

Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário

André Luiz dos Santos Nakamura¹

Sumário: Introdução. 1 Constituição aberta. 2 Os princípios. 3 A ponderação de princípios constitucionais. 4 A razoabilidade. 5 A proporcionalidade. 5.1 As três regras de aplicação da proporcionalidade. 5.1.1 A adequação. 5.1.2 A necessidade. 5.1.3 A proporcionalidade em sentido estrito. 6 Os limites da atuação do Poder Judiciário na interpretação constitucional. 6.1 Os limites da atuação jurisdicional no controle da Administração. 6.1.1 A razoabilidade e a proporcionalidade como forma de controle da discricionariedade. 6.1.2 A finalidade do ato como meio de controle jurisdicional. 6.2 Os limites da atuação jurisdicional e o respeito ao legislador: o ativismo judicial. 6.2.1 Os limites da atuação do Judiciário no controle difuso. 6.2.2 Os limites da atuação do Judiciário no controle concentrado. Conclusão. Referências.

Introdução

A Constituição de 1988, como as demais Constituições do final do século passado, é aberta, ou seja, um diploma jurídico no qual predominam princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Consequentemente, ao intérprete acaba resultando uma ampla margem de liberdade. A hermenêutica tradicional se mostra inútil diante de

¹ Procurador do Estado Chefe da 2ª Subprocuradoria do Patrimônio Imobiliário. Mestrando em Direito Administrativo na PUC-SP, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

um sistema jurídico aberto, formado predominantemente por princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

A ponderação de princípios conflitantes se mostra imprescindível à nova hermenêutica constitucional. A razoabilidade e a proporcionalidade são essenciais para guiar o intérprete no procedimento de ponderação.

Entretanto, o Poder Judiciário pode, em virtude do caráter aberto do ordenamento constitucional, se transformar em um superpoder, interferindo nos rumos políticos do país e usurpando a função do administrador e do legislador, razão pela qual se faz necessário o estudo dos limites da atuação do juiz.

1 Constituição aberta

A Constituição de 1988 é estruturada por regras e princípios, alguns implícitos e outros explícitos. Trata-se de aplicação da ideologia do pós-positivismo, a qual entende que a Constituição não pode ser somente um conjunto de regras, e sim um conjunto de regras e princípios, formando um sistema aberto, no qual a realização dos direitos fundamentais é a meta e o objetivo fundamental do constituinte.²

O positivismo propôs que a justiça é um pseudoproblema³. O seu conceito seria movediço, não existindo uma definição objetiva do que seria o justo; portanto, o direito deveria se apartar da noção de moral

2 Ensina Luiz Roberto Barroso: “[...] nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.” (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353).

3 “Em primeiro lugar, os neopositivistas ou neopiristas consideram que não se pode dizer que a procura do fundamento do Direito corresponda a um problema: a justiça é antes um aspiração emocional, suscetível de inclinar os homens segundo diversas direções, em função de contingências humanas de lugar e de tempo. Sendo impossível decidir-se por qualquer delas com base em dados verificáveis, a justiça é, do ponto de vista da ciência, um pseudoproblema, o que não impede que, do ponto de vista da Moral, seja uma exigência de ordem prática, de natureza afetiva ou ideológica.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 370).

e justiça⁴, valendo por si mesmo, independentemente de seu conteúdo ético. A validade de uma norma jurídica adviria da validade de norma superior que lhe daria fundamento jurídico e não de seu conteúdo, que poderia ser justo ou injusto, conforme ensinamento de Hans Kelsen:

“Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe *uma única* Moral válida – que é, portanto, *absoluta* – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele eventualmente a concordar de facto, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se pressuponho a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom [...] a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e ‘a’

4 “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito [...]. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo facto de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo facto de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 93-94).

Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.”⁵

Assim, pelo que percebemos da lição de Kelsen, o positivismo não negava que o direito deveria ser justo⁶, muito pelo contrário. A ideia de que o direito deve ser justo nunca foi contestada pelo positivismo. Foi constatado que não existe uma única moral, uma noção única de justo. Há várias noções do que é moral e várias noções de justiça⁷. O direito, assim, deve ser justo e moral, o que não significa que todas as modalidades de moralidade e justiça sejam necessariamente acobertadas pelo direito vigente e que esse fato lhe retire a validade.⁸

O positivismo, apesar de não pregar um direito injusto, proporcionou as condições para que se instasse um direito totalmente desprovido

5 KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 104.

6 “Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de facto *existe* entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que *deve* existir entre os dois sistemas de normas [...] o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo – , mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita que a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, deve ser justo.” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 99-100).

7 “Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos actos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 104-105).

8 “E, mesmo que se pudesse determinar um elemento comum a todos os sistemas morais até aqui vigentes, ainda assim não haveria razão suficiente para não considerar como ‘moral’ ou ‘justa’ e, portanto, para não considerar como Direito, uma ordem de coacção que não contivesse aquele elemento e prescrevesse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como boa ou justa, ou proibisse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como má ou injusta. Com efeito, quando se não pressuponha qualquer *a priori* como dado, isto é, quando não se pressuponha qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também que aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa.” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 102).

da ética e da moral. Houve uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico e a pretensão de igualar a ciência jurídica às ciências naturais⁹, o que não é possível, visto que o direito se destina a regular os comportamentos humanos e estes não se explicam pelas leis da natureza.

A ideia de um direito extremamente formal, sem considerar seu conteúdo ético, propiciou que regimes totalitaristas chegassem ao poder de acordo com a estrita legalidade então existente¹⁰. A Segunda Guerra Mundial mostrou ao mundo os regimes nazistas e fascistas que, em nome da legalidade, promoveram barbáries de toda ordem. Tal fato levou a repensar o direito, que não poderia ser algo somente formal, devendo, sim, buscar sua validade na moral e na justiça. Nesse sentido, Ricardo Martins Marcondes:

“A premissa de Kelsen é outra: além dos valores serem relativos, a própria moral é relativa e essa relatividade é absoluta. Ele, pode-se dizer, *absolutizou a relatividade dos valores*. Além de relativos, os valores seriam todos *subjetivos* [...]. Diante disso, o *agente normativo* é livre para escolher e, efetuada a escolha, o *aplicador do Direito* deve, sempre, tão somente ater-se à escolha positivada. Eis a proposta de Kelsen: uma separação radial entre a moral e o Direito [...]. Pela premissa kelseniana, o que foi feito com o povo

9 “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” (BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 350-351).

10 “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 351).

judeu pode ser considerado moral ou imoral, dependendo do juízo político de quem edita a lei. Como não existe uma moral impositiva, os campos de concentração, dependendo do ponto de vista adotado, podem ser considerados compatíveis com a moral, tudo depende do pluralismo, do juízo político de cada um.”¹¹

Em reação, começou-se a pensar o direito não somente como norma. O direito foi visto não somente como a totalidade das leis, e sim como um produto derivado dos princípios gerais de direito contidos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico. Elas, se injustas, contrariam o direito e não têm validade perante ele. Tal entendimento foi manifestado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

“A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do Estado de Direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, § 3). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é a tarefa da jurisprudência.”¹²

Uma norma injusta não pode ser considerada válida, mesmo que estabelecida em conformidade com o ordenamento jurídico. Segundo Alexy, “o pressuposto da validade jurídica de uma norma individual é

11 MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 306-307.

12 BVerfGE 34, 269 (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 10).

que ela apresente um mínimo de justificabilidade moral”¹³. O positivismo, assim, perdeu seu espaço, dando lugar ao *pós-positivismo*. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso:

“O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”¹⁴

As normas jurídicas injustas existem no mundo jurídico, desde que a injustiça não seja intolerável, desde que o resultado da ponderação não seja aberrante em relação ao equilíbrio ótimo exigido pelo direito, ou ainda desde que elas não violem o núcleo essencial dos direitos humanos básicos.¹⁵

