei de Ação Popular, a Constituição Federal de 1988 foi mais longe, pois, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabilizou uma atuação judicial que busca em procedimentos interpretativos a legitimação das aspirações sociais⁵⁷⁷.

É, pois, justamente nos esforços de uma organização no sentido do *facere* e do *praestare*, que incidisse sobre a realidade social, que se vislumbra a transformação do Estado social de direito em Estado democrático de direito⁵⁷⁸.

Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro estão constitucionalizados. A questão está em se saber como operacionalizar o atingimento de tais objetivos. É nesse sentido a lição de Oswaldo CANELA JUNIOR, o qual assegura que:

Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que impliquem o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder

⁵⁷⁴ A esse respeito, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**, p. 1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-08>. Acesso em 14/08/2009; e, DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, Devido Processo Legal e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 434.

⁵⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁷⁷ A esse respeito conferir, entre outros: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Constituição de 1988**. Legitimidade, Vigência e Eficácia Normativa (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Atlas, 1989, p. 11 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...cit.**, p. 200 e ss.

⁵⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 2.

do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária.⁵⁷⁹

Desse ponto de vista os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nada mais são do que meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser considerados por si só. E, assim, dois dogmas do Estado liberal restam quebrados, o primeiro, da preponderância da atividade legislativa sobre os demais poderes; e, o segundo, da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas “a boca da lei”. Mais uma vez é Oswaldo CANELA JUNIOR quem aclara:

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é o seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes. Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. (...) cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira).⁵⁸⁰

Se no Estado liberal o objetivo era neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes, no Estado democrático de direito o Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal, de maneira que não é mais possível falar-se em neutralização de sua atividade⁵⁸¹.

Aponta-se que a expansão do Poder Judiciário é vista como um reforço da lógica democrática e que, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão, afirma Gisele CITADINO “que esse vínculo entre

⁵⁷⁹ CANELA JUNIOR, Oswaldo. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais Através do Processo Coletivo**: Um Novo Modelo de Jurisdição, p. 17-19. (Trabalho apresentado à Universidade de São Paulo-USP, para a qualificação de doutorado em 26 de abril de 2009. Orientador: Kazuo Watanabe).

⁵⁸⁰ *Idem*, p. 17-19.

⁵⁸¹ Nesse sentido conferir: FERRAZ, Tércio Sampaio. **O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes**: Um Princípio em Decadência? *In*: Revista USP, n. 21, março/abril/maio de 1994, p. 14. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>. Acesso em: 05/09/2009.

democracia e ativismo judicial vem sendo designado como *judicialização da política*.⁵⁸²

Sabe-se que a judicialização importa em apreciação de questões hoje de ampla repercussão política ou social, envolvendo temas como a separação dos poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcação de terras indígenas e mesmo em questões corriqueiras, estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário - e não pelas instâncias políticas tradicionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo⁵⁸³.

Segundo Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO essa judicialização da política tem registro pelo mundo afora; e que no Brasil, a Constituição de 1988 é largamente responsável por tal fenômeno, pois que:

atribuiu ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de *fiscal da legalidade*, um novo, o de *guardião da legitimidade*. Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos. Acarretou, porém, um efeito perverso – reflexo imprevisto de institutos adotados como inovações positivas – exatamente o de judicializar o tratamento de questões

⁵⁸² CITADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁸³ Luís Roberto Barroso quando trata das decisões políticas de vulto tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e sobre alguns fatos; e, sobre o que ele denomina de “as 10 decisões relevantes do STF em 2008”, ressalta que, antes de tudo, esta Corte firmou sua própria competência para o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais quando o Ministro Sydney Sanches (STF, DJU 18 mar. 19994, ADIn n. 939-DF) consignou que “Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituinte originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição”. Ressalta, outrossim, que em matéria de Reforma do Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça só foi possível após a chancela do STF, por decisão majoritária (STF, DJU 14 mar. 2006, ADIn 3367-DF, Rel. Min. Cezar Peluso). O STF deliberou ainda sobre as Reformas da Previdência (STF, DJU 16 mai. 2003, ADIn n. 1.946/DF. Rel. Sydnei Sanches) e sobre a contribuição de inativos que foi rejeitada quando instituída por lei (STF, DJU 12 abr. 2002, ADIn-MC n. 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello). Nas discussões envolvendo o sistema político, a Corte se pronunciou, entre outras, sobre a não aplicação das novas regras sobre coligações (fim da verticalização) às eleições que se realizariam em menos de um ano (STF, DJU 10 ago. 2006, ADIn n. 3.685-DF, Rel. Min. Ellen Gracie), derrubou a cláusula de barreira (STF, DJU 30 mar. 2007, ADIn n. 1.351-DF, Rel. Min. Marco Aurélio) e impôs regra sobre fidelidade partidária, superando longa inércia do legislativo na matéria (STF, Inf.STF 482, j. 3 e 4 out. 2007, MS n. 26.602-DF, MS n. 26.603-DF e MS. N. 26.604-DF, Rels. Mins. Eros Grau, Celso de Mello e Cármen Lúcia). Em matéria de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que eles não se esgotam no elenco do art. 5º da Constituição, podendo ser encontrados fora dele, como é o caso do direito à anterioridade da lei tributária (STF, DJU 18 mar. 1994, ADIn n. 939, Rel. Min. Sydney SANCHES). Em decisão histórica rejeitou o racismo anti-semita (STF, DJU 19 mar. 2004, HC n. 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa), etc. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 348-351; e, do mesmo autor: **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática...cit.**, p. 20-27).

políticas ou político-administrativas e, consequentemente, de dar uma dimensão política à atuação desse Poder, até então visto como “neutro”.⁵⁸⁴

É certo que o Poder Judiciário continua incumbido de sua função típica, qual seja: a de aplicar contenciosamente a lei aos litígios entre os particulares. Contudo, a Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe algum distanciamento da lei, fato nunca admitido pela doutrina clássica⁵⁸⁵. O Judiciário, num sistema de separação de poderes de pesos e contrapesos, passa, então, a controlar a Administração Pública, não só em vista dos interesses individuais, mas, sobretudo, em prol do interesse geral. Com isto, influi no sentido de uma judicialização da Administração, que tem como reflexo a politização da justiça⁵⁸⁶.

São muitas as razões através das quais esse processo de judicialização da política aconteceu. Verifica-se, outrossim, que esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não é incompatível com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. Nessa seara Gisele CITADINO assegura que:

Ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...cit.**, p. 190.

⁵⁸⁵ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV, da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei, o que já vem sendo feito.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibidem*, p. 201-206).

⁵⁸⁶ Sobre a judicialização (ou justicialização) da Administração e a politização da justiça, conferir: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática...cit.**, p. 3 e 4.; CITADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 106 e 107; e, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibidem*, p. 213 e ss.

Acerca da politização do governo e do parlamento, conferir: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁸⁷ CITADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 107.

Nesse mesmo sentido o Ministro Gilmar MENDES, assevera que “Não há judicialização da política, pelo menos não no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direito.”⁵⁸⁸

Ressalte-se que a “face criativa” da interpretação constitucional é dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes. Nesse sentido Mauro CAPPELLETTI entende que quando se fala dos juízes como “criadores do direito”, se está, na verdade, afirmando “nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *“law-making”*.”⁵⁸⁹

A verdadeira discussão, segundo CAPPELLETTI, não recai “sobre a alternativa criatividade não-criatividade, mas sobre o *grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial”.

É inegável que o juiz, esteja ele vinculado a precedentes ou à lei, ou a ambos, tem o dever mínimo de motivar sua argumentação em preceito legal e não apenas de “equidade” ou em critérios de valoração análogos ou vagos. É também verdade que, na sociedade atual, complexa e dinâmica, o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoco e mecanicamente predeterminado. É verdade, outrossim, que, em qualquer dos casos, existe um limite de bom senso, mesmo porque as palavras têm um significado comum frequentemente aceito, que o juiz, por mais criativo e sem preconceitos, não poderia ignorá-lo⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia/Stf/anexo/posseGM.pdf>. Acesso 25 abr. 2008.

⁵⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**...*cit.*, p. 24 e 25.

Nesse sentido, conferir também: CÁRCOVA, Carlos Maria. **Qué Hacen los Jueces Cuando Juzgan?** (Enfoques Plurales sobre la Interpretación del Derecho y la Hermenêutica Judicial). Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001, p. 7-17.

⁵⁹⁰ Segundo Cappelletti, uma decisão baseada na equidade tem um espaço maior de escolha, entretanto nem os precedentes nem as normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete, ou seja, “não podem anular de todo a sua imprescindível necessidade de ser livre, e, portanto, a sua criatividade e responsabilidade”. Segue o autor afirmando que “na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única, e conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de “distinguir” em relação aos precedentes, ou de “argumentar a contrário”, mais do que “por analogia” (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**...*cit.*, p. 24-26).

