

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL
ano 10 · n. 40 · abril/junho 2010 · Publicação trimestral - ISSN 1516-3210

A&C

REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

Angela Cassia Costaldello • Augusto Durán Martínez • Carlos E. Delpiazzi • Celso Antônio Bandeira de Mello • Clèmerson Merlin Clève • Jaime Rodríguez-Arana • Javier Parquet Villagra • José Luis Meilán Gil • Juan Carlos Cassagne • Juarez Freitas • Pablo Angel Gutiérrez Colantuono • Paulo Roberto Ferreira Motta • Regina Maria Macedo Nery Ferrari • Romeu Felipe Bacellar Filho • Valmir Pontes Filho

40

Edição Especial

10 anos

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 40	p. 1-336	abr./jun. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração

Juarez Freitas

Professor da PUCRS e da UFRGS. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Foi Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e é, atualmente, Membro do Conselho Nato do IBDA. É Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Foi Pesquisador Visitante na Universidade de Oxford e Visiting Schollar na Universidade de Columbia. É Co-Diretor de Tese na Universidade Paris II. É Presidente do Conselho Editorial da revista Interesse Público. Advogado, Consultor e Parecerista.

Resumo: A Administração Pública tem o dever prioritário de proteger os direitos constitucionais. Tal dever supõe ampliação do autocontrole, respeito às decisões judiciais consolidadas e favorece a afirmação do princípio da deferência. A tarefa de evitar a ação ou omissão inconstitucional é de todos os agentes de Estado e, de acordo com as suas atribuições, representa aspecto crítico do novo Direito Administrativo. Por outras palavras, a constitucionalidade — além da conformidade com as regras legais — precisa ser assegurada e garantida pelo Estado inteiro, incluída a Administração Pública.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Administração Pública. Direitos constitucionais.

Sumário: 1 Introdução – 2 Da obrigatoriedade de o Estado-Administração realizar uma espécie de controle da constitucionalidade: implicações – 3 Conclusões

1 Introdução

As práticas da gestão pública, à vista da cogência do direito fundamental à boa administração pública, precisam ser sindicadas numa perspectiva propriamente constitucional, isto é, examinadas sob a ótica da conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas com a íntegra dos princípios, dos objetivos e das regras da Constituição.

Lógico: tal controle é tecnicamente distinto do controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade exercido pelo Estado-Juiz. Com essa ressalva expressa, tudo recomenda, até para que se respeite o princípio da deferência, que a guarda da constitucionalidade seja entendida como tarefa prioritária do Estado-Administração, sob pena do alheamento deflacionário das exigências do constitucionalismo de ponta.

Desde logo, para evitar mal-entendido: não se preconiza o controle destemperado da constitucionalidade, empreendido pelo guarda de trânsito, a quem incumbe, antes de mais, cumprir zelosamente as regras,

ainda que sem atentar contra os princípios. O que se colima, nesse estudo, é acentuar que, observados os limites intransponíveis das atribuições específicas, a guarda da Constituição não se cinge às Cortes judiciais, embora a elas incumba o controle “último”, não necessariamente em sentido cronológico.

Imperativo tecer uma rede de controle sinérgico e proativo da constitucionalidade, a cargo do Estado inteiro (hábil a realizar a sindicabilidade sistemática — externa, interna, jurisdicional e social — da gestão pública, isto é, um controle apto da juridicidade constitucional das decisões administrativas, simultaneamente avesso a automatismos rígidos e à discricionariedade pura).¹ Tudo no desiderato de filtrar e, não raro, substituir errôneos condicionamentos omissivistas, arraigados no terreno das relações administrativas. Dito de outro modo, força que o Estado-Administração coopere, incisa e integradamente, para o bom êxito do controle da legalidade, mas não só. Respeitadas as esferas competenciais, urge que promova, em lugar do culto timorato à obediência, o ensejo de que a Constituição, por assim dizer, administre. Não se trata, está claro, de propor a insurgência usurpatória de qualquer matiz, mas de vivamente realçar que:

- (a) ao Estado-Administração incumbe realizar mais do que o controle da legalidade, pois, para ilustrar, nos termos do art. 74 da CF, o controle deve ser de eficiência e de eficácia, o que acarreta novo complexo de deveres fundamentais impostos diretamente pela Constituição, assim os relacionados às áreas de saúde, da educação e do tratamento prioritário às crianças e aos adolescentes (c/c CF, art.227);
- (b) ao Estado-Administração cumpre realizar de ofício, nas fronteiras constitucionais, por meio de agentes especialmente qualificados e investidos para tanto, máxime os integrantes das Carreiras de Estado, uma espécie de controle da higidez constitucional dos processos e atos administrativos. Controle que permita, motivadamente e em determinados contextos, até a inaplicabilidade de lei ou de ato administrativo normativo, como

¹ Sobre o tema, vide Juarez Freitas (O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. cap. 1, p. 48). Ainda: “A tarefa mais produtiva do controle sistemático das relações administrativas consiste em bem hierarquizar as escolhas administrativas, com eficiência, economicidade, eficácia, prevenção e precaução, de maneira que a Constituição administre” (p. 151).

decorrência da vinculação maior ao compromisso de tutela da Constituição;

- (c) ao Estado-Administração resta incontornável preservar, no âmbito do controle sistemático dos atos administrativos “*lato sensu*”, a ponderada eficácia do direito fundamental à boa administração pública, com a correspondente e proporcional sindicabilidade. Naturalmente, levada na devida conta, sem qualquer emotivismo retórico, a totalidade dos princípios regentes das relações administrativas, aí abrangidos os emergentes princípios da prevenção e da precaução.