Houve, assim, novamente, o encontro do direito com a ideia de justiça. Há o entendimento de que a garantia de acesso à justiça significa o acesso a uma ordem jurídica *justa*.¹⁶

Atualmente, portanto, a justiça da decisão é um fator de grande importância para a legitimidade da lei e da função jurisdicional. Todos os valores protegidos pelo ordenamento jurídico pressupõem a busca da justiça, como condição de existência deles, conforme lição de Miguel Reale:

“Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranquilidade, saúde,

13 ALEXY, Robert, *Conceito e validade do direito*, cit., p. 111.

14 BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 351-352

15 MARTINS, Ricardo Marcondes, *Princípio da moralidade administrativa*, cit., p. 316.

16 “A garantia constitucional da inafastabilidade da atuação do Judiciário nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direito não assegura, por si só, a justiça da tutela jurisdicional por ele representada. Sem dúvida sustenta-se que tal garantia propicia não apenas o acesso a uma prestação jurisdicional, como também a uma ordem jurídica justa, que deriva do próprio sistema. Destarte as decisões judiciais nos casos concretos deveriam convergir para essa mesma ordem, prestigiando o justo na solução de conflitos individuais e coletivos.” (ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, edição especial, p. 64, jan./dez. 2003).

conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da *ordem* e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio [...] a nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a *condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham.”¹⁷

Nesse novo cenário, surgiram as Constituições do final do século passado, entre as quais se inclui a Constituição Federal de 1988.

Os ordenamentos tipificadores do discurso constitucional do fim do século passado, notadamente os editados a partir da década de 70, caracterizam-se por uma extrema abertura do ponto de vista material. Tal fenômeno retrata a assimilação pelos estatutos supremos da tormentosa complexidade das relações sociais nesse fim de século.¹⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as Constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da dignidade da pessoa humana universalizou-se como um polo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional democrático.¹⁹

O próprio constituinte brasileiro de 1988, com a oportuna inspiração nas Constituições sociais democráticas do século anterior, inscreveu o postulado da dignidade dentre os fundamentos da organização nacional. Pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.²⁰

17 REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 371.

18 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.

19 *Ibidem*, p. 16.

20 *Ibidem*, p. 19.

O fenômeno da abertura constitucional ou da constitucionalização em aberto, que assinala o constitucionalismo pós-moderno, radica, assim, fundamentalmente – embora com carência de especificações temáticas predefinidas – no cânone da dignidade e da expansão ilimitada da personalidade humana, alçado em forja central da eclética e difusa produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea.²¹

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina a doutrina que:

“A ideia de um sistema de direitos fundamentais, contraposto ao sistema organizatório da Constituição, exprimiria uma concepção dual, corolário de uma teoria de separação entre o Estado e a sociedade, que considera tarefa primordial da Constituição a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um ‘sistema fechado’ de garantias da vida privada [...]. Essa concepção corresponderia à visão liberal do indivíduo, da sociedade e do Estado, e não seria hoje defensável, dado que não tomava em conta o alargamento da esfera política, a interpenetração entre o Estado e a sociedade e a integração dos indivíduos no processo político comunitário, que conferem aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, enquanto elementos da democracia ou instrumentos para construção de uma sociedade mais justa e livre [...]. A consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem hoje uma intenção específica: explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na Constituição de cada Estado concreto. Ideia de homem que no âmbito da nossa cultura se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana.”²²

A ênfase emprestada nas últimas décadas à problemática dos direitos fundamentais do homem faz com que a legitimidade das ordens

21 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 21.

22 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 82-85.

jurídicas nacionais seja medida pelo grau de respeito e de implementação dos respectivos sistemas protetores dos direitos humanos, radicados essencialmente na premissa da dignidade.²³

Segundo Pablo de Lucas Verdú, a abertura constitucional quer dizer que as Constituições atuais dos Estados democráticos se abrem a novos conteúdos, tanto normativos (direito canônico, direito comunitário) como extranormativos (usos e costumes, normas de correção constitucional), como metanormativos (valores e postulados morais e de justiça material, valores socioeconômicos). O Estado e sua Constituição são realidades culturais, vitais, dinâmicas, os direitos fundamentais são criações de valores prévios, para cuja compreensão é necessário um tratamento sociocultural que, sem negar as dimensões normativo-institucionais, expliquem satisfatoriamente o dinamismo vital-social que as anima e fundamenta. A abertura constitucional, como a sociedade aberta, enquanto se consideram manifestações do espírito democrático, implicam a relação de ambas com a publicidade, o pluralismo, a alternância do poder e a tolerância, valores fundamentais de uma democracia.²⁴

A Constituição aberta não se confunde com o fenômeno da abertura das regras constitucionais. São dois níveis diferentes do fenômeno da abertura constitucional. Segundo Canotilho:

“A abertura das normas constitucionais confunde-se, por vezes, com a abertura da constituição. São, porém, conceitos diferentes. Se se preferir, são dois diferentes níveis: (1) abertura horizontal, para significar a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional; (2) abertura vertical, para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se abrem à mediação legislativa concretizador [...]. A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma delegação relativa aos órgãos concretizadores; a densidade, por sua

23 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 23.

24 LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus “enemigos”*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Ediciones Beramar, 1993. p. 11, 16-17 e 28.

vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação.”²⁵

Assim, o fenômeno da abertura constitucional é o oposto do modelo do constitucionalismo liberal, qual seja, aquele sistema fechado de garantia das autonomias privadas. A Constituição aberta recebe novos conteúdos, tanto normativos (direito comunitário) como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais). O sistema formado pela Constituição aberta, fundado na dignidade da pessoa humana, ultrapassa a concepção de direitos subjetivos; nesse sistema, os direitos fundamentais são o núcleo de todo o ordenamento jurídico e funcionam como critério de interpretação das normas jurídicas. Segundo Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação dos poderes”.²⁶

2 Os princípios

As regras, justamente por serem disposições expressas, encontram-se à imediata disposição do intérprete e, bem por isso, não apresentam qualquer dificuldade de serem localizadas. De extrema importância, isto sim, é desvendar os princípios acolhidos no sistema e que se encontram vazados em diversas normas. Os princípios compõem o equilíbrio do sistema e determinam a unidade e racionalidade do ordenamento jurídico.²⁷

Os princípios servem de base e fundamento de todo o ordenamento jurídico; são diretrizes hermenêuticas de aplicação das normas e, na falta destas, serão a última fonte do direito; têm a tríplice função de fundamento, interpretação e integração, assim como de limite aos direitos subjetivos.²⁸

Os princípios são usados pelas Constituições porque existe indeterminação acerca do conteúdo e limites das restrições substantivas que

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 194-195.

26 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520.

27 No mesmo sentido, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 86.

28 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 81.

precisam ser respeitadas pelo Estado. Formula-se o princípio porque a maior indeterminação permite uma maior aceitação por parte dos destinatários da norma e também porque não se sabe definir com maior precisão uma determinada conduta esperada ou valor protegido, sem correr o risco de se comprometer com regras nas quais a aplicação estrita levaria a circunstâncias incapazes de serem previstas de antemão.²⁹

O conceito de princípios jurídicos passou por três fases distintas na história da ciência do direito: na primeira, os princípios eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes; na segunda, adquiriram significado técnico, princípios deixaram de ser todo assunto importante e geral e passaram a ser determinados enunciados do direito positivo, dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema; na terceira, são normas jurídicas autônomas, os mandados de otimização.³⁰

Chamamos de princípios as normas que carecem ou que preveem de um modo fragmentário o suposto de fato ou condição de aplicação, como sucede com a igualdade e com muitos direitos fundamentais. Também são princípios as chamadas diretrizes ou mandados de otimização, que se caracterizam não por sua incondicionalidade, mas por sua particular fisionomia de dever que incorporam, consistentes em seguir certa conduta finalista, que pode ser realizada em distinta medida³¹. Princípio jurídico é uma norma abstrata, mais geral do que a lei, positivada expressamente ou não³², decorrente do ordenamento jurídico, dando a ele uniformidade e coesão, sendo vinculante³³ aos operadores do direito.