Daí o próprio CAPPELLETTI ressaltar que:

Deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia, pois que a criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente 'direito livre', no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz no caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. (...) Os limites substanciais diversamente dos formais ou processuais, não tem a virtude de caracterizar a 'natureza' do processo jurisdicional. Em particular, não podem representar o elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. De um lado, a atividade administrativa pode ser, e normalmente é vinculada aos mesmos limites substanciais que se impõe ao juiz.⁵⁹¹

Em suma, para Mauro CAPPELLETTI, do ponto de vista substancial, tanto o processo legislativo como o jurisdicional, constituem processos de criação do direito.

Como a função do Poder Legislativo é elaborar normas, se ele não as fizer, impedindo, assim, que um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, dependente de regulamentação, seja exercido, o Poder Judiciário entrará em cena fazendo o controle de constitucionalidade, mais especificamente, agirá para sanar a inconstitucionalidade por omissão, julgando ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção.

Se, de outro lado, o Legislativo elabora a norma, mas o faz de forma incompatível com as disposições constitucionais, o Judiciário atuará como legislador negativo, após provocação, por meio dos chamados processos objetivos, declarando a inconstitucionalidade da lei⁵⁹².

Não obstante o exposto, a situação se complica, consideravelmente, no controle da atuação do Poder Executivo, mais exatamente no âmbito dos direitos sociais, que exigem um *facere* do Estado, que por sua vez se efetiva por meio de políticas públicas. Estas são como uma forma de concretização das normas constitucionais de significativa relevância, pois asseguram os direitos, liberdades e

⁵⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 26 e 27.

⁵⁹² Segundo Carvalho Filho, "Não obstante os meios de controle concentrados de constitucionalidade, os quais têm validade *erga omnes*, o Poder Judiciário pode ainda ser provocado para agir dentro de um processo subjetivo, incidentalmente, situação em que fará o controle difuso de constitucionalidade, porém, com validade *inter partes*." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Controle Judicial das Omissões Públicas como Garantia de Fruição dos Direitos Sociais pelos Cidadãos**. In: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial. Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-14, jan./jun. 2009, p. 3). Disponível: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/778/620>. Acesso em: 09/10/09).

prerrogativas, tais como: saúde, moradia, educação e trabalho, dentre outros⁵⁹³. Não raro as políticas públicas encontram-se interligadas a atos políticos, próprios ao desempenho da função típica do Poder Legislativo, e, particularmente, do Executivo, de maneira que o controle jurisdicional sempre encontra resistência nas vedações de interferências próprias do princípio da separação dos poderes.

Mas tais dificuldades não podem configurar-se em obstáculos ao controle judicial, ao contrário, constituem-se em espaço próprio para o seu desenvolvimento, pois que a indeterminação, os conceitos essencialmente controvertidos e a essência valorativa dos ditames constitucionais nada mais são do que aberturas do sistema, por onde novos mecanismos e demandas, próprios das transformações políticas sociais e econômicas, alcançam relevância e regramento jurídicos. Sobre o assunto Marília Lourido dos SANTOS, assevera que:

a inclusão desses novos campos de atuação na seara jurídica requer do Judiciário, não apenas o conhecimento das técnicas hermenêuticas adequadas, mas também a formação de uma consciência das implicações no exercício de seu papel enquanto Poder do Estado. Tal, inclusive para que essas técnicas hermenêuticas possam ser aplicadas de maneira a operacionalizar adequadamente os princípios e normas jurídicas, pois a utilização dessas técnicas e a adoção de uma postura judicial mais atuante são indissociáveis.⁵⁹⁴

Ressalta-se que “os direitos sociais representam o pressuposto necessário para o exercício dos direitos civis”⁵⁹⁵. Por isso, em países como o Brasil, onde as demandas levadas aos agentes e órgãos do Estado, dentre os quais estão os do Judiciário, são quantitativas e qualitativamente maiores no setor dos direitos fundamentais, requer-se um controle mais substancial das atividades de concretização das normas constitucionais. Nesse sentido cabe mencionar a síntese de Oswaldo CANELA JUNIOR:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos

⁵⁹³ A esse respeito, conferir, entre outros: APPIO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 183-206; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Controle Judicial das Omissões Públicas...***cit.*, p. 4; e, SANTOS; e, Marília Lourido. *Op. cit.*, p. 86 e 87.

⁵⁹⁴ SANTOS, Marília Lourido dos. *Ibidem*, p. 91.

⁵⁹⁵ APPIO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 191.

(Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. (...) Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise a sua constitucionalidade.

E, segue o autor afirmando que:

Diante dessa nova ordem, denominada de *judicialização da política* – muito diferente, acrescente-se, da *politização do Judiciário* – contando com o juiz como coautor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.⁵⁹⁶

Assim têm feito os tribunais. Antes, porém, da Constituição de 1988, era afirmação corrente da Corte Suprema que “sendo legal o ato, não há como intervir o Judiciário no mérito do mesmo.”⁵⁹⁷

Merece referência, o voto histórico, proferido em grau de embargos, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Orozimbo NONATO, em 19 de dezembro 1944, donde se acertou que o processo administrativo, em seu conteúdo, incide na apreciação judicial:

O Poder administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em *ultima ratio*, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Judiciário. Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário – este ponto é pacífico e tranquilo, não oferece qualquer contestação – e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastreá-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ CANELA JUNIOR. Oswaldo. *Op. cit.*, p. 17-19.

⁵⁹⁷ Informa Germana de Oliveira Moraes, que nesse sentido prolataram-se as decisões nos seguintes julgamentos: RMS – Recurso em Mandado de Segurança – n. 3.371 – data do Julgamento: 10.7.1953 – Relator: Antônio Villas Boas, Recurso Extraordinário n. 70.278 – Data do Julgamento: 13.11.197 – DJ de 20.4.71; Relator Aduino CARDOSO; e, RMS – Recurso de Mandado de Segurança n. 15.091 – data do Julgamento: 1.9.1967. Data 20.11.67. Relator: Hermes Lima. (MORAES, Germana de Oliveira. (**Controle Jurisdicional da Administração Pública...cit.**, p. 59 e 60).

⁵⁹⁸ Ressalte-se que Orozimbo Nonato teve como precedentes embargos opostos ao acórdão de 10 de junho de 1942, prolatado pelo Min. Linhares (RDA, 3:92) no qual este Ministro decide que “falta administrativa em processo regular, contra o qual nada se arguiu, não cabe ao Poder Judiciário examinar a prova nele produzida para saber se a pena de demissão foi exagerada ou não.” (Disponível:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anex>)

Verifica-se que em vários momentos da história o conceito de *mérito* do ato administrativo, encontrando guarida em situações próprias de Estados tendentes ao totalitarismo, alargou-se. Compreendida tal questão tratou-se de reduzi-lo ao espaço legal⁵⁹⁹. É nesse sentido o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Castro NUNES (AC 7.307-Embargos/MG, julgada em 20-12-1944), segundo quem:

a apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a *conveniência* ou *oportunidade* da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na *ilegalidade*, por indevida aplicação do direito vigente.⁶⁰⁰

Na década de 60, no julgamento, pelo mesmo Tribunal, do recurso em Mandado de Segurança n. 11.140, em que o Ministro Luiz Gallotti, foi relator, enfrentou-se o tema da discricionariedade própria do juízo de conveniência e oportunidade, entendendo-se que os atos praticados no exercício da mesma não podem ser imunes ao controle jurisdicional. Segue a ementa:

As medidas políticas são discricionárias, como observa Castro Nunes, apenas no sentido de que pertencem a discricção do congresso nacional ou do governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, escolha dos meios, etc. (...) Mas a discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raia que condicionam o exercício legítimo do poder. Ultrapassados estes limites, começa a esfera jurisdicional. Desde que se recorra ao judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado. Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, máxime após ter ela inscrito, entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão de direito individual.⁶⁰¹

o/OrozimboNonato.pdf. Acesso em 20.09.2009). Nesse sentido, entre outros, conferir: acórdão do TJ do rio Grande do Sul (29.03.1944), onde o relator foi o Ministro Erasto Correia, amparando o critério de plena apreciação judicial (RDA, 1:193-204).

⁵⁹⁹ Nesse sentido conferir: COELHO, Paulo Magalhães da COSTA. *Op. cit.*, p. 46 e FAGUNDES, M. Seabra. *Op. cit.*, p. 185-187.

⁶⁰⁰ Cf.: FAGUNDES, M. Seabra. *Ibidem*, p. 183.

⁶⁰¹ A esse respeito, conferir: STF - Recurso em Mandado de Segurança: RMS 11.140 MT. Publicação: DJ 01-08-1963 PP-02419 EMENT VOL-00547-01 PP-00252 ADJ DATA 29-08-1963 PP-00776.

Verifica-se, também, nesta decisão, uma tentativa de se fixar limites, máximos, onde ao menos a violação a interesse individual fosse clara, na busca de lidar com a vagueza dos termos legais⁶⁰².