Nesses precisos e insofismáveis termos, intenta-se lançar luzes sobre a “guarda da Constituição” fora das armadilhas da “concepção unicêntrica de Estado”² ou da “constitucionalização exacerbada”,³ envolvendo todos os Poderes e a sociedade. Tudo sem prejuízo da persistência do Poder Judiciário, em nosso modelo, na condição de controlador “último”,⁴ alicerçado em “cláusula pétrea” (CF, art. 5º, XXXV), da qual emanam consequências de vulto, a saber:

- (i) o controle judicial “último” (nem sempre no sentido cronológico, uma vez que a ameaça à lesão deve ser coibida cautelarmente) faz as vezes de “legislador negativo”, contudo em face da inércia inconstitucional (omissão imotivada e injustificável) dos outros Poderes, pode adicionar normatividade ao sistema até o que o outro Poder desempenhe o seu papel constitucional (em boa hora, o Poder Judiciário resolveu, por exemplo, empregar o mandado de injunção para tal fim);

² Na observação de Norberto Bobbio (O filósofo e a política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 270): “A ideia de supremacia da lei foi a conclusão necessária de uma concepção unicêntrica de Estado, que encontrou sua formulação mais acabada no *Leviatã* de Hobbes. Esta concepção, por sua vez, decorria da convicção de que o Estado estava destinado a dominar, e até mesmo suprimir, os sistemas inferiores (Hobbes) as sociedades parciais (Rousseau) e os órgãos intermediários. Todavia o desenvolvimento político seguiu um caminho oposto (...) quanto mais desenvolvidos econômica e socialmente são os Estados contemporâneos tanto mais se tornam policêntricos (...)”.

³ Pertinente referir Luís Roberto Barroso, para quem, não sem antes identificar o “efeito expansivo das normas constitucionais” como “fenômeno positivo”, manifesta preocupação com os riscos da constitucionalização excessiva (Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 391). A defesa da guarda da constitucionalidade por todos os Poderes e pela sociedade, como defendida aqui, afirma, com ponderação, somente a dimensão positiva do fenômeno e, deliberadamente, encarece a importância do princípio da deferência.

⁴ Sem que a presente abordagem represente endosso, portanto, à posição extremada de Mark Tushnet contra “judicial review”, numa aposta, temerária ao menos por ora, em “legal restraints on government without having constitutional ones” e no populismo constitucional (Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999. Especialmente cap. 7 e 8). Aqui, propõe-se ampliar a guarda da constitucionalidade, não debilitar ou esvaziar o controle judicial. Para refletir, adicionalmente, sobre o tema, vide Michael Perry (Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrenchados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar?. In: TAVARES, André Ramos (Org.). Justiça constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 83-151).

(ii) o controle judicial “último” faz as vezes de “administrador negativo”, com a missão de escoimar, em tempo útil, todos os vícios administrativos insuscetíveis de convalidação, não obstante a admissibilidade de hierarquização axiológica fundamentada que preserve efeitos até de atos inconstitucionais, à condição rigorosa de que a exceção sirva à efetivação (aparentemente paradoxal) dos objetivos fundamentais da República. Todavia, no caso de omissão desproporcional (antijurídica, por definição) do Estado-Administração, isto é, perante inércia objetivamente descumpridora dos deveres administrativos, ao Poder Judiciário cumpre diligentemente tomar todas as medidas necessárias para que a tutela seja acatada. A ponto de — em situação-limite — paralisar transitoriamente os efeitos de determinada regra constitucional, como a do precatório, com o bloqueio de recursos públicos, consideradas as exigências do caso. Por idênticas razões de fundo, o Estado-Juiz pode-deve conceder a antecipação de tutela contra o Poder Público, em prol do princípio da dignidade ou de outro princípio de idêntica estatura. Ainda: pode-deve determinar, sem permitir a alegação da simples discricionariedade administrativa ou da reserva do possível sem prova, a matrícula de criança em creche municipal,⁵ haja vista o caráter obrigante, direta e imediatamente aplicável, do direito fundamental à educação. Trata-se de o Estado-Juiz emprestar efetividade, sem protagonismo desmedido, ao direito fundamental à boa administração pública, entendido como o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas;⁶

⁵ Vide RE-AgR nº 410715-SP. Rel. Min. Celso de Mello, em cuja ementa se lê: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

⁶ Sobre o conceito brasileiro de direito fundamental à boa administração, vide Juarez Freitas (Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22 et seq.).

(iii) o controle judicial “último” deve, ao máximo, respeitar as decisões dos demais Poderes (em função do princípio da deferência, bem entendido), salvo se insanáveis e claramente⁷ incompatíveis com o todo do sistema constitucional, assumido o pressuposto (“*juris tantum*”) de que os demais Poderes cuidam (e deveriam cuidar), enérgica e zelosamente, da dignidade do sistema constitucional. Naturalmente sem empregar, em nenhum momento, a deferência como atitude frouxa ou condescendente em face do arbítrio por ação ou omissão relativamente às tarefas impostergáveis do Estado-Administração.

Importa remarcar: a Constituição Federal, entendida sem a falácia (assaz comum) da desintegração,⁸ deve ser lida como inclusiva em matéria de controle da constitucionalidade, ao estabelecer (CF, art. 23, I) a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para zelar pela “guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas.” Por certo, ao assim prescrever, não almeja que tal tarefa se resolva, com exclusividade, no Poder Judiciário, mas no controle de juridicidade constitucional extenso e intenso, eficiente e eficaz, de molde a favorecer, ao menos em tese, resultados legislativos e administrativos em consonância com os objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º), isto é, com o pleno resguardo, sem retrocessos, dos direitos “entrincheirados”.⁹

⁷ A propósito, útil evocar, sem adotar a sua noção hermenêutica de clareza, a observação clássica de James Bradley Thayer (*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. Harvard Law Review, v. 7, p. 129-156, 1893-94), com especial destaque para as seguintes considerações (p. 144): “There remains a question — the really momentous question — whether, after all, the court can disregard the act. It cannot do this as a mere matter of course, — merely because it is concluded that upon a just and true construction the law is unconstitutional. (...) It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, — so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply, — not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it. This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional.” Michael Perry (op. cit., p. 150-151) pondera: “talvez existam razões para se pensar que a deferência thayeriana é adequada nos casos nos quais certos direitos humanos estão em questão, mas inapropriada para casos em que outros direitos humanos estão em questão — o direito à liberdade de expressão, por exemplo, ou o direito de não ser discriminado com base em uma visão degradante sobre um aspecto particular de alguém.”

⁸ Sobre a falácia de “dis-integration”, vide Laurence Tribe e Michael Dorf (*On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 20).

⁹ Sobre “entrenchment”, entendido como proibição de retrocesso e tutela mínima dos direitos fundamentais, vide Walber Agra (*O entrenchment como condição para a efetivação dos direitos fundamentais*. In: *Justiça constitucional*, op. cit., p. 23-41).