29 BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 415.

30 MARTINS, Ricardo Marcondes, Princípio da moralidade administrativa, cit., p. 321-322.

31 PIETRO SANCHIS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 225.

32 Ver conceito de princípio dado por Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38).

33 Roque Antonio Carraza conceitua o princípio jurídico como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.” (*Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39).

Uma das diferenças entre regra e princípio é o grau de abstração. Este é mais abstrato do que aquela. A generalização existente nos princípios é maior do que a existente nas regras, por introduzirem valores ou metas a serem atingidas, servindo como norte de interpretação. As normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-disposições. As normas-disposições têm um conteúdo semântico mais denso e aplicabilidade mais restrita. Já as normas-princípios têm carga semântica menor, mas possuem área de atuação muito maior e força valorativa que influem em inúmeras regras³⁴. Entretanto, o ponto crucial da distinção entre as regras e *princípios* é que estes são *mandamentos de otimização*, ou seja, são satisfeitos em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Já *as regras são determinações*, ou seja, são sempre satisfeitas ou não. As regras são aplicadas ou não, sendo ineficazes se não o forem; os princípios podem não ser aplicados, e mesmo assim são eficazes. Assim, a distinção entre princípios e regras é qualitativa, e não uma distinção de grau. Nesse sentido, Robert Alexy:

“[...] *princípios* são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes [...] já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.”³⁵

Os princípios existem independentemente de seu reconhecimento legal e jurisprudencial. Caso um princípio seja positivado, continua a

34 No mesmo sentido do afirmado: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

ser um princípio, sendo também regra. Assim, os princípios não têm a sua vigência afetada pela derrogação de normas que os hajam consagrado expressamente.³⁶

Como diretriz hermenêutica, os princípios ocasionam as seguintes consequências: as indeterminações normativas que possam surgir ante as diversas possibilidades de aplicação das normas concretas hão de se direcionar no sentido mais concordante com o princípio. Quando as normas estão redigidas com palavras claras e precisas, se imporá uma interpretação crítica ou corretiva, a fim de haver a concordância com o princípio: a interpretação será extensiva se a disposição se expressa em termos excessivamente restritos, e há de ampliar-se a letra da lei para que compreenda toda a extensão que o princípio exija; a interpretação será restritiva se a disposição se expressa em termos excessivamente amplos e é necessário reduzir o alcance da letra do texto para que compreenda somente o que for congruente com o princípio.³⁷

As regras, constitucionais ou infraconstitucionais, são normas que estabelecem o meio para atingir os fins exigidos pelos princípios. Todas as regras concretizam princípios.³⁸

Segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, alguns princípios são categoriais em relação a outros, de significado mais restrito, porque abrangentes de alguns institutos apenas. Eles desempenham função categorial relativamente a outros mais particularizados que os anteriores. Assim se processa uma cadeia descendente de princípios e categorias, até os níveis mais específicos. Alguns alicerçam todo o sistema; outros, deles derivados, dizem respeito ora a uns, ora a outros institutos, interligando-se todos, não só em plano vertical, como horizontal, formando uma unidade a que chamamos regime.³⁹

Deve-se ressaltar que ao jurista somente interessam os princípios consagrados pelo sistema normativo. Não interessam as

36 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, cit., p. 81-82.

37 *Ibidem*, p. 86.

38 MARTINS, Ricardo Marcondes, *Princípio da moralidade administrativa*, cit., p. 311.

39 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 86.

realidades substanciais ou infraestruturais que determinaram, em nível pré-jurídico, a opção do legislador constituinte e ordinário.⁴⁰

3 A ponderação de princípios constitucionais

A Constituição gravita em torno de um sistema de regras e princípios. Interpretar uma regra não é o mesmo que interpretar um princípio ou apelar para um valor. É uma operação mais delicada e complexa. Os princípios são entidades vizinhas aos valores morais e devem ser sopesados e ponderados, quando entram em conflito ante um caso.⁴¹

As normas materiais da Constituição, que impregnam ou irradiam sobre o conjunto do sistema, concorrem de modo simultâneo e ocasionam conflitos sobre os casos concretos, sem que exista entre essas normas uma ordem de primazia ou uma especificidade.⁴²

Os intérpretes das normas constitucionais se fundam na solidez de seus argumentos, que não se encontram na própria Constituição. Os seus componentes materiais não se expressam em enunciados cuja referência seja clara, ou cujo conteúdo seja preciso. Abundam conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas abertas, princípios formais e materiais e valores, o que gera um grau de abstração extremamente alto. Resulta ser extremamente difícil afirmar que tais normas possam encontrar seu alcance e referência dentro do mesmo texto constitucional. Isso mostra que o raciocínio jurídico não é uma forma especial de raciocínio geral e que não pode diferenciar-se de certos tipos de argumentação moral. O raciocínio constitucional não pode evitar ser uma espécie de raciocínio moral e político ao mesmo tempo.⁴³

O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais

40 Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 87.

41 Conforme lição de: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 35.

42 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 230.

43 Ver: LAPORTA, Francisco J. (Ed.), *ob. cit.*, p. 36.

para a compreensão do que para a razão lógica na aplicação da lei. Surge uma nova hermenêutica.⁴⁴

A regra enuncia uma conduta a ser seguida. O princípio é o resultado de uma escolha do constituinte que elegeu um valor a ser perseguido. À regra se aplica a subsunção de um fato. Ao princípio se aplica uma generalidade de fatos. Os critérios normalmente usados para resolver as antinomias entre regras são bem conhecidos: o hierárquico (norma superior revoga a inferior), o cronológico (norma posterior revoga a anterior) e o da especialidade (a lei especial revoga a geral). Os dois primeiros critérios não são aplicáveis quando a antinomia se produz dentro de um mesmo documento legislativo. Também o critério de especialidade, em certas ocasiões, pode resultar insuficiente, quando não se torna possível estabelecer um critério de especialidade entre as normas. Para interpretar os princípios, esses critérios são inúteis.

Existem dois tipos de antinomias: a antinomia contingente (ou em concreto), que ocorre quando, em um determinado momento, não se pode cumprir dois comandos legais, visto que são contraditórios (em uma dada situação, duas normas distintas impõem obrigações que se mostram impossíveis de serem simultaneamente cumpridas, como o dever de comparecer em uma audiência no horário e o dever de ajudar alguém em perigo que é encontrado no caminho de ida para a audiência). Já a antinomia em abstrato ocorre quando os supostos de fato descritos pelas normas conflitantes se superpõem conceitualmente, de tal forma que, sempre que se pretende aplicar uma, nascerá um conflito entre elas⁴⁵. Nesse último caso, necessária se faz uma interpretação constitucional totalmente distinta da dogmática interpretativa tradicional. Conforme lição de Paulo Bonavides, “a dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui pouco ou nenhuma serventia”⁴⁶. Quando há colisão de princípios antagônicos, eles devem ser ponderados.⁴⁷

44 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 544.

45 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 221-224.

46 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 543.