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca dos limites da cognoscibilidade judicial dos atos administrativos pode ser sintetizado no teor da decisão proferida no Mandado de Segurança n. 20.999, julgado em 21.3.1990, impetrado contra sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República. Assim o relator, Ministro Celso de MELLO pronunciou:

A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Nada obstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processando-se no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.⁶⁰³

O Ministro Luiz Vicente CERNICHIRO, do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 129/89-PR, inobstante reafirmar a independência e autonomia dos poderes das instâncias administrativa e judiciária, e, reafirmar, outrossim, que o mérito do ato administrativo é próprio do administrador e que, portanto, é vedado ao Poder Judiciário substituí-lo, admite, porém, a possibilidade deste Poder “analisar os fundamentos da decisão para concluir se a opção guarda respaldo jurídico”, pois que dentre conclusões legalmente admissíveis, “a Administração escolhe a que melhor atenda o interesse público. Resta ao Judiciário julgar a conformidade do ato com o Direito”⁶⁰⁴.

⁶⁰² Mais sobre tal decisão, ver: SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 117 e ss.

⁶⁰³ Segundo ainda o Ministro Celso de Mello, “a nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5, IV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da administração pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos. (Publicação: DJ 25-051990 PP-04605 EMENT VOL-01582-02 PP-00286 RTJ VOL-00131-03 p-01101).

⁶⁰⁴ Nesse sentido, ver: “Mandado de Segurança. reexame do mérito pelo poder judiciário. a independência e autonomia dos poderes registram nítida distinção entre a instância judiciária e a

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicação a pacientes carentes, sob fundamento de que os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da CF/88, invocando precedentes consolidados da Corte⁶⁰⁵. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça têm decidido, em diversas oportunidades, ressaltando-se o direito à integridade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado, de forma individual ou coletiva⁶⁰⁶.

Reconheceu, outrossim, o Supremo Tribunal Federal, que se a política pública para o setor de educação estiver presente, de forma explícita, na lei ou na Constituição, incumbe ao Poder Judiciário determinar providências de cunho mandamental e substituto em fase de inescusável omissão⁶⁰⁷.

Não obstante o já exposto, aponta-se como precedente mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas o voto proferido na ADPF 45/DF, sendo representado, mais uma vez, pela decisão monocrática do Ministro Celso de MELLO, que assim se pronunciou:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Corte, em especial –

administrativa. o mérito do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência, e próprio do administrador. vedado ao judiciário substituí-lo. admissível, porem, analisar os fundamentos da decisão para concluir se a opção guarda respaldo jurídico. dentre conclusões legalmente admissíveis, a administração escolhe a que melhor atenda o interesse público. resta ao judiciário julgar a conformidade do ato com o direito.” (Publicação: DJ de 2.4.1990, p. 2.453).

⁶⁰⁵ Cf.: RE 271.286 e AgRg 271.286; RE-AgR 273042 RS (Constitucional. Administrativo. Medicamentos: fornecimento a pacientes carentes: obrigação do Estado); AgR 616551 GO (fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. obrigação do Estado. Súmula n. 636 do Supremo Tribunal Federal).

⁶⁰⁶ Nesse sentido, entre outras, ver: Resp 212346 no Ag. 842866 (Súmula 07/STJ. fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de hepatite crônica por vírus c. artigo 196 da CF/88. direito à vida e à saúde. dever do Estado. legitimidade passiva); REsp 814076 (Recurso especial. SUS. Fornecimento de medicamento. Paciente com doença pulmonar obstrutiva crônica. Direito à vida e à saúde. Dever do Estado. Julgamento *extra* e *ultra petita*. Inocorrência).

⁶⁰⁷ A esse respeito o Ministro Celso de Mello pronunciou que: “o direito à educação - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade.” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). (Cf.: Ag. de Instrumento 677.274-8 São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>. Acesso em: 04.10.2009; Ag. Reg. no RE 410-715/SP, em 22.11.2005).

atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987. Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

Segundo ainda o Ministro:

(...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O *mínimo existencial*, como se vê, *associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*. (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (...) se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Ao julgar a ADPF 45/DF explica o Ministro Celso de Mello: “Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas. (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da

Segundo Ada Pellegrini GRINOVER, dessa posição do Supremo Tribunal Federal depreende-se que existem limites à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. Tais limites são: (i) a restrição à garantia do mínimo existencial; (ii) a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público; e, (iii) a reserva do possível⁶⁰⁹. Ressalta ainda esta autora que a estrita observância desses limites, assim como o correto entendimento no sentido de que as políticas públicas são programas e ações do Poder Público dirigidos ao atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, são os meios necessários e suficientes para coibir qualquer excesso por parte do Poder Judiciário na sua atividade de controle⁶¹⁰.

própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello), o Supremo Tribunal Federal: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público." (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF>. Acesso em 12.09.2009; e, <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>. Acesso em: 04.10.2009).

⁶⁰⁹ Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 5 e ss. Relativamente ao mínimo existencial, conferir entre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 329 e ss. e TORRES, Ricardo Lobo **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. In: Revista de Direitos da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 42, julho-setembro, 1990, p. 69 e 70. Quanto à reserva do possível, entre outros, conferir: BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución. In: **Escritos Sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 72-83. No que se refere aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, conferir: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999; GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto...cit.**, p. 219-222; e, MENDES, Gilmar Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol. I – N.º 5 – agosto de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Quanto ao reconhecimento e aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, conferir, entre outras: Rep. n. 930/DF, Rel. Min. Rodrigues Alkmin, DJU de 2.9.1977; Rep. n. 1077, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 112/34); e, Rep. N. 1054, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 110/967). Resta consagrado que sempre que demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pela poder público, está autorizada a intervenção do Poder Judiciário, devendo o juiz pautar sua análise tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

⁶¹⁰ Sobre quais as espécies de ações – coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais - podem ser utilizadas para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle das políticas públicas; e, sobre quais as sanções mais eficazes para fazer face ao descumprimento da ordem ou

José dos Santos CARVALHO FILHO, quando trata dessa temática, não se refere a limites à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, mas ao surgimento de três teorias, as quais têm sido usadas para justificar a omissão da Administração Pública, sobretudo, na concretização dos direitos sociais⁶¹¹.

A primeira teoria é a das normas programáticas, segundo a qual as normas que estabelecem os direitos sociais têm caráter programático, não sendo, portanto, exigíveis do Estado de imediato⁶¹². Sobre as normas constitucionais, preleciona Rui BARBOSA que:

são “autoexecutáveis” as determinações para executar, as quais não haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela própria natureza, dos seus meios de execução e preservação; e, são “não-autoexecutáveis” aquelas que não se revestem de meios de ação essenciais ao se exercício os direitos que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.⁶¹³

Imprescindível esclarecer que, não obstante José Afonso da SILVA situar as normas que estabelecem direitos econômicos e sociais como normas programáticas, adverte que:

Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.⁶¹⁴

decisão judicial pelo Poder Público, entre outros, conferir: FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. 1. ed. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003; e, do mesmo autor: **Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 5. ed., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004; e, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 11 e ss.

⁶¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Controle Judicial das Omissões Públicas...***cit.*, p. 5 e ss.

⁶¹² Sobre a eficácia dos direitos sociais no âmbito de sua possível dimensão programática, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 266-267 e *passim* e SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais...***cit.*, p. 73-77.

⁶¹³ BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, p. 488 e 499.

⁶¹⁴ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 140 e 150.

Ocorre que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e, consoante a supracitada proclamação da Suprema Corte brasileira, no sentido de que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional vazia, sob pena de o Poder Público, traindo as expectativas da coletividade e da própria Lei do Estado, deixar de cumprir com o dever que lhe é próprio⁶¹⁵.

A segunda é a teoria da reserva do possível, a qual tem sido usada para justificar a omissão do Poder Público com a escassez de recursos. Considerando as limitações de ordem econômica à efetivação dos direitos sociais, sustenta-se que estes estariam condicionados ao que se passou a chamar de reserva do possível, conceito oriundo da Alemanha, baseada em decisão da Corte Constitucional Federal, a qual firmou o posicionamento de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável⁶¹⁶.

Mas para que as teorias das normas programáticas e da reserva do possível não restrinjam o exercício de direitos mínimos e, portanto, façam sentido, devem ser conjugadas com a teoria do mínimo existencial. Por essa teoria, independentemente dos recursos disponíveis, o Estado deve garantir o mínimo necessário para que a pessoa tenha uma existência digna. Portanto, não se aceita que a proteção do direito à saúde fique à mercê dos orçamentos públicos. É justamente com fundamento nessa teoria que algumas pessoas têm conseguido internações hospitalares ou concessão de remédios via impetração de mandado de segurança, por exemplo. Daí José dos Santos CARVALHO FILHO assegurar que:

dirigismo constitucional e reserva do possível, por si só, não são argumentos justificadores para o descumprimento dos comandos constitucionais destinados a dar concretude aos direitos sociais. Caso essas teorias sejam invocadas como escusas para a inércia, o Poder Judiciário pode ser acionado para refutá-las e obrigar o Poder responsável pela omissão a agir. Igualmente, se a normatividade infraconstitucional editada vai de encontro aos preceitos do Texto Maior, o Judiciário deve ser

⁶¹⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>. Acesso em 04.10.2009. A esse respeito, conferir também: Agravo regimental em recurso extraordinário n. 393175. Relator: Ilmar Galvão. 12 dezembro 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2009.