A última assertiva, por suposto, merece acolhida sem os entraves das pré-compreensões demasiado rígidas ou hiperinflacionadas quanto a riscos de desvios usurpatórios. Com efeito, nada há a estranhar que, numa leitura tópico-sistemática,¹⁰ o Estado-Administração exerça o poder-dever de controlar a conformidade dos atos administrativos, acima de tudo, em linha com a Constituição, de sorte a imprimir, na vida real, a eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública.¹¹

Há, por outras palavras, expressivo e relevante desafio (ao mesmo tempo, pragmático e deontológico),¹² qual seja o de, preservado o papel de controlador “último” do Poder Judiciário, expandir e costurar o movimento de luta¹³ pela redefinição das funções do Estado Constitucional.¹⁴

Eis os acordos semânticos propostos para o presente estudo, concernente à expansão do controle da constitucionalidade, nos limites competenciais, a ser efetuado também pela própria Administração Pública, sem prejuízo do caráter derradeiro, cautelarmente ou não, do controle jurisdicional,¹⁵ nem do controle a cargo do Poder Legislativo e da sociedade.¹⁶ O que preconiza é tão só a serena reelaboração daquelas categorias descendentes do tradicional e ultrapassado modelo fixista de controle da constitucionalidade.

¹⁰ Vide Juarez Freitas (A interpretação sistemática do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010), ao propor a essencial identidade do pensamento sistemático e da tópica, não conferindo a esta papel apenas auxiliar, bem como a solução de equilíbrio dialético entre as exigências formais e aquelas oriundas do realismo, respeitada a Constituição em sua abertura dialógica e em seus desafios hermenêuticos, sobretudo os de combate à inércia causadora de danos.

¹¹ Vide FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹² Sobre os modelos deontológico e consequencialista, como não reciprocamente excludentes, vide Riccardo Guastini (Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 239).

¹³ Sobre a Constituição vista como “processo e como espaço de luta”, importa lembrar Clèmerson Merlin Clève (A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23).

¹⁴ Sobre a redefinição funcional do Estado, vide Jacques Chevallier (O Estado pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59): “se o Estado permanece fortemente presente na vida social, tal se dá sob modalidades diferentes daquelas do passado: vê-se perfilhar uma nova concepção do papel do Estado, o esboço de um novo modelo de Estado.”

¹⁵ A propósito de alterações conceituais, um sinal de mudança em matéria de controle da constitucionalidade das leis vem da França, após longa resistência. Vide Loi Organique 2009-1523.

¹⁶ Sobre o ponto, vide Peter Häberle (Jurisdição constitucional como força política. In: Justiça constitucional, op. cit., p. 81): “Não apenas a jurisdição constitucional, mas todos nós somos, politicamente, ‘guardiões da Constituição.’”

2 Da obrigatoriedade de o Estado-Administração realizar uma espécie de controle da constitucionalidade: implicações

O exercício sistemático do controle constitucional dos atos administrativos¹⁷ demanda assimilar, com ousadia racional, vez por todas, que o ordenamento constitucional não se reduz ao império das leis, e se concretiza em nome da sociedade que o legitima.

Além do Poder Judiciário, outras esferas estatais de controle mostram-se imprescindíveis, conquanto se encontrem demasiado tímidas no mister de combater, no nascedouro, a urdidura fatigante das inconstitucionalidades “dolosas” ou “culposas”. Com efeito, romper com esse quadro patológico supõe, como uma das profilaxias relevantes, reduzir os conflitos derivados da antijuridicidade habitual da Administração Pública. Conflitos que produzem torrentes de processos judiciais, às vezes sem duração razoável, agravados pela falta de acatamento, em tempo útil, dos ditames judiciais pelo Estado-Administração.

Nessa medida, assimilada com boa-fé, a noção alargada de controle da constitucionalidade não implica excesso nem invasão, senão representa avanço potencialmente corretivo da performance estrutural da “maquinaria” do Estado brasileiro. Reconhece que todos os Poderes possuem a missão de realizar (por exemplo, por meio de súmulas administrativas vinculantes — como no caso do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), com temperamentos e nos limites das respectivas atribuições, a proteção firme e ativa da Constituição contra os lamentáveis expedientes da burla frontal ou oblíqua.

Para ilustrar, tome-se, de início, o papel do Estado-Administração no resguardo da constitucionalidade no bojo do processo administrativo fiscal. Certo, norma federal de regência, Decreto nº 70.235/72 (com as significativas alterações em 2009, notadamente pela inclusão do art. 26-A) estatui, “prima facie”, que se encontra vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei, tratado ou decreto, sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Contudo, não é menos certo, como se constata no §6º do mesmo dispositivo,¹⁸ que tal vedação não se aplica aos casos de lei ou ato

¹⁷ Vide Juarez Freitas (O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. cap.1), que, além de estabelecer a tábua dos princípios constitucionais que devem reger tal controle, reflete sobre as transformações paradigmáticas do Direito Administrativo, inclusive em suas fontes. A propósito, vide, também, as reflexões de Juarez Freitas (ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008).

¹⁸ Inserido pela Lei nº 11.941, de 2009.

normativo que já tenham sofrido declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal (independentemente da existência de súmula vinculante do STF). Tampouco se aplica a vedação quando se trata de crédito tributário objeto de dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional,¹⁹ súmula da AGU²⁰ ou, ainda, pareceres do Advogado-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República.²¹

Quer dizer, da boa leitura do texto normativo emerge, cristalina, a inferência de que não é boa a pré-compreensão de que não se tolera julgamento, no processo administrativo fiscal, com base em inconstitucionalidade. Há expressas exceções. De mais a mais, imperioso até que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais expeça súmulas vinculantes, que contemplem as situações aludidas, no desiderato da tutela administrativa benigna, econômica e improtelável da Constituição.

Resta ou deveria restar acima de dúvida razoável, nas hipóteses estampadas no art. 26-A, que, “a contrario sensu”, faz-se obrigatório o julgamento administrativo que proteja, “ex officio”, o sistema constitucional via afastamento da aplicação ou inobservância de determinadas regras havidas como categoricamente incompatíveis com a Constituição, observadas as cautelas da maturidade. No entanto, sem leniência.

Desse modo, ainda que em face da ausência de súmula vinculante do STF a respeito, inquestionável a vinculação do Estado-Administração às decisões definitivas plenárias do STF (salvo resistência devidamente motivada) e, simultaneamente, o dever de produzir súmulas administrativas e pareceres que disponham sobre matéria de constitucionalidade, nos moldes e limites traçados.