47 No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 564.

A necessidade de ponderar os princípios decorre do fato deles se mostrarem, em certas situações, antagônicos⁴⁸. As várias diretrizes apontadas por eles podem se mostrar conflitantes. E, como não há hierarquia entre princípios, um deles, no caso concreto, deverá ceder espaço a outro, sem que haja a declaração de invalidade do princípio preterido naquela situação específica⁴⁹. O critério da *urgência*⁵⁰ pode ser determinante para a escolha do princípio que deverá prevalecer no caso concreto: em dada situação urgente, se um princípio não for o escolhido como o prevalente, o valor por ele albergado tornar-se-á totalmente sacrificado, sem possibilidade de reparação. Os conflitos ou antinomias se caracterizam: 1) porque não existe uma definição dos supostos de fato das normas, de maneira que é impossível catalogar em abstrato os casos de possíveis conflitos, como ocorre com a igualdade ou com os direitos fundamentais; bem porque, ainda quando podem ser identificadas as condições de aplicação, se trata de mandados que ordenam observar uma conduta na maior medida possível, sendo que, assim, a determinação do exigível depende da concorrência de outros princípios ou mandados; 2) porque, dada a natureza constitucional dos princípios em conflito e ao próprio caráter deles, a antinomia não pode ser resolvida mediante a declaração de invalidez de alguma das normas, tampouco concebendo-se uma delas como exceção da outra; 3) porque, em consequência, quando na prática se produz uma dessas contradições, a solução pode consistir no triunfo de uma das normas, bem como na busca de uma solução que busque satisfazer a ambas, porém sem pretender que em outros casos de conflito o resultado tenha que ser o mesmo.⁵¹

48 Sobre o antagonismo existente entre o princípio da segurança jurídica e a princípio da justiça das decisões judiciais, ver: ARMELIN, Donald, *Flexibilização da coisa julgada*, cit., p. 47.

49 Sobre a ponderação, ver: BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 353-354.

50 Sobre a urgência como critério definidor do princípio que deve ter prevalência, ensina Eduardo Talamini que “diante da impossibilidade de se chegar a um ‘denominador comum’ para a conciliação de dois ou mais valores conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer; quais são os mais ‘urgentes e fundamentais’ no caso concreto. Mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem que prevalece.” (*Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 566).

51 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 228.

Ponderar é buscar a melhor decisão, quando na argumentação concorrem razões justificatórias conflituosas e de mesmo valor. No caso concreto, deve triunfar uma das razões em conflito, sem que isso implique que em outro caso não deva triunfar a contrária. A ponderação intenta ser um método para fundamentação desse enunciado, de preferência referido ao caso concreto; um auxílio para resolver conflito entre princípios do mesmo valor ou hierarquia, cuja regra constitutiva pode formular-se assim: quando maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação de outro.⁵²

A vantagem da ponderação reside em estimular uma interpretação em que a relação entre as normas constitucionais não é uma relação de independência ou de hierarquia, sim de continuidade de efeitos recíprocos. A necessidade de ponderação parte do pressuposto de que não existem hierarquias internas na Constituição, ou seja, os distintos princípios carecem de um peso autônomo e diferenciado e somente possuem uma vocação de máxima realização que seja compatível com a máxima realização dos demais.⁵³

Os princípios se caracterizam por nunca serem mutuamente excluídos no plano abstrato; suas eventuais contradições não resultam na declaração de invalidez de um deles, nem tampouco na formulação de uma cláusula de exceção em favor de outro, e sim no estabelecimento caso a caso de uma relação de preferência condicionada, de maneira que, em certas ocasiões, triunfará um princípio e, em outras, o seu contrário.⁵⁴

O procedimento para a ponderação deve ser assim realizado: cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; após, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; e, por fim, deve decidir, analisando os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso; também deve decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por

52 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 233.

53 Ibidem, p. 234.

54 Ibidem, p. 231.

ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo procedimento deve ser guiado pela aplicação do princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.⁵⁵

A ponderação é regrada por dois postulados fundamentais: o da razoabilidade e o da justiça. Pelo primeiro, a solução deve ser compatível com a razão, com o que a esmagadora maioria das pessoas considera aceitável, com o consenso social vigente; na falta de um conceito social, o sistema considera razoável a opinião do agente competente; pelo segundo, a solução deve consistir na *harmonização perfeita* dos valores envolvidos, deve ser *justa*. O segundo postulado prepondera sobre o primeiro, o consenso social e, na falta dele, a opinião do agente competente, podem ser afastados se considerados injustos.⁵⁶

Os valores que são preteridos no caso concreto devem sê-lo na intensidade e medida imprescindíveis à defesa do valor eleito como o prioritário⁵⁷. Qualquer afastamento de um princípio constitucional em intensidade e quantidade não necessárias para fazer valer o princípio eleito no caso concreto como o prevalecente será inconstitucional. Assim, a ponderação de princípios deve ser usada com muita cautela, somente em situações excepcionais, e sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade e necessidade.

4 A razoabilidade

Conforme vimos no item anterior, o procedimento de ponderação é guiado pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

Segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a Administração, mesmo na atuação discricionária, não pode agir desarrazoadamente,

55 No mesmo sentido: BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 361-362.

56 MARTINS, Ricardo Marcondes, Princípio da moralidade administrativa, cit., p. 312.

57 Eduardo Talamini afirma que “a *ponderação* propriamente dita deve ser conjugada com as outras duas diretrizes, da *adequação* e da *necessidade*: o prejuízo do bem jurídico (que não irá prevalecer no caso concreto) não deve ir mais além do que requer o fim aprovado (a consecução do valor jurídico que irá prevalecer).” (*Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 605).

de maneira ilógica e incongruente. Não pode o administrador ter condutas insensatas. O princípio da finalidade é descumprido quando o administrador tem uma medida discrepante do razoável.⁵⁸

A regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. Para ser desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo.⁵⁹

O Supremo Tribunal Federal⁶⁰ confunde os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. Fundamenta a incidência dos dois conceitos no artigo 5º, LIV, no chamado devido processo legal substancial. A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. A primeira exigência (compatibilidade entre o meio e o fim) é a razoabilidade interna; a segunda (legitimidade dos fins) é a razoabilidade externa. O conceito de razoabilidade corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é mais ampla do que a razoabilidade.⁶¹

5 A proporcionalidade

Proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) é uma técnica de limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados.⁶²

Em 1791, Svarez, em conferência proferida diante do rei da Prússia, Friederich Wilhem, propôs como princípio fundamental do direito público que o Estado só está autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos, e daí deduziu o princípio fundamental

58 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 75.

59 SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 26-31, abr. 2002.

60 ADI n. 1407-2.

61 Ver: SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 31-33.

62 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 255.

do “direito de polícia” (*PolizeiRecht*), ou, como hoje se diria, “direito administrativo”. Em 1802, Von Berg empregou o termo *Verhältnismäßigkeit*, proporcional, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade do indivíduo em virtude da atividade policial, referindo-se à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. Tal princípio, que se limitava ao chamado poder de polícia, passou a ser aplicado a todo o direito administrativo. Após, houve a transposição de tal princípio a todo o direito público, partindo-se da premissa de que o legislador está obrigado a observar a proporcionalidade na sua atividade de produção legislativa.⁶³

Conforme lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a lei outorga competências visando a um determinado fim; toda demasia, todo excesso desnecessário ao atendimento desse fim é uma superação do escopo legal. A providência mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atender ao interesse público é inválida, por transbordar a finalidade legal da norma.⁶⁴

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada nos casos em que um ato estatal destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo implica a restrição de outro direito fundamental.⁶⁵

O princípio da proporcionalidade é essencial na resolução do problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma equitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessária não só a existência de normas para pautar essa atividade – e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito) –, como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulador, no sentido kantiano, para se ponderar até que ponto se vai dar

63 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípio da proporcionalidade e devido processo legal, cit., p. 256-260.

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 76.