⁶¹⁶ LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em Busca da Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais**. Considerações acerca do Conceito de Reserva do Possível e do Mínimo Necessário. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 04.10.2009.

acionado; neste caso, para suprir o vício por meio do controle de constitucionalidade. Mas o controle judicial das políticas públicas também não pode ser exagerado, a ponto de condenar o Estado a custear tratamento de saúde no exterior, por exemplo.⁶¹⁷

Se a Constituição preceitua que um direito, liberdade ou prerrogativa deve ser garantida pelos Poderes Públicos e estes descumprem as ordens constitucionais, cabe sim ao Judiciário - sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, como guardião máximo da Constituição - exercer seu papel (sua função típica) de, como terceiro imparcial, fazer cumprir os preceitos constitucionais, no sentido de solucionar conflitos de interesses alheios, o qual propicia meios para garantir a imparcialidade judicial. Não se trata de interferência de um Poder por sobre o outro, mas sim de cumprimento de funções institucionais. Cabe aqui o pronunciamento da Ministra Ellen Gracie, segundo o qual:

O Judiciário é um Poder inerte. Ele só age quando provocado pelas vias legais. Quando recebemos uma ação, contudo, temos de dar resposta – e isso às vezes significa estabelecer uma regra, ou ampliar o escopo de uma lei que já existe. Foi o que fizemos recentemente, por exemplo, ao aplicar às greves do serviço público as normas que valem no setor privado. Ou ao afirmar que o mandato de um parlamentar pertence ao seu partido. Seria mais confortável para nós não ter de lidar com esse tipo de dificuldade. Mas, às vezes, as questões se arrastam por anos no Congresso e acabam desaguando no Judiciário.⁶¹⁸

Já Mauro CAPPELLETTI, o qual vislumbra a produção judiciária do direito como uma potencialidade⁶¹⁹, afirma que para que esta potencialidade se torne realidade é necessário a observância de certas condições. Tais condições serresumem, na verdade, num duplo problema, o do “acesso”: acesso aos tribunais⁶²⁰ e acesso à educação⁶²¹.

⁶¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Controle Judicial das Omissões Públicas como Garantia de Fruição dos Direitos Sociais pelos Cidadãos...***cit.*, p. 14.

⁶¹⁸ Cf.: NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Fé na Justiça**. In: Revista Veja. São Paulo, n. 19, maio 2009, p. 11-15.

⁶¹⁹ Acerca de tal potencialidade, conferir: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**...*cit.*, p. 105.

⁶²⁰ Cf.: CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**...*cit.*, p. 15 e ss.

⁶²¹ Segundo Cappelletti, “A primeira radica-se no sistema de seleção de juízes, que deve ser aberto a todos os extratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação. A segunda é que todos tenham igual oportunidade de acesso aos tribunais.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**...*cit.*, p. 105 e 106).

Certamente que essas condições não ocorrem em todos os lugares e nem de forma completa em nenhum lugar, menos ainda num país como o Brasil que, não bastasse os problemas socioeconômicos, têm suas fronteiras a perder de vistas, o que torna mais difícil, quando não impossível, tal acesso.

Nesse sentido se fez mister mencionar a citação feita pelo mesmo Mauro Cappelletti acerca de um pronunciamento proferido pela juíza federal americana, Shirley HUFSTEDLER (*In the Name of Justice. Stanford Lawyers*, 14-1 (1979), p. 3 e ss.; esp. p. 4), segundo quem:

A capacidade de acessibilidade dos tribunais é muito superior à de outros órgãos do governo. Enquanto efetivamente, 'a chave para abrir as portas de um tribunal' é simplesmente, 'o pedido da parte', e enquanto as atividades do tribunal em grande parte são 'conduzidas publicamente', permanece 'coberto de mistério', pelo contrário, o modo pelo qual uma pessoa pode obter audiência 'perante as câmaras legislativas' ou 'nos ofícios internos do poder executivo', mesmo quando, 'o que certamente ajuda, é muito rica ou poderosa.⁶²²

Se *democracia* importa em participação, solidariedade, tolerância, liberdade, etc., então, é verdade que a noção de democracia não pode reduzir-se a uma simples ideia majoritária.

Como elementos contributivos à democracia, acredita-se: num judiciário razoavelmente independente dos caprichos da maioria; e, aposta-se: em um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, capaz de assegurar a preservação do sistema de freios e contrapesos, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder⁶²³.

Se de um lado requer-se uma jurisdição inerte como garantia de liberdade de escolha do cidadão. De outro, aspira-se que o Judiciário, na qualidade de poder do Estado, mova-se vigorosamente rumo a tornar-se, quando provocado, mais acessível (tempo razoável e custas suportáveis) e eficaz⁶²⁴.

⁶²² HUFSTEDLER, Shirley M. *In the Name of Justice*, em *Stanford Lawyers*, 14-1 (1979), p. 3 e ss., esp. p. 4. *Apud.* CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 106.

⁶²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 106 e 107.

⁶²⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 33-36

Não se pode ignorar o fato de que “a democracia não pode sobreviver em um sistema em que se fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais”; e, ao fato de que “a preservação da liberdade exige a eliminação (da) concentração de poder (...) e a (...) distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, vale dizer, um sistema de *checks and balances*”⁶²⁵.

Fora o que se concluiu no parágrafo anterior e com o fito de adicionar palavras ao que já se colocou, aqui, sobretudo sobre CAPPELLETTI, quando este afirma que o juiz cria também direito, é realmente indubitável, de qualquer modo, que autoridades competentes dos três Poderes estão sempre a criar normas: o Legislativo, a geral e abstrata (na criação de uma lei, por exemplo); o Judiciário, a individual e concreta (para dirimir um conflito de interesses entre autor e réu); e o Executivo, também – geralmente – a norma individual e concreta (quando um Prefeito homologa, por exemplo, o resultado de um processo licitatório).

Definitivamente, do processo de criação normativa podem participar até os individuais, em contratos (normas individuais e concretas) feitos à luz do direito das obrigações (do Código Civil, norma geral e abstrata).

Quanto ao Poder Judiciário, desde o final do século XX, reconheceu-se o seu papel político⁶²⁶. Não obstante esse reconhecimento muitos juízes, fiéis às concepções formalistas, comportam-se como aplicadores automáticos da lei escrita. Mas ainda que haja uma resistência por parte deste poder, no sentido de se posicionar diante de casos polêmicos, os quais envolvem critérios valorativos, deve fazê-lo sob pena de - mantida a inércia dos outros Poderes -, os direitos, as liberdades e as prerrogativas constitucionalmente previstos, ficarem apenas no plano da abstração. Cabe, então, aos juízes atuar como “corresponsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais.”⁶²⁷ Ou melhor dizendo, cabe aos juízes

⁶²⁵ Cf.: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?...***cit.*, p. 106.

⁶²⁶ Segundo Dallari, “O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda a gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes...***cit.*, p. 91).

⁶²⁷ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998, p. 107 e ss.

“assumir sua politicidade no âmbito de sua relevante função estatal, sob pena de tornar seu papel inócuo e sua legitimidade contestada.”⁶²⁸

É inegável que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, entretanto, como bem ressalta Marcos Augusto MALISKA, “não houve e não haverá nenhum milagre jurídico que transforme os direitos que estão na Constituição em algo presente na realidade. (...) Concretizar direitos fundamentais é uma atividade que, a rigor, está na capacidade do Estado de criar condições de desenvolvimento do País.” Tem razão ainda este autor quando afirma que, contra a ineficiência, falta de visão estratégica, de capacidade gerencial e de qualificação do serviço público, atributos comuns ao Estado brasileiro, não há recurso judicial eficaz, pois que, contra tais defeitos, “somente pode atuar uma crítica contundente dos atores sociais na seara do espaço público.”⁶²⁹

Não obstante a razão e a razões que tais afirmativas encerram, requer-se que os juízes, além de participar ativamente das discussões a respeito de seu papel na sociedade e indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça, exerçam o controle das políticas públicas de maneira a aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais indicados no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Dalmo DALLARI, com a propriedade de sempre, assevera que:

É óbvio que o Judiciário faz parte da sociedade e não poderá sozinho fazer o milagre de eliminar injustiças institucionais e os vícios de comportamento que impedem o Brasil, assim como outros países, de viver democraticamente e com justiça social. Mas uma boa organização judiciária, tendo juízes verdadeiramente comprometidos com a realização da justiça, desde a primeira instância até os mais altos tribunais, será mais um instrumento valioso para a proteção da legalidade autêntica e promoção da dignidade humana.⁶³⁰

É inegável, também, a relação existente entre as medidas de políticas públicas e a efetividade das normas constitucionais, razão pela qual o controle da

⁶²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 89 e ss.

⁶²⁹ MALISKA, Marcos Augusto. A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do Tema e o papel da Jurisdição Constitucional. In: Clèmerson Merlin Clève; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI; Alexandre Coutinho (Orgs.). *In: Direitos Humanos E Democracia*. São Paulo: Forense, 2007, p. 555 e 556.