Ora bem, qual o nome disso? Controle da constitucionalidade, por meio de juízo emitido pelo próprio Estado-Administração no bojo de processo administrativo, no qual se impõe, com reserva e comedimento, a inaplicação de lei ou decreto por vício de estridente afronta à Lei Maior.

Portanto, tem-se, como deflui do elucidativo exemplo, de intensificar, com translucidez, a guarda da constitucionalidade pela própria Administração Pública, em sentido lato. O que supõe o fim da omissão lesiva, no tocante à consecução daqueles atos de defesa imunológica

¹⁹ Nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522/2002.

²⁰ Nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73/93.

²¹ Nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73/93.

dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais, inclusive na intimidade do organismo administrativo.

Nessa trilha, convém trazer outro exemplo esclarecedor: por se tratar de uma das carreiras de Estado, a Advocacia Pública da União não deve defender ato normativo incorrigível e insanavelmente inconstitucional (esgotadas as tentativas de “interpretação conforme”), ao se manifestar, obrigatoriamente, no processo objetivo de controle da constitucionalidade.

Bem verdade que a dicção literal do art.103, parágrafo 3º da CF, estabelece: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.” Entretanto, para além do literalismo e do originalismo estrito,²² a melhor interpretação do dispositivo corre no sentido de que o Advogado-Geral da União defenderá o ato impugnado somente quando o ato for defensável, à base da Constituição. Do contrário, correria o risco de resvalar irracionalmente para o inaceitável servilismo a propósitos secundários, num fluxo ruinoso de desprestígio dos desígnios constitucionais.

Tal exemplo corrobora, de modo robusto, a obrigatoriedade do compromisso estratégico dos agentes de Estado com a precípua “guarda da constitucionalidade”, com independência em face dos apelos políticos imediatos, eventualmente interessados na produção ou na manutenção de dispositivos viciados.

Não por acaso, em sintonia com essa visão expansiva do controle da constitucionalidade, útil recordar que o próprio veto presidencial a projeto de lei pode/deve ocorrer também por razões eminentemente constitucionais (CF, art. 66, par. 1º). Trata-se de modalidade do controle preventivo de constitucionalidade, a ser responsabilmente incrementado. Serve de argumento adicional de que incumbe a todos os Poderes a decidida tutela da constitucionalidade, em respeito ao art. 78, da CF, ao determinar que o Presidente e o Vice-Presidente da República, na posse, prestem o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, além de observar as leis.

Consolidando: o controle “lato sensu” de constitucionalidade não é, tampouco seria plausível cogitar que fosse, uma exclusividade das

²² Vide, ao veicular argumentos contrários ao textualismo e ao originalismo estrito, Juarez Freitas (A interpretação sistemática do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. cap. 9).

Cortes judiciais. Nesse horizonte, impõe-se, sem titubeio e meias palavras, cristalizar, a pouco e pouco, uma nova cultura (cognitiva e volitiva) propícia ao desenvolvimento das instituições republicanas de Estado, responsáveis pelo combate ao cortejo dos vícios ligados ao passivismo inconstitucional.

Para além disso, a opção do constituinte pelo “controle externo” quanto à legitimidade e à economicidade dos atos administrativos, em vez de adstrito à legalidade, representa outro incontestável argumento a favor da necessidade de dilatação do controle da constitucionalidade, no sentido aqui esposado (CF, art. 70). No mesmo diapasão, na seara do “controle interno”, consoante os ditames do art. 74, II, da CF, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle teleologicamente orientado, não apenas para comprovar a legalidade, mas para “avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”. Vale dizer, a Constituição, com nitidez, determina integração na tutela eficiente e eficaz da sanidade constitucional dos atos administrativos. Vigilância larga a ponto de abarcar os princípios constitucionais da eficácia e da eficiência, da prevenção e da precaução.

Dito em outros termos, aos controles (interno, externo e jurisdicional) impõe-se a observância do princípio constitucional da eficácia, não propriamente no sentido de aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico, senão para determinar resultados compatíveis com os objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º). Dito numa sentença: quer-se a instauração do controle eficaz da constitucionalidade dos atos administrativos, acima (não em detrimento) da legalidade.

Bem pensadas as coisas, uma abordagem includente em termos de tutela da constitucionalidade deriva de relevantes pressupostos de fundo, designadamente:

- (a) a omissão no cumprimento diligente da guarda eficaz direta e imediata da Carta pelo Estado-Administração pode ocasionar danos juridicamente injustos, ainda quando não configure violação às regras infraconstitucionais;
- (b) se e quando todos os Poderes de Estado, sem exceção, observarem os deveres respectivos de guarda da constitucionalidade,

estima-se provável a observância concreta do princípio da deferência, segundo o qual as decisões de cada Poder devem ser respeitadas, desde que não colidam, direta ou indiretamente, com a Constituição;

- (c) força perceber que, precisamente por efetuar espécie de controle da constitucionalidade, nos limites de suas atribuições, o Estado-Administração (em sentido lato) tem de acatar, prontamente, as decisões definitivas ou pacificadas do Poder Judiciário, mormente em sede de pronunciamentos concentrados ou objetivos, nos quais inexistem, a rigor, a clássica contraposição das partes. Todavia, igualmente se vincula ao decidido, em definitivo, em sede de controle difuso, isto é, quando houver decisão plenária definitiva do STF (independente da sustação da execução da lei pelo Senado).²³

Quadra sublinhar que o pressuposto (c) afigura-se conseqüente da ideia-guia de que o Estado-Administração, não obstante a independência dos poderes, encontra-se vinculado à orientação do controlador “último”, não apenas na hipótese da súmula de que fala o art. 103-A da CF, que ostenta o “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

É que, apesar de tal súmula ter, entre os seus objetivos, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, de molde a acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica), verdadeiramente ela não exaure as hipóteses de vinculação. Ainda mais ao se assumir o imperativo de guarda da constitucionalidade pela própria Administração Pública.

Com efeito, uma das hipóteses de vinculação, independentemente dessa súmula, reside expressamente no art. 102, da CF, §2º, segundo o qual as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e

²³ A propósito, observa o Min. Gilmar Mendes (A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. In: *Justiça constitucional*, op. cit., p. 297): “é difícil de admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental — esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias — continue a ter eficácia restrita entre as partes.”

efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁴

Naturalmente, na seara concentrada de controle judicial da constitucionalidade, o afastamento do mundo jurídico da norma considerada nula é, regra geral, imediato, em face de mácula fulminante. Cumprir ser escoimada, por inteiro, pelo “legislador negativo”, tirante as exceções de modulação, diferimento ou mitigação dos efeitos declaratórios da inconstitucionalidade. Modulação, contudo, que, diga-se de passagem, pode acontecer, justificadamente, em todo e qualquer processo de controle da constitucionalidade, não apenas no concentrado.