65 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 24.

preferência ao todo ou às partes, o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser assim chamada.⁶⁶

Segundo Virgílio Afonso da Silva, o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio porque não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Seria uma regra e o termo mais adequado seria regra da proporcionalidade⁶⁷. Há, entretanto, quem tenha o entendimento de que se trata de um princípio, visto que não poderia ser uma regra, porque não há previsão da proporcionalidade em nossa Constituição e não se pode admitir uma regra implícita.⁶⁸

Proporcionalidade não se limita à proibição do excesso. A regra da proporcionalidade é um instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, mas também vem se firmando como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais.⁶⁹

O princípio da proporcionalidade é subsidiário: somente é aplicado quando não existirem dúvidas sobre a legalidade dos fins e dos meios do ato. Somente quando os demais instrumentos do ordenamento jurídico não tiverem resultado negativos para o ato é que se deve utilizar a proporcionalidade, bem como nos casos em que se faz necessário, como na discricionariedade.⁷⁰

O princípio da proporcionalidade é um instrumento destinado a controlar o exercício do poder discricionário pela Administração Pública, bem como para guiar a ponderação de princípios. Porém, não se exclui a possibilidade do uso do princípio da proporcionalidade em atos regrados, quando eles tenham resultados tão arbitrários que não sejam capazes de passar no teste de adequação, por não haver

66 GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípio da proporcionalidade e devido processo legal, cit., p. 261-263.

67 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 26.

68 Nesse sentido, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago, ob. cit., p. 268-269.

69 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 27.

70 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 310.

coerência entre os fins e os meios. Nesse caso, porém, não é o ato que será objeto de controle, e sim a norma que estabeleceu a competência vinculada.⁷¹

O juízo de proporcionalidade somente se realiza em atos restritivos de direitos. Não cabe em atos ampliativos de direitos, em relação aos atos de particulares, e nem nos casos de conflitos interadministrativos.⁷²

O juízo de proporcionalidade é relativo. Não gera normas jurídicas, e sim regras de prevalência condicionada aplicáveis a casos futuros similares.⁷³

5.1 As três regras da proporcionalidade

Há a subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A análise da adequação precede a da necessidade que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁴

Se houver a reprovação no primeiro dos três testes, não se vai ao teste seguinte. Se o ato for inadequado, não se analisa a necessidade. Somente se o ato for adequado e necessário parte-se para a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

O Tribunal Constitucional alemão aplica as três regras da proporcionalidade:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não

71 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 310-311.

72 Ibidem, p. 312-313.

73 Ibidem, p. 314.

74 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, cit., p. 33-34.

prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”⁷⁵

Segundo Guerra Filho: “Pode-se dizer que uma medida é *adequada*, se atinge o fim almejado; *exigível*, por causar o menor prejuízo possível; e, finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”⁷⁶

Vamos ver, separadamente, cada uma das três regras da ponderação.

5.1.1 A adequação

Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Assim, uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado. Uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.⁷⁷

O ato deve ser um meio coerente com o fim perseguido. Esse teste apenas averigua a idoneidade do meio, não entrando no mérito de ser mais ou menos idôneo. Trata-se de uma análise de manifesta inadequação; caso contrário, abrir-se-ia uma discricionariedade ao juiz, pois todas as medidas administrativas são passíveis de serem criticadas.⁷⁸

Para avaliar a adequação, faz-se necessária a análise fática da eficácia da medida da Administração. Para tanto, deverão se fazer

75 BVerfGE 30, 292 (316). No original: “Die Mittel, die der Gesetzgeber tätig werden müssen angemessen und erforderlich, um das Endziel zu erreichen. Das Medium ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe können wir das gewünschte Ergebnis zu fördern, sie fällig, wenn der Gesetzgeber nicht gewählt haben, andere ebenso wirksame, aber es wäre eine nicht-schädliche oder der Ausübung einer weniger spurbare Einschränkung des Grundrechts.”

76 GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*, cit., p. 262.

77 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, cit., p. 34-37.

78 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, cit., p. 317-320.

juízos de relevância. Deve-se analisar se os fatos que a Administração apresenta são existentes e se são relevantes (teoria dos motivos determinantes).⁷⁹

5.1.2 A necessidade

Somente é necessário um ato estatal que limita um direito fundamental caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. O exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é absoluto.⁸⁰

A medida administrativa deve ser a menos lesiva para os interesses particulares, dentre as possíveis de serem eleitas pela Administração. Deve o recorrente provar a existência de outra solução menos gravosa e igualmente eficiente para conseguir o fim administrativo. Não poderá o juiz substituir e escolher outra das possibilidades existentes. Faz-se uma análise dos meios para saber se o escolhido é o menos gravoso. Entretanto, não se pode chegar à conclusão que o meio menos gravoso para o particular seria a não atuação administrativa, sob pena de paralisação da atividade desta. Para afirmar que a outra medida menos lesiva poderia ter sido a eleita, ela deve ser apta a proporcionar os mesmos resultados que a medida anteriormente escolhida, não pode provocar a imposição de encargos e obrigações a outros cidadãos, visto que eles poderiam também impugnar a medida, a medida alternativa deve estar revestida de legalidade e dentro da competência do ente administrativo e, por fim, a medida deve ser suscetível de ser aplicada. Para a aplicação do juízo de necessidade, deve-se provar o dano ao particular e as alternativas menos danosas à disposição da Administração. Não é necessária uma prova absoluta que o termo comparativo alcançaria os mesmos resultados, mas sim uma prova real de que a afirmação é factível.⁸¹

79 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 320-328.

80 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, cit., p. 38.

81 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *ob. cit.*, p. 334-342.

5.1.3 A proporcionalidade em sentido estrito

Consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Só há que se falar em exame da proporcionalidade em sentido estrito caso a medida estatal tiver sido considerada adequada e necessária.⁸²

Analisa-se se o interesse público realizado pelo ato é de relevância bastante que justifique o sacrifício do interesse individual atingido pelo ato. Para tanto, deve-se recorrer ao método de ponderação de princípios. O primeiro passo da ponderação consiste em identificar os valores em conflito; o segundo consiste numa atribuição de peso ou importância a cada um desses valores; quando existir um *plus* de proteção por parte da Constituição em favor de algum valor, não se deve socorrer à ponderação. Deve-se também observar a *lei da ponderação, qual seja, quanto maior for o grau de prejuízo a um dos princípios, maior há de ser a importância de cumprimento do seu contrário. Se um princípio lesionado não se vê contrabalanceado pelo benefício do cumprimento de outro, não existirá o equilíbrio e estaremos diante de um sacrifício ilícito.*⁸³

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é iniciado identificando os valores em conflito; após, deverá o aplicador da lei/intérprete, atribuir a respectiva medida a cada valor identificado, deve-se atentar que a hierarquia de valores deriva do direito positivo e da Constituição; por fim, quando maior for o grau de prejuízo ao cidadão, maior há de ser a importância do fim público buscado, ou seja, um prejuízo

82 SILVA, Luis Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, cit., p. 40-41.

83 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 342-352.

deve estar justificado por um objetivo mais importante⁸⁴. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito não precisa da análise fática, sendo um juízo abstrato de meios e fins. Porém, quando não for possível estabelecer uma medida para cada valor, não sendo possível estabelecer uma hierarquia entre os valores em conflito, deverá o juiz analisar o prejuízo fático que a aplicação de cada princípio pode proporcionar para, então, fazer a escolha de qual será o prevalente.⁸⁵

Constitui o princípio da proporcionalidade uma norma jurídica suscetível de ser alegada em juízo e vinculante para os particulares e para o Poder Público. O três testes preveem pressupostos de fato indeterminados, porém com consequências determinadas (proibição do desproporcionado). Ainda que o resultado da sua aplicação ofereça uma resposta taxativa, o caminho para a sua obtenção está baseado em uma técnica ponderativa, que se aplica com distinta intensidade em cada um dos testes. Por tanto, nos encontramos ante o que se tem chamado de *princípio geral de direito*, como norma jurídica vinculante para as Administrações Públicas.⁸⁶

6 Os limites da atuação do Poder Judiciário na interpretação constitucional

A ponderação de princípios pode ser altamente subjetiva⁸⁷ e propiciar abusos por parte do magistrado. Somente em situações em que o sistema jurídico não dê uma solução clara para a questão pode-se recorrer à ponderação de princípios.⁸⁸

84 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*, cit., p. 345.