⁶³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes...cit.*, p. 164.

harmonia dessa relação é imprescindível, o qual incumbe ao Judiciário. Ressalte-se que a atuação judicial no exercício das políticas públicas não é arbitrária, posto que o juiz - sob a égide do princípio do legislador negativo -, tratará de cuidar da concretização de fins constitucionalmente consagrados e não de um processo livre de estipulações de fins e de adoção de meios. Frise-se que o Judiciário tampouco irá substituir a política pública adotada; apenas dirá se tal política se coaduna com seu fundamento constitucional. Não estando em conformidade com o que preceitua a Constituição, a aplicação de suas medidas será afastada.⁶³¹ A esse respeito Luiz Henrique CADEMARTORI leciona que:

Se a discricionariedade deriva da esfera do Político e sendo que esta esfera também pode ser equacionada juridicamente devido às conexões necessárias entre o Direito e as reivindicações resultantes das disputas sociais travadas no espaço público, tanto os atos de governo quanto os atos administrativos podem ser amplamente apreciados pelo Judiciário. Deve-se observar a este respeito que, no Estado de direito, mesmo o Poder Legislativo, do qual derivam os atos e decisões da maior densidade política está submetido, quanto ao teor de tais medidas, a um controle de constitucionalidade. Consequentemente deve-se propugnar a extensão de tal controle a todos os atos expedidos pelo Executivo, não cabendo, portanto, o argumento de certas imunidades, pelo simples fato de que tais atos são de natureza política ou governamental.⁶³²

A verificação (v. final do n. 1, cap. II) de que, diante das incompatibilidades entre a ideia tradicional positivista de validade e a atual sistemática principiológica do controle jurisdicional dos atos discricionários, a concepção clássica de discricionariedade restou superada, implicou, outrossim, que para sua redefinição, seria necessário, primeiro, uma demarcação mais clara das esferas política e jurídica a fim de não confundi-las nem admiti-las de forma indiscriminada; e, segundo, a redefinição de categorias afins, como a do mérito do ato administrativo; e, de conceitos, também afins, tais como os de validade, vigência e eficácia do ato administrativo.

Luiz Henrique CADEMARTORI, em suas reflexões com vistas a afirmar o caráter garantista do Estado de direito, cita, como condição prévia de uma democracia substancial, que “o Direito formal necessita, legitimar-se num outro plano

⁶³¹ O que, segundo Marília Lourido dos SANTOS, “pode se dar tanto no âmbito abstrato, quanto no âmbito concreto do controle de constitucionalidade.” (SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 184).

⁶³² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 54.

do Direito, de cunho axiológico.” Assim, propõe que a discricionariedade, concebida pelo mesmo enfoque garantista, deve ser observada não apenas de sua perspectiva abstrata como também no campo de sua aplicação concreta.

A discricionariedade em abstrato é aceita no ordenamento jurídico porque a lei transfere ao Administrador Público a competência para interpretar o sentido da lei que ordena a adoção da providência administrativa mais adequada ao interesse social conforme a situação apresentada⁶³³.

Considerando a discricionariedade no seu campo de aplicação concreta, entende-se que, uma vez implementada determinada medida, caso seu destinatário alegue lesão a direito, o ato administrativo será levado à via judicial, devendo o juiz apreciar (não substituir) na sua inteireza a medida adotada, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à Administração. Assim, para efetuar tal controle, o Poder Judiciário “deverá considerar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto, possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas.”⁶³⁴ Portanto, sob o parâmetro garantista de validade proposto por este autor, deverão ser observados todos os aspectos substanciais das medidas do Poder Público, discricionárias ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico.

Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, como já aludido (v. n. 1, do cap. II), a saída está no estabelecimento de limites precisos à oportunidade (relativos ao motivo) e à conveniência (relativos ao objeto), de maneira a identificar-se na prática do controle os padrões que levam ao vício da finalidade do ato, culminando em sua nulidade. Daí sua proposição de uma sistematização à partir dos princípios da

⁶³³ Segundo Cademartori, justifica-se tal âmbito abstrato de discricionariedade, em função de que se encontra superado o antigo modelo burocrático-administrativo descrito por Weber, no qual o agente público era concebido como simples autômato, executor de regulamentos detalhistas e precisos, caracterizando a função administrativa como simples execução direta da lei. Tal visão, hoje, é substituída pelo modelo descentralizado de gestão administrativa, o qual confere às diversas unidades da Administração Pública uma ampla autonomia no desempenho de funções da sua competência, a qual se baseia na possibilidade de adoção de medidas autônomas dentro de parâmetros gerais fixados pela lei (Dec.-lei 200/67). (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Ibidem*, p. 182).

⁶³⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Ibidem*, p. 182 e 183.

realidade e da razoabilidade, os quais servirão de instrumento para que se afirmem os princípios substantivos. Tais princípios é que informarão a adequação do mérito do ato com o interesse público⁶³⁵.

A proposta de Juarez FREITAS e de Germana de Oliveira MORAIS é no sentido de uma redefinição dos conceitos de vinculação como os de discricionariedade, de maneira a adequar tais categorias às pretensões filosóficas contemporâneas do Direito, pois na prática, tal vinculação está condicionada não só à legalidade, mas também aos princípios jurídicos. Tem razão, ainda, Juarez FREITAS, quando assegura ser mais correto se afirmar que há atos predominantemente vinculados e atos predominantemente discricionários, e que, nos dois tipos, há total vinculação à legalidade e aos demais princípios jurídicos.

Ademais, como o caráter aberto do direito não transige com a exigência de objetividade, especialmente no tocante ao processo de concretização dos direitos e valores fundamentais plasmado na Constituição, requer-se do intérprete, na tarefa de interpretação e aplicação do texto, o domínio não só de critérios formais, mas, também daqueles de cunho valorativo. Ressalte-se que o caráter substantivo da interpretação e aplicação das normas jurídicas não lhes retira a possibilidade de racionalização, apenas requer a utilização de critérios adequados à efetivação de seus fins.

Aponta-se que na medida em que o caráter indeterminado, controvertido e valorativo dos conceitos e institutos jurídicos favorece a ampliação e adequação da análise judicial substantiva, diga-se, aliás, necessária para o exame das medidas de políticas públicas, favorece igualmente o exercício do controle judicial das políticas públicas, pois que, como já aludido, da atuação judicial no exercício do controle das políticas públicas, requer-se a utilização sistemática e coerente dos princípios interpretativos, o que conduz, necessariamente, à racionalidade e funcionalidade desejadas⁶³⁶. Nesse sentido assegura-se que a resistência em submeter às políticas

⁶³⁵ Segundo Moreira Neto, pelo princípio da realidade o Direito deve voltar-se à realidade da convivência entre os homens, pois “são os fatos que regularmente *ocorrem* ou *podem ocorrer*, na natureza física ou convivencial, e só excepcionalmente e por disposição expressa na ordem jurídica acolhe ficções ou presunções. (...) a vivência do Direito não comporta fantasias; o irreal tanto não pode ser a fundamentação de um ato administrativo quanto não pode ser o seu objetivo.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**...*cit.*, p. 36 e 37).

⁶³⁶ SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. cit.*, p. 183 e 184.

públicas ao controle jurisdicional importa justamente em desconhecimento ou negação desse caráter racional do processo de decisão judicial, pois que nesta atividade ocorre uma mediação da norma e dos princípios jurídicos, o que estabelece uma pauta de controle para o subjetivismo⁶³⁷.

Verificou-se que, frente às situações onde importa que seja dada operatividade aos princípios constitucionais, sobretudo no campo das políticas econômicas e previdenciárias, os tribunais, ainda que de forma gradual e lenta, têm recorrido a critérios hermenêuticos de natureza principiológica como o princípio da proporcionalidade, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio do legislador negativo, dentre outros⁶³⁸. Frise-se que não se está aqui defendendo um agir exagerado e irresponsável por parte do Poder Judiciário, mas sim, como bem demonstra todo o exposto, a legitimidade que este Poder, como parte da sociedade e como guardião da Constituição, tem para controlar se o Administrador Público - como instrumento estatal, dentro de suas atribuições -, está agindo de maneira a garantir os direitos dos administrados, sobretudo os direitos sociais, aqueles direitos tidos como de segunda dimensão (arts. 6º a 11 e arts. 193 a 232 da CF/1988) e que estão vinculados ao princípio da igualdade e têm sido sistematicamente negados, ora sob o pretexto de não violação ao princípio da separação dos poderes, ora porque as políticas públicas sendo expressões de atos políticos encerrariam um juízo de conveniência e oportunidade⁶³⁹, ora porque o

⁶³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...***cit.* e SANTOS, Marília Lourido dos. *Ibidem*, p. 96 e ss.