Então, notadamente à vista dos princípios da confiança legítima e da segurança das relações jurídicas, a Administração Pública não pode praticar atos com arrimo numa regra considerada inconstitucional pelo STF, toda vez que, em definitivo e de modo plenário, suceder uma decisão declaratória do vício, ressalvadas as modulações.

Impende registrar que a vinculação jurisprudencial, no Brasil, é fenômeno indesmentível. Note-se, novamente com o desiderato ilustrativo, que:

- (a) a teor do art. 741, parágrafo único, do CPC, na execução contra a Fazenda Pública, os embargos poderão versar sobre inexigibilidade do título, considerado também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação das leis (ou dos atos normativos) tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal;²⁵
- (b) nos termos do art. 475, parágrafo 3º, do CPC, não se procede o reexame necessário da sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da

²⁴ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

²⁵ Min. Teori Zavascki bem historia a evolução legislativa no rumo de vários precedentes vinculantes (inclusive no sistema difuso), além dos aqui citados. Com razão, considera (Ação rescisória: a Súmula 343 do STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Doutrina do STJ, Brasília, STJ, p. 87, 2009. Comemorativa dos 20 anos), que o art. 741, parágrafo único, do CPC, “passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas (mesmo em controle difuso), a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, par. 1º, do CPC.”

Fazenda Pública (art. 585, VI, do CPC). O que importa realçar: segundo o §3º, também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente;

- (c) na linha do ineliminável caráter vinculante da jurisprudência superior pacificada (embora diverso, em alguns dos seus efeitos, quando houver súmula vinculante),²⁶ cumpre citar o art. 518 do CPC, consoante o qual interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder, porém não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula (não necessariamente vinculante) do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Tais ilustrações, somadas ao exemplo do art. 26-A, introduzido pela Lei nº 11.941/09, são mais do que suficientes para provar que existe efeito vinculante da jurisprudência, mesmo nos casos em que não se verifica o ensejo à reclamação. E mais: mister acatar esse caráter vinculante, exceto quando manifesta e teratologicamente equivocada a senda pretoriana e, se tal se configurar, consentida a resistência devidamente motivada.

Por outras palavras, o Estado-Administração, ao acatar, avisadamente e em tempo útil, as decisões “últimas” do Poder Judiciário, deixa de engendrar o pesadelo de custosos conflitos intertemporais, provocados pelo excesso de litigiosidade no trato dos assuntos administrativos. Erro grave que conspira contra o estável e isonômico Estado Democrático, o qual supõe, vez por todas, o domínio sobre impulsos particularistas e subalternos. Nessa linha, merece registro, de passagem, Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional,²⁷ no qual se consigna: “O precedente judicial, oriundo do STF/STJ, formado nos moldes dos arts. 543-B e 543-C do CPC ostenta uma força persuasiva especial e diferenciada, de modo que os recursos interpostos contra as decisões judiciais que os aplicarem possuem chances reduzidas de êxito. Assim, critérios de política institucional apontam no sentido de que a postura de não mais apresentar qualquer tipo de recurso (ordinários/extraordinários), nessas

²⁶ Sobre súmula vinculante, vide Lei nº 11.417/2006. Tal diploma acrescentou parágrafo ao art. 56 da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo).

²⁷ Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2010.

hipóteses, é a que se afigura como a mais vantajosa, do ponto de vista prático, para a PGFN, para a Fazenda Nacional e para a sociedade. Nessa mesma linha, também não há interesse prático em continuar contestando pedidos fundados em precedentes judiciais formados sob a nova sistemática.”

Nesse caso, é como se a guarda da juridicidade constitucional, efetuada pela própria Administração, colaborasse para a tarefa de dizer não aos apelos contrários à racionalidade e à funcionalidade do sistema jurídico.

Decerto, isso não significa endosso à imposição autoritária, de cima para baixo, da jurisprudência dominante. Não se confunda, por obséquio, o até aqui sustentado com a defesa acrítica e cega do efeito coativo dos precedentes judiciais. Não é nada disso que se propõe.

O conteúdo dos precedentes restará, sempre e sempre, submetido ao inafastável controle judicial e à revisão cabível, sob provocação, exatamente como sucede em relação às leis. Mais: em nosso sistema, todo juiz é juiz constitucional. Não se pode jamais cercear o julgador no razoável desempenho da sua missão de controle da constitucionalidade. Com efeito, a manutenção do controle difuso revela-se imprescindível à formação da ambiência de internalização dos princípios fundamentais da Lei Maior, em lugar do carcomido e servil legalismo estrito.

Depois, força sublinhar que o ato de interpretar e de aplicar os precedentes requer, acima de tudo, uma permanente hierarquização axiológica, de sorte que não subsiste plausibilidade para qualquer gélida subsunção estatutária ou axiomático-determinística, justamente porque aos juízes permanece conferido o dever de, fundamentadamente, culminar a positivação do Direito vigente. Nesse ponto específico, aliás, não se consubstancia diferença nuclear entre os sistemas da “common-law” e o romanístico-continental,²⁸ a despeito de outras diferenças óbvias.

De maneira que o “precedente vinculante” é sempre, no mínimo, questionável, pois o juiz mantém a liberdade para dizer acerca da incidência, ou não, daquele enunciado ao caso vertente, embora observe os precedentes, na maioria das vezes. Em nosso modelo, cada juiz está livre

²⁸ Além disso, tem razão Michel Rosenfeld (O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: *Justiça constitucional*, op. cit., p. 228): “O julgamento constitucional tanto no direito romanístico-germânico quanto no common-law compreende um componente legal e um componente político — onde legal significa a aplicação de normas ou entendimentos pré-existentes e ‘político’ significa escolher um dentre vários princípios ou políticas aplicáveis com o propósito de resolver uma questão constitucional.”

para motivadamente questionar, se entender adequado, a constitucionalidade das decisões judiciais pacificadas. No entanto, a postura consequencial esclarecida (dos juízes e, por suposto, dos administradores), como regra, deliberará a favor do precedente, isto é, da previsibilidade do sistema contra a volatilidade que debilita a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e a guarda efetiva da Constituição.