85 *Ibidem*, p. 355.

86 *Ibidem*, p. 360.

87 Alerta semelhante é feito por Luiz Roberto Barroso: “No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial.” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., 2009, p. 363-364).

88 Nesse sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “A proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É isto sim, uma regra, que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja

Após a Revolução Francesa, o liberalismo dominante queria assegurar segurança jurídica como forma de garantir as atividades econômicas. Pelo ideal vigente na época, a sentença judicial não teria outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei, tendo em vista o caso concreto. A vinculação do juiz à lei seria imperativa. O ideal da segurança jurídica parecia ter sido atingido: a norma geral vincularia a decisão de vários casos no sentido de estabelecer uma jurisprudência regular e uniforme. As decisões jurídicas particulares deveriam ser, cada uma delas, previstas de antemão, pois decorreriam da norma antecipadamente formulada. Entretanto, essa ideia foi superada. Ela deu lugar à ideia de que o juiz cria o direito.⁸⁹

Ao criar a norma para o caso concreto, o juiz ordinário legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos. Com o advento do juiz constitucional, dos tribunais da Constituição, isto é, com a jurisdição constitucional se alargando, o juiz “legislador” assume cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz “servo” de lei e do juiz “intérprete” de textos⁹⁰. Assim, resta totalmente excluída a concepção da vinculação judicial, que entende que a decisão dos casos como mera implicação do texto da lei. O juiz já não é a “boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu); pelo contrário, ele lida com a lei fazendo uso da sua criatividade.⁹¹

Os princípios são positivados por meio de regras jurídicas. Elas, portanto, sempre representam a positivação de um princípio. Se os princípios de decisão de uma ordem jurídica estão codificados, as exigências de legitimação das decisões jurídicas diminuem de forma específica. Em regra, a norma codificada é capaz de legitimar materialmente a decisão jurídica, sem que a fundamentação da decisão tenha obrigatoriamente de fazer

solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos.” (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183).

89 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 282-283.

90 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 529.

91 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.), ob. cit., p. 293-294.

referência a princípios de decisão que, por sua vez, são o fundamento da norma codificada. Entretanto, pode o juiz não aplicar uma norma positivada num caso concreto, invocando os princípios jurídicos fundamentais negando a função representativa do princípio, visto que, no caso, a norma não representa o princípio aplicável ao caso, ou pior, o ofende.⁹²

As palavras da lei nem sempre dão indicação claras; elas precisam ser preenchidas com valores, o que demanda o uso de conceitos morais e éticos para a formulação da norma concreta. Nem os juízes, tampouco a sociedade, compartilhem de uma moral objetiva e conhecida, nem são coerentes em suas decisões, nem construíram um sistema consistente de direito e moral para solucionar os casos; nem, enfim, argumentam sempre racionalmente; e isso talvez se agrave no caso da ponderação, na qual as circunstâncias do caso que devem ser tomadas em consideração constituem uma variável de difícil determinação e o estabelecimento de uma hierarquia de um princípio sobre o outro constitui irremediavelmente um juízo de valor.⁹³

Ainda que exista um perigo de particularismo, não significa que a ponderação abra as portas a juízos baseados na intuição, no palpite ou no arbítrio. A ponderação se destina à construção de uma regra e, se tomarmos a sério as exigências para a sua aplicação, haverá uma garantia de racionalidade da decisão proferida. Ainda que nem sempre possamos ter uma única resposta correta, haverá a consideração e análise de todas as circunstâncias relevantes, o que justificará a solução adotada.⁹⁴

A função estatal, seja a legislativa, seja a administrativa, seja a jurisdicional, consiste em editar regras jurídicas, concretizadoras dos princípios constitucionais. Essa concretização não é livre: o agente público deve, ao exercer sua função, apurar o peso de cada princípio e a medida de concretização exigida pelo direito.⁹⁵

Claro que pode haver abusos por parte dos magistrados. Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização constitucional,

92 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.), *Introdução à filosofia do direito contemporâneas*, cit., p. 288-289.

93 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 243.

94 *Ibidem*, p. 244.

95 MARTINS, Ricardo Marcondes, *Princípio da moralidade administrativa*, cit., p. 311-312.

os juízes em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior.⁹⁶

Assim, devem ser estabelecidos os limites da atuação do Poder Judiciário, sob pena da instauração da ditadura dos juízes. Nesse sentido é lição de Paulo Bonavides:

“Nesse conspecto, a Constituição, desfalecida, sai da letra do constituinte para a sentença de tais juízes. A sentença sim é soberana, não aquela! Fora da esfera de um Direito Constitucional decadente e subjugado pela vontade presidencial, é de admitir, todavia, que num determinado sentido há, em rigor, duas Constituições paralelas: uma formal, outra jurisprudencial; a segunda, direito positivo concretizado, mais eficaz que a primeira porquanto sendo norma viva, solve os litígios constitucionais. E ao solvê-los, o Tribunal Constitucional se mostra então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno.”⁹⁷

6.1 Os limites da atuação jurisdicional no controle da Administração

O princípio da legalidade explicita a subordinação da Administração à lei. O administrador está sujeito às exigências da lei e do bem comum. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza⁹⁸. Administrar é aplicar a lei de ofício. Um dos desdobramentos

96 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. in *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, cit., p. 544.

97 Ibidem, p. 544-545.

98 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 72.

do princípio da legalidade é o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores⁹⁹. O princípio da legalidade não exclui a discricionariedade: sendo materialmente impossível a previsão exata de todos os casos e tendo-se em conta o caráter de generalidade próprio da lei, decorre que à Administração restarão, em inúmeras ocasiões, a faculdade e o dever de apreciar discricionariamente as situações vertentes, precisamente para implementar a finalidade legal a que está unvida pelo princípio da legalidade.¹⁰⁰

De nada adiantaria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis¹⁰¹. Até mesmo o poder discricionário é suscetível de controle jurisdicional.

O poder discricionário deve ser exercido dentro dos limites legais e atendendo-se aos princípios da proporcionalidade e respeitar os direitos individuais ou coletivos garantidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de vício.

Primeiramente, deve-se ressaltar que o uso do poder discricionário não pode ferir direitos individuais ou coletivos garantidos pelo ordenamento jurídico. Somente se pode falar em poder discricionário se não houver um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico a favor de quem o uso de tal poder ocasionar dano, mesmo que por omissão. Tal afirmação é inafastável, ante a existência expressa no nosso ordenamento jurídico do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF). Se nada que cause lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser afastado do conhecimento do Judiciário, o uso do poder discricionário pode e deve ser controlado, caso atinja direito¹⁰². Nem mesmo os *atos discricionários*

99 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 73.

100Ibidem, p. 74.

101Ibidem, p. 83.

102 “Recurso Extraordinário – Criança de até seis anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução

refogem do controle judicial, porque, quanto à *competência*, constituem matéria de *legalidade*, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do *ato vinculado*. A discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites legais, é lícito e válido; o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí por que o Judiciário terá que examinar o ato arguido de discricionário: primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio.¹⁰³

Os direitos fundamentais e os princípios gerais para a atuação administrativa, em especial os da necessidade e da proporcionalidade, são barreiras objetivas ao poder discricionário. Sua violação torna a decisão discricionária viciosa.¹⁰⁴

se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) – Recurso improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. 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 mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (STF – AgR RE n. 410715/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005, *DJ*, de 03.02.2006, p. 76. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2010).