⁶³⁸ Ressalta-se que essa tensão se revela crítica em sede constitucional, onde é preciso se atentar ao sentido axiológico do direito e a de se conferir segurança e previsibilidade às decisões que tem que dar operatividade às normas. Essa tensão constante se revela crítica em momentos como os de colisão de princípios, que demandam um juízo de ponderação de valores. (...) Dado que os princípios, quando em conflito, não excluem a aplicação um do outro, antes permanecem convivendo na integridade de sua dimensão, a solução dessas situações de colisão dá-se apenas ante o caso concreto e não em abstrato. Por conseguinte, requerem critérios interpretativos que possam estipular o “peso” ou importância naquela situação pontual de conflito, o que pressupõe a utilização de critérios igualmente substantivos. (SANTOS, Marília Lourido dos. *Ibidem*, p. 92-99).

⁶³⁹ Sobre a concepção de que as políticas públicas constituem noção imbricada à noção de ato jurídico, sendo, portanto, passível de igual ou semelhante tratamento judicial, Marília Lourido dos Santos explica que “tem-se que um dos limites estabelecidos para o exercício de seu controle reside também no princípio do legislador negativo. Com isto, este princípio converte-se em critério hermenêutico substantivo a ser observado em caso de confronto de políticas públicas sociais com as normas constitucionais, tanto na esfera de competência do magistrado, quanto da Corte Constitucional. Aliás, importa ressaltar que por serem afetas aos direitos sociais, as políticas públicas sociais não de ser suscetíveis, basicamente, ao controle difuso de constitucionalidade, haja vista que

Judiciário sendo um Poder técnico - ao contrário do Legislativo e do Executivo -, e como tal, não detém conhecimento suficiente para estipular políticas públicas, além de não ter essa função institucional, etc.⁶⁴⁰.

No Brasil, sob o rótulo de “questões meramente políticas”, continua-se a ocultar questões que afetam de forma direta e rotineira o exercício dos direitos dos cidadãos, como é o caso das políticas sociais e seus efeitos. Requer-se, portanto, que o Judiciário, elevado à posição de Poder capaz de defender o cidadão dos excessos da administração e da legislação, cumpra seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos decidindo com justiça.

pelo controle abstrato não se tutela diretamente direito subjetivo.” (SANTOS, Marília Lourido dos. *Ibidem*, p. 114).

⁶⁴⁰ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Curiosamente, entretanto, o posicionamento do Judiciário na Constituição de 1988 muito se aproxima da versão da separação dos poderes presente no *O Espírito das Leis*. Neste, ela também tem caráter político e não jurídico. Traduz o ideal do governo misto, procurando equilibrar as relações de poder, por meio de uma divisão em que a atuação política, ou governamental, dependa de três Poderes que encarnam três forças sociais. O Legislativo, pelo qual se exprime o povo (ou seus representantes), o Executivo (o rei), o Judiciário (a magistratura, elite profissional). De fato, no livro de Montesquieu, os três Poderes podem reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar em concerto.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo...cit.**, p. 213).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como antes da Revolução Francesa houve uma atuação mais marcante do Poder Executivo, e depois da mesma Revolução, do Poder Legislativo, as circunstâncias, de tempo e espaço, tornaram necessária uma atuação mais eficiente - pró-ativa mesmo - do Poder Judiciário na concretização dos Direitos.

Desde o final do século XX, com o reconhecimento do seu papel político, o Poder Judiciário teve suas competências alargadas. Daí que hoje é perceptível um Judiciário atuando não só no flanco jurisdicional, mas de certo modo, também no Legislativo, através do controle de constitucionalidade, e no Executivo, neste caso pela implantação judicial de políticas públicas que seriam, em tese, de responsabilidade do Executivo, o que implicou naquilo que alguns autores designam como “judicialização da Administração Pública” ou “ativismo judicial”.

O termo *judicialização* ou o *ativismo judicial* é, então, utilizado para indicar a abordagem da dimensão política do papel dos juízes e dos tribunais constitucionais no sistema político-democrático.

A expansão do protagonismo do Poder Judiciário, em detrimento da natureza declarativa e lógica da interpretação judiciária, é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. Essa expansão verificou-se tanto nos Estados Unidos, como na Europa, ainda que nos países da *common law*, esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. O mesmo fenômeno se verifica nos países de sistema continental, onde os textos constitucionais, ao incorporar princípios, possibilitam interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional.

Mesmo no país de Montesquieu, constatou-se que o reconhecimento da acentuada criatividade da justiça administrativa foi a tal que, vislumbra-se no *droit administratif* um direito em larga medida jurisprudencial. O mesmo fenômeno verificou-se na justiça constitucional da Alemanha e Itália.

No Brasil, durante muito tempo, os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Foi a Lei da Ação Popular que abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo. Contudo, a situação continua confusa e as opiniões se dividem. De um lado, os adeptos dessa incursão

do Poder Judiciário por sobre os atos do Poder Executivo - enquanto Administração Pública -, justificam-na sob o argumento de que longe de uma ditadura de juízes fundada nos interesses da maioria, se pretende uma garantia de obediência e prevalência dos direitos fundamentais, já que estes nunca devem ser sacrificados em favor daqueles, devendo a atuação do juiz se pautar na efetivação das normas constitucionais de direitos fundamentais, mesmo que isso implique em desagradar maiorias ocasionais. De outro lado se posicionam aqueles que temem, como resultado desse ativismo, um Judiciário discricionário e abusivo nas decisões de políticas públicas contrariando não só a teoria de separação de poderes de Montesquieu, mas, sobretudo, criando um Poder hegemônico e perigoso no cenário político-organizacional, ferindo o próprio princípio democrático.

Vários são os fatores que contribuíram para o aumento na demanda por justiça ante os atos ou omissões da Administração Pública, entre eles cita-se: a nova força dos princípios; a propagação dos direitos e garantias fundamentais tanto em Direito Constitucional como Internacional; e a crescente consciência dos direitos da população. São todos fatores que, de um lado, alargam a esfera do controle, e de outro, estreitam as fronteiras da discricionariedade.

Em suma, entre as causas da expansão que teve o ativismo, o dinamismo e a criatividade dos juízes, encontram-se a legislação social e os direitos sociais.

O texto da Constituição de 1988, como se viu, estabelece imposições normativo-programáticas que direcionam a atuação do Estado, tornando obrigatória a adoção de determinado modelo (aqui, o intervencionista) de política social para diversos setores.

Portanto, não se justifica falar na “judicialização da política”, nem de forma pejorativa, nem como forma de desobediência ao modelo de separação dos poderes estatais, pois que a atuação jurisdicional no controle de políticas públicas está plenamente autorizada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), inexistindo, portanto, preceito legal que impeça os órgãos jurisdicionais de apreciar atos administrativos, ainda que discricionários e de políticas públicas. Trata-se esta atuação judicial de um modo novo, e talvez, até tardio, de aplicar o “postulado da máxima efetividade da norma constitucional”. Trata-se esta atuação judicial, outrossim, de uma adaptação de Montesquieu aos tempos atuais.

Não obstante a autorização constitucional para tal controle, verifica-se, ainda, que no tocante a implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário,

mais especificamente no que se refere às normas definidoras de direitos prestacionais, permanece controvertida a atribuição de força normativa. Porém, verifica-se que tal oposição à efetivação desses direitos com base em considerações de índole positiva, tais como falta de norma regulamentadora, insuficiência de previsão do direito no texto constitucional, que seria programático e, portanto, sem aplicabilidade imediata, têm sido rebatida com o recurso ao postulado hermenêutico da efetividade do direito e da supremacia da Constituição; e no caso brasileiro, mais especificamente, com o auxílio da interpretação, em modelos tradicionais, do texto constitucional, bastante minucioso e claramente instituidor de posições jurídicas diretamente fruíveis.

Tais normas devem ser entendidas como detentoras de um autêntico potencial normativo, cuja aplicabilidade, como consta na própria Constituição de 1988 (§1º do art. 5º), deve ser direta. Da mesma forma a indeterminação e o sentido teleológico inerentes ao direito não podem se consubstanciar em obstáculos intransponíveis à racionalidade decisória, pois que do julgador se exige um nível mais apurado de análise quando se trata de critérios interpretativos de caráter substantivo. Daí que, sob o prisma da efetividade, o juiz não pode deixar de aplicar um determinado preceito sob o argumento de que existe termo carente de definição.

Essa mudança no papel confiado ao Poder Judiciário relativamente à Administração Pública, como já aludido, não é fato recente, ao contrário, desde antes da promulgação da Constituição de 1988, já se podia vislumbrá-la no desenvolvimento da ação popular e, depois da ação civil pública que, com o advento da atual Constituição tiveram alargados seus campos de atuação, bem como ocorreu com o Ministério Público. Quanto ao mandado de segurança, verifica-se que, a atual Constituição não só manteve o modelo clássico como lhe acrescentou um novo, o do mandado de segurança coletivo. Quanto ao *habeas data* (art. 5º, LXXII), não se mostrou eficaz, até porque o mandado de segurança (art. 5º, LXIX) poderia lhe fazer as vezes, sem qualquer dificuldade.

De outro lado se constata que os princípios acolhidos pela Constituição concedem ao magistrado uma ampla margem de discricção em questões para as quais não existe resposta “certa”, mas sim alternativas de política.