Tudo considerado, a vinculação do administrador público às orientações constitucionais precisa acontecer, acima de outras considerações, como resultado do burilamento das mentalidades²⁹ e com vistas a ganhos reais na qualidade eficaz da gestão pública.

Por uma gama considerável de motivos. Oportuno retomá-los, nesse passo.

Em primeiro lugar, (a) para que se crie um clima cultural favorável à dimensão civilizatória da Carta e do próprio fortalecimento esclarecido do “judicial review,”³⁰ a serviço dos direitos fundamentais, numa firme contraposição ao alastramento das poluentes inconstitucionalidades dolosas ou culposas.³¹

A seguir, (b) porque se revela imprescindível reduzir a litigiosidade, não raro, fundada contra o Estado-Administração, que congestiona a pauta judicial. De mais a mais, no plano das ponderações de ordem sociológica, indispensável reconhecer que o resolutivo acatamento das decisões judiciais pela Administração Pública, por si, já desafogaria,

²⁹ Com propriedade, arrola Howard Gardner (Cinco mentes para o futuro. Porto Alegre: Artmed, 2007), as “mentes” de cultivo crucial: a disciplinada, a sintetizadora, a criadora, a respeitosa e a ética. Fora de dúvida, todas configuram “tipos de mente” indispensáveis à ampliação preconizada de guarda da constitucionalidade na esfera administrativa.

³⁰ Sobre o tema, vide Richard Fallon Jr. (The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. Harvard Law Review, v. 121, n. 7, 2008), ao concluir (p. 1735): “I have advanced parallel, substantially overlapping negative and positive theses. The negative thesis is that Jeremy Waldron’s provocative arguments in The Core of the Case Against Judicial Review do not succeed. The positive thesis is that judicial review is reasonably defensible within the terms of liberal political theory, even for nonpathological societies, if, but only if, a number of assumptions are valid. Waldron’s core case against judicial review rests heavily on premises and arguments suggesting that courts may be no better than legislatures at resolving disputes about individual rights correctly. But the best outcome-based reason to support judicial review is one that Waldron overlooks. The affirmative case for judicial review need not depend on the assumption that courts can identify rights more accurately than legislatures. Rather, the most persuasive case maintains that both institutions should be enlisted in the cause of rights protection because it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced. Waldron’s affirmative case that judicial review is unfair and politically illegitimate also fails, and the arguments so demonstrating point once again to grounds of fairness and legitimacy on which judicial review can be affirmatively defended. The fairness and political legitimacy of procedural mechanisms depend on the ends that they serve. If judicial review is reasonably designed to improve the substantive justice of a society’s political decisions by safeguarding against violations of fundamental rights, then it is not unfair, nor is it necessarily politically illegitimate. Political legitimacy can flow from multiple sources. Even insofar as judicial review lacks specifically democratic legitimacy, the democratic character of other elements of a political regime can partly compensate for this deficiency”.

³¹ Sobre o tema, vide Juarez Freitas (A interpretação sistemática do direito, op. cit., cap. 9).

sem celeuma, os nossos Tribunais. De fato, a Administração Pública converteu-se numa gigantesca e tentacular demandante ou demandada, com a correlacionada erosão da confiabilidade dos agentes públicos.

Depois, (c) porque o laço voluntário e de ofício com a Constituição abre espaço para o redesenho do Estado-Administração menos conflitivo e mais predisposto a adentrar no campo do Direito Administrativo guiado pelo direito fundamental à boa administração pública. Vale dizer, voltado a resolver os conflitos, preferencialmente na seara administrativa, sem desperdiçar valiosas energias que melhor estariam destinadas à arrecadação, à cobrança da dívida ativa e, sobretudo, às tarefas prescricionais e ao equipado cumprimento das tarefas regulatórias.

Ainda: porque (d) o Estado-Administração, desde que engajado legitimamente na salvaguarda da constitucionalidade, tende a respeitar e a ver respeitado o princípio da deferência, no sentido de, sobretudo em matéria de regulação (atividade administrativa mais de Estado do que de governo), afirmar o acolhimento, na prática, da presunção qualificada de legitimidade constitucional dos atos administrativos. Algo relevante, porquanto hoje, a despeito do que reza a técnica, habita nas mentes a inconsciente recusa dessa presunção. Recusa, até certo ponto, compreensível, mas que gera pleonasmos viciosos em matéria de controle. Deveras, uma vez conquistada e erguida a harmonia entre os Poderes — em concerto no qual inexista lugar para superioridades (apenas distinções funcionais) e em que todos estejam, a seu modo, igualmente compromissados com a guarda da Constituição³² — reunir-se-ão as condições mínimas para instaurar a vivência alargada do discurso constitucional.³³

³² Antes de seguir no exame do papel de guarda da Constituição do Estado-Administração, impõe-se mencionar que, identicamente, ocorre o fenômeno da guarda da constitucionalidade pelo Parlamento, dada a interdependência dos poderes (CF, art. 2º). Sim, por exemplo, o Parlamento pode fazê-lo por meio da Comissão de Constituição e Justiça, que pode-deve arquivar uma PEC que admita o terceiro mandato presidencial, por ofensiva ao princípio republicano, que supõe alternância periódica dos ocupantes do poder, em mandatos não demasiado longos. Ao fazê-lo, poupa o Supremo Tribunal Federal de ter de enfrentar o tema. Ainda no tocante ao Parlamento: como mencionado, nos termos do art. 52, X, cabe ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, em controle incidental ou difuso. Tal competência privativa do Senado comporta revisão hermenêutica, como referido. Mais um exemplo: a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias depende de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (parágrafo 5º do art. 62, incluído pela EC nº 32/2001). São suficientes tais ilustrações sobre o controle de constitucionalidade exercitável pelo Poder Legislativo. A propósito, ainda, sobre o poder congressual de sustar atos do Poder Executivo como controle político de constitucionalidade, vide Anna Cândida da Cunha Ferraz (Conflito entre Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 206).

³³ Com acerto, no ponto, Cass Sunstein, ao dizer que “é fundamental reviver esse entendimento mais amplo da Constituição, que se tornou uma parte indissolúvel do compromisso originário para a democracia deliberativa” (A Constituição parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 2).