103 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 665.

104 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 151.

Nesse sentido é a lição de Cassagne:

*“En suma, la prohibición de arbitrariedad configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la Administración al Derecho. Por ese motivo, la revisión judicial há de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de Derecho.”*¹⁰⁵

Assim, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o exercício do poder discricionário não pode ocasionar lesão a direito reconhecido pelo sistema jurídico, sob pena de invalidade.

Segundo parcela da doutrina, os atributos de conveniência e oportunidade não mais podem escapar do controle jurisdicional, que deve realizar juízo de compatibilidade entre o mérito do ato e o sistema constitucional como um todo¹⁰⁶. Entretanto, entendo que tal afirmação não é totalmente correta, sob pena de substituírmos o administrador pelo juiz.

O Judiciário não pode emitir um juízo sobre o mérito¹⁰⁷ do ato administrativo¹⁰⁸. Não cabe, assim, ao juiz substituir o administrador em sua opção legítima¹⁰⁹ de escolher a melhor forma de satisfazer, dentro dos lim-

105 CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 216.

106 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 136

107 “Mérito do ato 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, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 928-929).

108 “O que o Judiciário não pode é ir além do exame de *legalidade*, para emitir um juízo de *mérito* sobre os atos da Administração.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 665).

109 “Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a *opção legítima* feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 217).

ites legais, o interesse público. Decorre tal fato do princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), pois não se pode deixar que o juiz exerça as funções de administrador¹¹⁰. Ademais, somente o administrador, que estará diante do caso particular e tem a especialização técnica necessária, poderá, em diversas hipóteses, escolher a melhor medida para a satisfação do interesse público protegido pela norma. Assim, o controle jurisdicional da discricionariedade não pode extinguir uma prerrogativa que a própria lei entendeu necessária estar nas mãos do administrador. Assim, “com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”¹¹¹. Nesse sentido, Carvalho Filho:

“O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF).”¹¹²

Disso resulta que somente as vinculações jurídicas podem ser objeto do controle jurisdicional. As questões sobre a conveniência ou não da medida adotada, quando possível no caso concreto mais de uma, não podem ser revisadas judicialmente, porque todas seriam legítimas, sendo juridicamente irrelevantes as demais possibilidades abertas que não foram objeto de escolha¹¹³. Na lição de Rivero, “o controle do juiz,

110 “O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluído e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 956).

111 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 217.

112 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

113 “É incompatível com o regime democrático a existência de uma Administração Pública cujos atos não sejam passíveis de controle. Mas igualmente não pode existir uma Administração Pública séria, competente e responsável sem que haja uma delimitação clara entre as funções de administrar e julgar.” (AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 116).

sendo um controlo de legalidade, para onde ela para; não se estende, pois, ao poder discricionário, que depende de apreciação de oportunidade, estranha à missão do juiz”¹¹⁴. Conforme Hartmut Maurer:

“Um vício no exercício do poder discricionário, nesse sentido, *somente* existe, se a autoridade não observa as vinculações *jurídicas*. A alusão, que a decisão da autoridade é não conforme à finalidade, que uma outra decisão teria sido mais conveniente ou melhor, não toca à juridicidade. Tais objeções não são importantes *juridicamente* e, por conseguinte, também não são compreendidas pelo controle judicial administrativo. Ao contrário, pode e deve a administração, no quadro do procedimento de oposição – anteposto à demanda judicial administrativa –, revisar *também a conformidade com a finalidade* do ato administrativo.”¹¹⁵

Também o Poder Judiciário não pode criar obrigações para o Estado que este não tenha condições, sejam materiais, sejam financeiras, de cumprir. Não pode o Estado ser compelido a cumprir uma obrigação de fazer em detrimento de outras obrigações de igual ou maior importância para a coletividade. É a aplicação da *teoria da reserva do possível*¹¹⁶. A jurisprudência tem admitido a aplicação do princípio da reserva do possível em alguns casos¹¹⁷, em especial, nos casos em que o Poder Judiciário, em manifesto ativismo judicial, tem imposto ao Estado o fornecimento de medicamentos sem atentar para as possibilidades orçamentárias.¹¹⁸

114 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 96.

115 MAURER, Hartmut, *Direito administrativo geral*, cit., p. 148-149.

116 “Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a *reserva do possível*, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, cit., p. 49).

117 “Responsabilidade Civil do Estado – Indenização – Dano moral – Superlotação carcerária – Administração Pública que não pode ser punida pela falta de condições gerais existentes nas prisões – Respeito ao mínimo existencial diante da possibilidade orçamentária – Princípio da reserva do possível – Verba indevida.” (TJMS, RT 871/294).

118 “Apenas a título de argumento *obter dictum*, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infundáveis necessidades de todos os

6.1.1 A razoabilidade e a proporcionalidade como forma de controle da discricionariedade

Pode a lei dar uma discricionariedade abstrata que não se confirma no caso concreto¹¹⁹. Um juízo de razoabilidade e proporcionalidade pode apurar a inexistência de discricionariedade no caso concreto.

A discricionariedade dada pela norma sempre visa a proporcionar a melhor escolha para a satisfação do interesse público; no caso concreto, pode-se verificar que somente uma das possibilidades previstas na norma é hábil (ou a mais hábil) a satisfazer o interesse público. É a aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como forma de controle do ato discricionário. Não somente a lei limita a discricionariedade. Os princípios também são limites ao uso do poder discricionário. Nesse sentido é a lição do Gordillo:

“En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las de las facultades regladas en que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian

cidadãos. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.” (STJ – RMS 28.962/MG, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.08.2009, DJe, de 03.09.2009).

119 “A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, as discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discricção, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 927).

de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es limite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.”¹²⁰

O administrador é obrigado a escolher a melhor alternativa, não existindo, assim, poder de decisão. Deverá o administrador, usando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, escolher a melhor alternativa para satisfazer ao interesse público, que poderá ser somente uma, apesar da lei proporcionar várias alternativas. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas pode ser excluída pela aplicação de um princípio – como o da razoabilidade, por exemplo –, de tal forma que a discricionariedade desaparece, porque uma única solução resulta válida perante o Direito.”¹²¹

Assim, chegamos à conclusão de que a existência de discricionariedade na norma não significa que exista discricionariedade no ato administrativo. A regra pode dar várias alternativas que não se confirmam no caso concreto e que sequer seriam aceitáveis perante ele.¹²²

Somente diante da situação fática é que pode haver a discricionariedade. Se, inobstante a existência de discricionariedade na norma, no caso concreto, o agente escolher a alternativa prevista na lei que não atende melhor ao interesse público, deixando de escolher a outra que

120 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. v. 1, p. X-21.

121 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 483.

122 “Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Ou seja, as variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção *não significa que todas estas soluções sejam de igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação*. Significa, pelo contrário, que a lei considera qual algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 927).

melhor atenderia, o ato é nulo e pode ser revisto pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Bandeira de Mello:

“Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.”¹²³

Assim, para que o uso do poder discricionário não possa ser objeto de censura judicial, deve o agente se ater ao limite da sua competência, respeitar os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, não objetivar nada além do interesse público e, no caso concreto, escolher a melhor alternativa para o caso, mesmo que a norma lhe possibilite, em abstrato, escolher outra.¹²⁴

6.1.2 A finalidade do ato como meio de controle jurisdicional

Um das formas possíveis de controle da Administração é a que se faz por meio da análise da finalidade do ato administrativo.

123 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 927-928.