Ademais isso, como o caráter aberto do Direito Constitucional não transige com a exigência de objetividade, especialmente no tocante ao processo de concretização dos direitos e valores fundamentais plasmado na Constituição, o

intérprete - na tarefa de interpretação e aplicação do texto -, terá que ter o domínio não só de critérios formais, mas, também, daqueles de cunho valorativo.

Frise-se que o caráter substantivo da interpretação e aplicação das normas jurídicas não lhes retira a possibilidade de racionalização, apenas requer a utilização de critérios adequados à efetivação de seus fins.

E, na medida em que o caráter indeterminado, controvertido e valorativo dos conceitos e institutos jurídicos favorece a ampliação e adequação da análise judicial substantiva - indispensável no exame das medidas de políticas públicas -, favorece, igualmente, o exercício do controle judicial de tais políticas, pois, que, como já aludido, da atuação judicial no exercício do controle das políticas públicas, requer-se a utilização sistemática e coerente dos princípios interpretativos, o que conduz, necessariamente, à racionalidade e funcionalidade desejadas. Assim, como a atividade de controle se dá pela mediação entre a norma e os princípios jurídicos, ela acaba por estabelecer uma pauta de controle para o subjetivismo. Daí que a resistência em submeter as políticas públicas ao controle jurisdicional só pode encontrar justificativa no desconhecimento ou negação desse caráter racional do processo de decisão judicial.

Se, como já aludido, nos países da *common law*, esse ativismo judicial acaba sendo mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito, verifica-se que nos países da *civil law* - ainda que os precedentes pareçam ganhar respeito quando formam jurisprudência predominante -, a instabilidade dos Tribunais Superiores, como tem ocorrido no Brasil, impede que se saiba qual seria a posição predominante ou que se detalhe tendências evolutivas por parte do Judiciário nesse campo. Não obstante tal dificuldade constata-se que, ainda que de forma lenta e gradual, os tribunais brasileiros, frente a situações onde importa que seja dada operatividade aos princípios constitucionais, sobretudo no campo das políticas econômicas e previdenciárias, têm recorrido a critérios hermenêuticos de natureza principiológica como o princípio da proporcionalidade, o princípio da interpretação conforme à Constituição, o princípio do legislador negativo, dentre outros.

O controle pelo Poder Judiciário da atuação administrativa discricionária não fere o princípio da separação dos poderes - entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado, tampouco desvirtua aquilo que ensinou Montesquieu no passado.

Entretanto, para que tal intervenção não seja excessiva e arbitrária, o Poder Judiciário, além de ponderar o fato de que as políticas públicas encerram programas e ações do Poder Público dirigidas ao atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, deve observar alguns limites tais como a restrição à garantia do mínimo existencial, a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público e a reserva do possível.

De outro lado não se pode aceitar que teorias tais como do dirigismo constitucional e da reserva do possível, por si só, sejam usadas como justificativa para o descumprimento dos comandos constitucionais destinados a dar concretude aos direitos sociais.

Caso tais teorias sejam invocadas como desculpa para a inação, o Poder Judiciário pode ser acionado para refutá-las e obrigar o Poder responsável pela omissão a agir. Igualmente, se a normatividade infraconstitucional editada vai de encontro aos preceitos do Texto Constitucional, o Judiciário deve ser acionado, neste caso, para suprir o vício por meio do controle de constitucionalidade. Assim, se a Constituição preceitua que um direito, liberdade ou prerrogativa deve ser garantida pelos Poderes Públicos e estes descumprem as ordens constitucionais, deve o Judiciário - sobretudo o Supremo Tribunal Federal, como guardião máximo da Constituição - quando provocado por vias legais, exercer seu papel (sua função típica) de fazer cumprir os preceitos constitucionais, no sentido de solucionar conflitos de interesses alheios, o qual propicia meios para garantir a imparcialidade judicial.

O regime constitucional implica, então, necessariamente, a existência de um mecanismo capaz de traçar os limites ao exercício do poder. Não se trata de interferência de um Poder por sobre o outro, mas sim de cumprimento de funções institucionais. Montesquieu em sua doutrina da separação dos poderes já advertira que os três Poderes podiam reciprocamente paralisar-se, caso não se dispusessem a caminhar em concerto. Além do mais, a legitimidade dos governantes e a limitação de sua autoridade são condições básicas da existência da democracia.

Desde a perspectiva de que os direitos sociais representam o pressuposto necessário para o exercício dos direitos civis, requer-se um controle mais substancial das atividades de concretização das normas constitucionais. Para tanto, se faz imprescindível um Judiciário não só conhecedor das técnicas hermenêuticas adequadas, mas, sobretudo, consciente das implicações próprias do seu papel

enquanto Poder do Estado. Ademais isso, imprescindível se faz, também, a participação popular na atividade administrativa, pois, sabe-se que, se a democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder, a omissão individual em participar dos processos de controle do poder político é causa da ampliação do arbítrio governamental.

Lamenta-se que ainda prevaleça a visão arcaica da intangibilidade das decisões administrativas discricionárias, pois que essa teoria não mais encontra respaldo na doutrina hodierna, que vem, paulatinamente, admitindo serem todos os atos administrativos, mesmo os de cunho discricionário, sujeitos ao crivo do Poder Judiciário. A escolha discricionária não pode ser indiferente ao direito, de maneira que não se propõe o seu fim, mas a sua juridicidade, entendida como modo de realização do direito.

Lamenta-se, outrossim, que ainda haja na jurisprudência algum receio de invasão na esfera de atuação do Poder Executivo, a despeito de ter a Constituição vigente ampliado a noção de universalidade da jurisdição, aderindo a uma verdadeira tendência mundial de abertura do Poder Judiciário.

O princípio da separação de poderes não pode ser visto de maneira impermeável e absoluta, pois sendo um modelo que defende o “controle do poder pelo poder”, deve ser interpretado teleologicamente e historicamente, caso contrário, a máquina estatal restaria inoperável. É, pois, a eficácia deste princípio que assegura a liberdade como princípio fundamental da democracia moderna. Daí se ter acentuado que a existência de uma Constituição depende da adoção deste princípio, tal como posto, expressamente, na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789.

A independência entre os poderes mostra-se, pois, não ser absoluta. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, através do qual se poderá atingir o equilíbrio necessário à realização do bem de toda a coletividade e indispensável para se evitar qualquer forma de arbítrio e de desmando de um poder em detrimento de outro. Assim, está claro que a discricionariedade administrativa no atual cenário encontra espaço cada vez mais regrado ante aos princípios constitucionais que acabam por esvaziar a gama de opções do gestor público, servindo, inclusive, de parâmetro para o próprio controle jurisdicional.

Ou seja, o Judiciário retira o fundamento de validade de sua intervenção da própria Constituição, atuando como guardião dos direitos fundamentais nela consubstanciados, bem como fiscalizando os demais órgãos para que tais direitos não sejam, simplesmente, ignorados.

Isto posto, propugna-se por uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário quanto às decisões políticas, sobretudo, as afetas ao Poder Executivo, responsável que é pela instituição de políticas públicas. Assim, oportuna é a intervenção jurisdicional tendente ao resgate de valores democráticos e constitucionalmente garantidos, desde que observados, é claro, os critérios adequados e, portanto, mais eficientes, para que se possa reverter a situação negada pela Administração Pública (Poder Executivo) ou não alcançada pela norma vigente.

Portanto, o Judiciário, ao exercer a função de controle, desde que o faça na observância dos princípios constitucionais fundamentais, não estará a adentrar nas competências dos outros dois Poderes. É, pois, justamente no exercício desse controle que o Judiciário atenderá ao interesse público primário proclamado na Constituição vigente, que exige um Estado Social humano, moral e justo, com vistas, sempre, a garantir o mínimo existencial consubstanciador da dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, não se pode contestar que as adaptações impostas pelas circunstâncias de tempo e espaço trouxeram Montesquieu – renovado – para os séculos XX e XXI, e isto, forçosamente, reflete-se num novo Direito Administrativo, como reflexo do novo Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **La Institucionalización de la Justicia**. Edición e presentación José Antonio Seoane. Trad. José Antonio Seoane; Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu**. A política e a História. Trad. Luz Cary e Luisa, 2. ed. Portugal: Presença, 1977.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.) **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110 e 112.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Ática e UNB, 1988.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. **Direito, Marxismo e Liberalismo**. Florianópolis: Cesus, s/d, p. 20.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Brasileira de Direito Público. – RBDP – Ano 1, n. 1, abr/jun 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1939.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais**. Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-172.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. atual. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf. Acesso em 17/08/2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito Constitucional** (Instituições de direito público). Trad. da 9. ed. de 1972, Maria Helena Diniz; rev. Ricardo Olivo. São Paulo: RT, 1984.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma teoria geral da política. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Stato e Diritto nel Pensiero di Emmanuele Kant**. Trad. Brasília, 1984.

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Direitos Fundamentais**. Nomos: Baden-Baden, 1993.

_____. **Estudios Sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 47-131.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria do Estado**. 2. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário n. 393175. Relator: Ilmar Galvão. 12 dezembro 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04.10.2009.