Ademais, (e) a tardança em respeitar a Carta mostra-se contrária à duração razoável dos processos administrativos e judiciais, e se revela tenebrosa, especialmente para os cidadãos vitimados pela síndrome das vitórias com sabor amargo. Vencem e não levam, em tempo útil. Nesse aspecto, a calhar, os eventuais atos praticados pela Administração Pública em juízo, em linha discrepante com a boa-fé processual, configuram inaceitável abuso de defesa ou se revelam inadmissível tática protelatória (art. 273, II, do CPC), sem embargo do enquadramento possível na hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I). Em quaisquer das hipóteses, pode-se cogitar até da antecipação da tutela contra o Poder Público,³⁴ injustificável qualquer estreiteza na inteligência das restrições normativas.³⁵

Por fim, importa assimilar e difundir que (f) a vinculação jurisprudencial dos agentes públicos aparece, ao mesmo tempo, em face das “definitivas” decisões tomadas no controle difuso e no controle concentrado, uma vez que a jurisprudência representa, também entre nós, o momento culminante da positivação do Direito. Justamente por isso, impende reiterar que a jurisprudência iterativa dos Tribunais — fonte material do Direito Administrativo, por excelência (desde os seus primórdios) —, vincula o administrador público, e não somente as súmulas vinculantes. Tampouco é ocioso assinalar que o princípio da moralidade exige que a Administração Pública atue de modo a fazer universalizável a conduta de respeito à confiança legítima nas instituições. Não se admite que o Estado-Administração dê o péssimo exemplo de litigância de má-fé ou de maneirista descaso pelas decisões do Poder Judiciário, “em definitivo”, seja no controle incidental, seja no controle concentrado. Tal descaso representa franco e procrastinatório manejo de expedientes destinados a não honrar os ditames da lealdade e da boa-fé. Trata-se, em várias situações, de lastimável e explícita ofensa à dignidade da jurisdição (CPC, art. 14: Contempt of Court).³⁶ Prática que só tem feito onerar, ainda mais, o erário e aumentar a percepção dos riscos associados às relações

³⁴ Vide, a propósito, RE nº 495740. Rel. Min. Celso de Mello.

³⁵ Não se ignora, portanto, o julgamento da ADC nº 4, pelo STF. Tampouco o art. 7º da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009).

³⁶ Nos termos do art. 14 do CPC. Ressalvados os advogados, inclusive públicos, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

de administração, algo que intoxica o ambiente dos negócios e inibe o crescimento sustentável.

Operam, em amálgama, tais argumentos — (a) a (f) — nada antinômicos, designadamente para quem compreende o modo de operar e de aplicar o Direito Administrativo, cuja vinculação direta e imediata ao direito fundamental à boa administração pública implica a incidência plena do plexo de princípios constitucionais regentes das relações de administração. De conseguinte, sem negligenciar em nada os afazeres do servidor público, indispensável reservar preciosa e diligente atenção para aquilo que merece o seu cuidado primordial, ou seja, a proteção simultânea do interesse público e dos direitos fundamentais (notadamente do direito fundamental à boa administração). Afinal, o cidadão tem o direito à administração eficiente, eficaz e prestada em tempo hábil, até para que — seja permitido grifar — os direitos fundamentais não se convertam em miragens ou promessas remotas e quiméricas.

Assumido, portanto, o anelo de fazer com que a Constituição administre, resulta nítido que o legislador infraconstitucional equivocou-se, na formulação do art. 77 da Lei nº 9.430/1996,³⁷ ao apenas facultar ao Poder Executivo a disciplina das hipóteses em que a Administração Tributária federal, relativamente aos créditos baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, possa abster-se de constituí-los, bem como retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, mesmo que inscritos em dívida ativa, e, ainda, formular desistência de ações de execução fiscal ajuizadas, além de deixar de interpor recursos judiciais. Ora, o real significado desse comando, à base do prisma da guarda prioritária da constitucionalidade pela própria Administração Pública, soa distinto do extraído da mera literalidade. Exige-se não ceder às costumeiras atecnias do legislador ordinário. De fato, não se está perante uma mera faculdade do agente público, mas de rigoroso e indeclinável dever. A discricção, nesse ponto, resulta vinculada à decisão definitiva ou indisputável do Poder Judiciário, salvo motivação consistente em contrário.

³⁷ Dispõe o art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa: I – abster-se de constituí-los; II – retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; III – formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Em igual senda e por idênticas razões de fundo, não se mostra minimamente adequada uma compreensão literal do art. 4º da Lei nº 9.469/1997.³⁸ Ali se diz que, não havendo a referida Súmula da Advocacia-Geral da União, o Advogado-Geral poderá dispensar a propositura de ações quando a controvérsia tiver sido iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores. Observe-se que se trata, tirante casos excepcionalíssimos, de poder-dever. Há uma vinculação intensa ao pronunciamento derradeiro ou indisputável. Quer dizer, a dispensa da propositura não é singela faculdade do ocupante do topo dessa Carreira de Estado, comprometido que deve estar, às inteiras, com a guarda da constitucionalidade.

Note-se que, ao se sustentar tal dever, não se propugna servilismo, nem subserviência ou ímproba prevaricação. Afinal, em situações-limite, se constatado razoável convencimento do desacerto da posição jurisprudencial, revela-se perfeitamente legítimo e obrigatório procurar alterá-la, com a devida motivação³⁹ e percorridas as vias apropriadas. Jamais pelo bafejo da singela tese da “reserva do possível”. O ônus de provar a impossibilidade orçamentária, a propósito, será invariavelmente do Estado.

Sublinhe-se que tal posicionamento hermenêutico supera conflitos entre a sociedade e o Poder Público, promove a deferência e valoriza as Carreiras de Estado, sem fomentar hostilidades que minam o sutil tecido do Estado brasileiro. De fato, a vinculação do agente público é à lei e ao Direito. Este e aquela têm os seus conteúdos determinados, plasticamente, pelo positivador derradeiro que é o Poder Judiciário, que tem o dever de exercitar o papel de partejar o Direito objetivo, numa perspectiva tópico-sistemática (naturalmente, sem sucumbir a subjetivismos arbitrários ou a decisionismos irracionais). Tal vinculação restringe a discricionariedade aos limites da Constituição.

De tudo, brota como inarredável o dever de acatamento pela Administração Pública das pacificadas decisões dos Tribunais Superiores, notadamente das declarações de inconstitucionalidade por decisão definitiva do Plenário do STF. O maior beneficiário de semelhante postura

³⁸ Assim dispõe: “Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar n. 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”. Não se trata, como sustentado, de simples faculdade, mas, como regra, de um dever.