BRÜNING, Raulino Jacó. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público**. Porto Alegre: Fabris; Blumenau: FURB, 1989.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais através do Processo Coletivo: Um Novo Modelo de Jurisdição**, p. 17-19. (Trabalho apresentado à Universidade de São Paulo-USP, para a qualificação de doutorado em 26 de abril de 2009. Orientador: Kazuo Watanabe).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Colab. Bryant Garth. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. e rev. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Trad. e rev. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Qué Hacen los Jueces Cuando Juzgan?** (Enfoques Plurales sobre la Interpretación del Derecho y la Hermenêutica Judicial). Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001, p. 7-17.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed., rev., ampl. e atual. até 05.01.2007. Rio de Janeiro: Lumén. 2007.

_____. **O Controle Judicial das Omissões Públicas como Garantia de Fruição dos Direitos Sociais pelos Cidadãos**. In: Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial. Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-14, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/778/620>. Acesso em: 09/10/09.

CASSESSE, Sabino *et al.* Derecho Publico y Derecho Privado Em la Administración. In: **Problemática de la Administración Contemporânea**. Buenos Aires: Instituto de Derecho Administrativo, s/d.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de Controle Interno: Uma Perspectiva de Gestão Pública Gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3. ed. atual. São Paulo: RT, 1977.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria De Direito). São Paulo: Acadêmica. 1993.

CRETELLA JR, José. **Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 1979.

CITADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia**. ALCEU - v.5 - n.9 - jul./dez. 2004.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**. Ano 35, n. 138. Brasília: Revista de Informação Legislativa. abr./jun. 1998.

_____. Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático. In: JAGUARIBE, Hélio, *et al.* **Brasil, Sociedade Democrática**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

Constituição da República Federativa do Brasil. 42 ed. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA. Regina, Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discrecionalidade Administrativa**. Revista da Procuradoria Geral do Estado.de São Paulo, v. 29, p. 79-108.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVI, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discrecionalidade, Devido Processo Legal e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **O Direito Administrativo Brasileiro sob a Influência Dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 8. Nov. /Dez. 2006 /Jan. 2007. Salvador.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. Barcelona Ariel, 1995.

DURKHEIM, David Émile. **Montesquieu e Rousseau: Pioneiros da Sociologia**. Trad. Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

_____. (Coord.) **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **A relação Meio/Fim na Teoria Geral Do Direito Administrativo**. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>. Acesso em 28 de setembro de 2009.

_____. **Constituição de 1988**. Legitimidade, vigência e eficácia normativa (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: Um Princípio em Decadência**. In: Revista USP, n. 21, março/abril/maio de 1994. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>. Acesso em: 05/09/2009.

FERREIRA, D'Andréa. **O Controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário**. (Direito Aplicado). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed., atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Probidade Administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. 5. ed., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Discricionariedade: Poder ou Dever?. In: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. (Org.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**, p. 127-134.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 4. Ed. México: Editorial Porrúa, 1952.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958-1960.

_____. **Direito Constitucional**: Teoria da Constituição; As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros 2004.

_____. **Os Atos Administrativos e a Discricionariade Vinculada aos Princípios.** Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

GABARDO, Emerson. **Eficiência E Legitimidade do Estado.** São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson. **A Moralidade Administrativa e Sua Densificação.** Revista da Escola Superior do Ministério Público do distrito Federal e Territórios. Brasília, FESMPDFT, v. 11, n. 22, jul./dez. 2003.

_____. (Coord.). **Discricionariade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I.** Madrid: Civitas, 1986.

_____ e MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. **El Derecho, la Ley y el Juez.** Dos Estudios. Madrid: Civitas, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo.** Trad., prefácio e apêndice (diários bolivarianos) de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIANNINI, Massimo Severo. L'Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo. In: **Trattato di Diritto Amministrativo Diretto dal Prof. Giuseppe Santaniello.** Volume Primo. Padova: CEDAM, 1988.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo.** 7. ed. Tomo 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo.** 5. ed. Tomo 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GARCIA, Emerson

(Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 309-374.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto *et al.* Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (org). **Perspectivas de Direito Público**: Estudos Em Homenagem A Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**, p. 1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-08>. Acesso em: 14/08/2009.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Rev. SAITEC Editoração Tucha. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20. ed. alemã, de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. Rosana D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

IGLESIAS, Carmen. **El Pensamiento de Montesquieu**. Ciência e Filosofia no Século XVIII. Madrid: Galaxia Gutemberg, 2004.

JACKISCH, Carlota. Teoría de Distribución de Poderes. In: **División de Poderes**. CIEDLA – Centro Interdisciplinario de Estudios sobre o Desarrollo Latinoamericano dela Fundación Konrad Adenauer, s/d.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador: O Caso Brasileiro**. Coimbra: Coimbra, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** 2. ed. Madrid: Ariel, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**. Uma Perspectiva Procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: RT, 1981.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em Busca da Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais**. Considerações acerca do Conceito de Reserva do Possível e do Mínimo Necessário. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 04.10.2009.

LOBO, Hilton e CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, s/d.

MAIRAL, Héctor A. **Control Judicial de la Administración Pública**. Vol I. Buenos Aires: De Palma, 1984.

MALBERG, Raymond Carré de. **La Teoria Gradualistica del Diritto**. Confronto com le Idee e le Istituzioni del Diritto Positivo Francese. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. **Teoría General del Estado**. Prefácio de Héctor Gros Espiell. Trad. José Lión Deprete. 2. ed. México: Facultad de derecho/Unam. Ponto de Cultura Económica, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. **Acerca da Legitimidade do Controle de Constitucionalidade**. In: Revista Crítica Jurídica, n. 18, jun/2001.

_____. A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a Complexidade do Tema e o Papel da Jurisdição Constitucional. In: Clèmerson Merlin Clève; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI; Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. São Paulo: Forense, 2007.

_____. **Democracia e Jurisdição Constitucional em Sociedades Plurais**. In: Revista da Academia de Direito Constitucional, n. 10, v. 2, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Pietro Nasseti. 6. ed São Paulo: Martin Claret, 2008.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: De Palma, 1982.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

_____. **O controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1993.

_____. **O direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2003.

_____. **Poder Discrecionário da Administração**. In: Revista dos Tribunais, ano 75, agosto de 1986, v. 610, p. 43 e 44.

_____. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 79-85.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **"Relatividade" da Competência Discricionária**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 212: 49-56, abr./jun. 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I, Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Novas Leituras. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol. I – N. 5 – agosto de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

MIRANDA, JORGE. A Discricionariedade e a Implementação Dos Direitos Sociais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 291-307.

_____. **Funções, Órgãos e Actos Do Estado**. Lisboa, 1990.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1985.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VII. Estrutura Constitucional da Democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. (Org.) **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 anos da Constituição de 1976, Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra. 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas Persas**. Trad. Mário Barreto. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. **O Espírito das Leis**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O Espírito das Leis**. In: Coleção Os pensadores. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Volumes I e II. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Interferência entre Poderes do Estado**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, n. 103. Jul./set., 1989.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade** – Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. 4. ed. rev.. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORÓN, Miguel Sánchez *et al.* El Control Jurisdiccional. la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. In: RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (orgs.). **La Administración Pública Española**. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Fé na Justiça**. In: Revista Veja. São Paulo, n. 19, maio 2009, p. 11-15.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública Democrática E Efetivação Dos Direitos Fundamentais*. In: **Direitos Humanos e Democracia**: intercorrências. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **O Bom Governo e a Boa Administração**. In: Jornal A Gazeta do Povo. Caderno Justiça. Curitiba, 28 de abril 2008, p. 2.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 1978.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública** – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e Norte-Americana**: Do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional. Brasília:UNB, 2008.

PLATÃO. **A República**. Trad. Pietro Nasseti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

PEREIRA. Flávio Henrique Unes. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa À Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa**. Revista CEJ, Brasília, n. 36, pp. 30-38, jan./mar. 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública**: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional** – Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINHO, A. P. Soares de. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói: [s.c.p.], 1961.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência Do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. Trad. J. Cretella JR. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *et al.* O juiz na Nova Ordem Estatal. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (Org.). **Perspectivas de Direito Público**: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** ou Princípios do Direito Político. Trad. Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SAÍNZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionariadad Administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers État? 4. ed. Org. e Introd. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos** (hecks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Novos Paradigmas em Face da Globalização. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **O Controle Da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados No Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Motivação Do Ato Administrativo Como Garantia Dos Administrados**. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 75, p. 118-127.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial E Os Direitos Fundamentais**. In: Revista de direitos da Procuradoria geral, rio de Janeiro, n. 42, julho-setembro, 1990, p. 69 e 70.

_____. **Tratado De Direito Constitucional Financeiro E Tributário**. Vol. V, 2, ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000., p. 49-108.

TOURINHO, Rita. **Discrecionariiedade Administrativa**. Ação de improbidade & controle principiológico. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discrecionariiedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discrecionariiedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. **A Separação dos Poderes na Constituição Americana**. Do Veto Legislativo ao Executivo Unitário – A Crise Regulatória. Coimbra: Coimbra, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Lei, Derecho, Justicia. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke- Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.