³⁹ A teor do art. 50, VII, da Lei nº 9.784, a motivação deve ser “explícita, clara e congruente” sempre que o administrador público deixar de “aplicar jurisprudência firmada sobre a questão”.

não será, apenas, aquele que litiga atomiza ou coletivamente contra o Poder Público, mas o contribuinte e, assim, o genuíno interesse público.

Em suma, o controle da constitucionalidade deve ser praticado, de ofício, também pela própria Administração Pública, no intuito de ampliar o controle da conformidade administrativa, mais do que em relação às regras, com a Constituição e os seus objetivos fundamentais. Controle de eficácia, de eficiência, de imparcialidade, de prevenção, de precaução e de economicidade. Controle que implica responsável (jamais omissiva) inteligência das regras (e das lacunas legais), sob a ótica inegociável dos princípios e dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental à boa administração pública.

3 Conclusões

Do articulado, presente a ideia-chave do controle ampliado da constitucionalidade dos atos administrativos em geral (não apenas dos atos normativos), impõe-se, em sede conclusiva, deixar sulcado que:

- (a) O pronto acatamento das decisões judiciais iterativas pela Administração Pública é uma decorrência teleológica do primado dos princípios, direitos e objetivos fundamentais que a regem. Bem por isso, a Administração Pública precisa, exemplarmente, acatar os pronunciamentos irrecorríveis do Poder Judiciário (notadamente as decisões definitivas do Plenário do STF, não apenas em sede concentrada), sob pena de fazer perecer a credibilidade do sistema de controle, dele subtraindo o hálito vital do respeito mútuo e da interdependência dos Poderes (arts. 2º, e 60, §4º, III, da CF). Por isso, seria desproporcional formalismo⁴⁰ não acatar os pronunciamentos em sede difusa, sob o pretexto da carência de manifestação suspensiva do Senado, quando, sobre a matéria, o Poder Judiciário já houver consolidada posição. Ainda aí, desde que largamente pacificada a orientação jurisprudencial superior, afigura-se lógico o dever, menos intenso em grau (mas, ainda assim, dever), de acatamento — de ofício — dos precedentes judiciais e da emissão célere dos atos declaratórios, pareceres normativos e súmulas administrativas confortadoras de tais diretrizes. Como assinalado, em função desse acatamento

⁴⁰ Recorde-se Giorgio Berti (*Interpretazione Costituzionale*. Padova: CEDAM, 2001), no ponto específico em que assinala que “il sistema delle fonti formali deve integrarsi costantemente con la normatività sostanziale” (p. 89).

de ofício, resultará provavelmente fortalecido o princípio da deferência, segundo o qual só se anula ou se considera viciado, por omissão ou excesso, o ato estatal insanável e manifestamente violador da juridicidade.

- (b) Por motivos de produtividade funcional do discurso da Carta e sem menosprezar o papel da autoridade administrativa (justamente, ao revés), mister entender que o legislador fecunda o preceito jurídico, porém incumbe ao Estado-juíz efetivar o controle definitivo e cabal de adequação à Carta. Do entendimento e da aceitação da intangibilidade desse ciclo (o intérprete-juíz como positivador derradeiro, por assim dizer), surgirá o melhor controle da juridicidade constitucional, especialmente preventivo, a ser efetuado também pelo Estado-Administração. Eis um avanço decisivo para que a Administração Pública aja, de ofício, como parte do Estado Constitucional que é, não como vontade particularista que faz cálculos segundo a lógica do adiamento da improtelável responsabilidade, inclusive fiscal. Paga-se — o contribuinte, bem entendido — para compensar a resistência indevida à Carta, sobremodo quando se configura o caráter protelatório ou a litigância de má-fé.
- (c) Quando o Estado-Administração absorve a vinculação primeira à juridicidade constitucional, reúne as condições para assegurar a eficácia dos objetivos constitucionais no seio das relações administrativas. Além disso, como o agente público tem o dever de recusar o cumprimento de ordem manifestamente ilegal, “a fortiori”, com a devida motivação, tem o dever de resistir à ordem manifestamente inconstitucional. Com essa mentalidade nova, a Administração Pública apresentará aquela atitude que faz tranquila a justa deferência, com a blindagem da presunção (tão chamuscada, na vida real) da legitimidade e da constitucionalidade dos atos administrativos.
- (d) Ao valorizar, de modo célere, as orientações jurisprudenciais iterativas (fonte material, por excelência, do Direito Administrativo), não está a Administração Pública deixando de ser zelosa e independente, mas reservando energias para os embates verdadeiramente prioritários.
- (e) A guarda da constitucionalidade, uma vez adotado o acordo semântico proposto, pode ser traduzida, no âmbito do escrutínio

e da sindicabilidade dos atos administrativos, como o controle de conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas com todos os princípios e todas as regras da Constituição. Adotada uma acepção desse perfil, persistirá o Poder Judiciário, na condição de controlador “último”, alicerçado em “cláusula pétrea” (CF, art. 5º, XXXV).

- (f) Estabelecidas as coisas nesses precisos termos, não é demasiada ousadia reconhecer que todos os Poderes de Estado precisam realizar a tutela sistêmica da constitucionalidade. Desse modo, o Estado-Administração também deve, de maneira consistente e motivada, realizar a defesa, de ofício, da constitucionalidade, no intuito de promover o reconhecimento da eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública.
- (g) Constata-se, em última instância, o expressivo desafio de erguer o renovador e precípuo compromisso com a constitucionalidade pelo administrador público. O que implica tecer e expandir uma rede sinérgica e cooperativa do controle da constitucionalidade. Rede que aperfeiçoa, nos limites das respectivas atribuições, a incidência obrigatória dos princípios, dos direitos e dos objetivos fundamentais no campo das relações de administração.

The Review of Constitutionality by the State-Administration

Abstract: The Public Administration has the primary duty of protecting constitutional rights. Such duty presumes amplification of selfcontrol, respect of consolidated judicial decisions and favors the assertion of the deference principle. The task of avoiding the unconstitutionality is for all State agents and, according to their attributions, represents a crucial aspect of the new Administrative Law. In other words, the constitutionality – besides their compliance with legal rules – needs to be insured and guaranteed by the whole State, including Public Administration.

Key words: Review of constitutionality. Public Administration. Constitutional rights.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010.

Recebido em: 03.05.10

Aprovado em: 25.05.10