124 “Destarte, o *exercício de discricionariedade* pela Administração *não se valida apenas por conter-se no âmbito de atuação aberto pelo legislador*, como até recentemente se admitia, uma vez que, além desse requisito, faz-se necessário que *as soluções escolhidas*, ademais de se cingirem a esses lindes legais, se apresentem *realistas e razoáveis* em face da integralidade da *ordem jurídica* e, em acréscimo, concorram efetivamente para o *atingimento de resultados legítimos*.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 626).

Cada ato administrativo tem uma finalidade. Existe uma finalidade geral: o interesse público. Existe, também, uma finalidade específica: o resultado querido pelo legislador ao prever a competência para a prática do ato.

O administrador, ao praticar o ato, mesmo no uso da competência discricionária, deve se ater à finalidade do ato, seja a geral, seja a específica. Caso o ato seja praticado com uma finalidade diferente da prevista em lei, ocorre o chamado *excesso de poder*.¹²⁵

O excesso de poder abrange os atos praticados fora do âmbito de competência do agente, bem como os praticados dentro da competência do agente, porém, com finalidade diversa do que deveria atender.¹²⁶

Deve o agente somente praticar os atos que estejam dentro do âmbito de sua competência, bem como interpretar corretamente a norma que lhe atribui a competência, não dando por existentes fatos que não ocorreram, nem qualificando mal as circunstâncias ocorridas, devendo, sempre, buscar o interesse público. Nesse sentido é a lição de Queiró:

“Se a autoridade administrativa viola as normas que limitam o número ou série dos comportamentos entre os quais ela pode escolher; se contraria a norma que anuncia as circunstâncias em que o seu poder discricionário deve ser exercido, interpretando mal a previsão legislativa, qualificando mal as circunstâncias verificadas ou dando como existentes circunstâncias que se não verificam; se, no exercício de um poder discricionário, finalmente, se apoia em circunstâncias que não têm correspondência com o interesse público específico a perseguir ou que, tendo-a, efetivamente se não verificam – os atos assim praticados dizem-se afetados do vício de *violação de lei* (ou de regulamento).”¹²⁷

125 “*Excesso do poder discricionário* existe, quando a autoridade escolhe uma consequência jurídica não mais situada no quadro da prescrição do poder discricionário.” (MAURER, Hartmut, *Direito administrativo geral*, cit., p. 149).

126 “Todo ato administrativo praticado por agente incompetente ou além de sua competência incorre em vício de *excesso de poder* (*excès de pouvoir*) assim como qualquer ato que desatenda à moralidade e aos fins administrativos invalida-se pelo *desvio de poder* (*détournement de pouvoir*) [...]” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 667).

127 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 7, 1969.

Mesmo que o agente se atenha dentro da área de sua competência, deve cumprir a finalidade geral do ato, atendendo ao interesse público (finalidade geral) e à finalidade específica do ato, sob pena de incorrer em desvio de finalidade. Não basta que o agente esteja cumprindo uma finalidade pública; deve atender também à finalidade específica do ato, bem como agir somente visando ao benefício público e não os benefícios individuais que o ato, eventualmente, possa ocasionar.¹²⁸

Assim, o agente, para não incorrer no desvio de poder, deve se ater à sua competência, bem como respeitar a finalidade geral e específica do ato, sem visar ao interesse particular que o ato possa ocasionar.

6.2 Os limites da atuação jurisdicional e o respeito ao legislador: o ativismo judicial

O Poder Judiciário pode afastar a incidência de uma lei em um determinado caso concreto, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, e assim, na prática, é quem dá a última palavra. Existe uma brecha interpretativa entre o texto constitucional e as decisões judiciais. Os preceitos constitucionais que declaram direitos básicos estão ordinariamente formulados em termos considerados vagos e abstratos e sua aplicação requer uma leitura moral. Assim, os juízes, de fato, acabam dando a última palavra sobre o conteúdo dos direitos básicos.¹²⁹

Esse aparente predomínio do órgão judicante, embora possa parecer um tanto excessivo, deve ser, contudo, encarado como consectário natural do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que,

128 “Para se falar de competência ou do seu contrario, a incompetência, é claro que é mister encontrarmos-nos perante *interesses públicos*, isto é, interesses que a lei confiou a qualquer das grandes funções do Estado: a legislação, a jurisdição, ou a execução. Se, além de um especial *interesse público*, a autoridade realiza também um *interesse particular*, seu ou de outrem, não é já *incompetente*; nesse caso realiza uma duplicidade de interesses: realiza um interesse particular acessório, decorrente da realização de um interesse público. Em toda actividade administrativa, como actividade pública, há isso de característico: existe um benefício da comunidade e, portanto, dos administrados. O interesse público vai partilhar-se entre os particulares, *difunde-se* sob a forma de vantagens singulares. O funcionário deve agir na zona do interesse público que lhe é confiada, e aqui deve ainda agir, por assim dizer, sem a *consciência* de que o interesse público se difunda parcialmente, injustamente, sem a intenção, sem o fim de beneficiar mais este ou aquele.” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. ESTUDOS de direito público: dissertações. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, v. 1, p. 171).

129 BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución, cit., p. 402

entretanto, é levado às mais sérias consequências pelas nações que conferem à jurisdição constitucional a missão superior de garantir a supremacia da Constituição. Isso não significa dizer, todavia, que a prerrogativa enfeixada nas mãos do Judiciário, para rejeitar a aplicação de normas jurídicas que considere incondizentes com a Constituição, o transforme em um superpoder, podendo, assim, na qualidade de intérprete final do ordenamento presidido pela Constituição, controlar a validade das ações estatais e orientar o curso das políticas de governo.¹³⁰

Uma concepção não meramente procedimentalista da democracia é que ela é a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, e não simplesmente uma ditadura da maioria, e essa garantia somente pode ser operativa com o recurso à revisão judicial do conteúdo das leis.¹³¹

Os princípios reclamam do juiz não uma simples atitude subsuntiva. Exigem que ele desenvolva uma argumentação racional que mostre as considerações de dever e de valor que fundamentam sua decisão. A argumentação jurídica opera como uma forma de argumentação moral institucionalizada e informa que os operadores do direito não são independentes ou alheios às concepções morais existentes na sociedade. Essa argumentação pode não garantir o consenso e nem a garantia de que a solução adotada é a mais justa. Porém, serve de instrumento para reduzir a discricionariedade; não dá segurança, mas afasta a simples vontade fundada somente na opinião e no arbítrio.¹³²

Entretanto, não pode haver exageros na atuação do Poder Judiciário. Ele, quando profere um juízo de proporcionalidade e razoabilidade sobre o produto da atividade legislativa, acaba, na prática, substituindo o juízo do legislador pelo seu juízo. Assim, acaba substituindo a atividade do legislador. Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro ensina que:

“A polêmica eleva-se em temperatura quando os órgãos do Poder Judiciário proferem julgamento quanto à razoabilidade ou

130 Nesse sentido: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 103-104.

131 PIETRO SANCHIS, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*, cit., p. 250.

132 GÁSCON ABELLÁN, Marina. Los límites de la justicia constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 186.

à racionalidade das regras de direito, valendo-se na mais das vezes de postulados servíveis a toda a sorte de argumentação, como é o caso dos princípios da isonomia e do devido processo legal. Tal se deve porquanto julgar se uma norma classificatória ou atributiva de efeitos normativos diferenciados a situações fáticas díspares é, ou não, razoável e racional, ou seja, se os fins a que almeja são, ou não, adequadamente servidos pelos meios que estabelece, de acordo com um julgamento de proporcionalidade instrumental, pode importar em aparente troca de papéis entre o legislador e o juiz. Este último, a pretexto de interpretar o ato normativo em face da Constituição, acaba por proferir um juízo autônomo sobre o que deve ser uma norma razoável e racional a disciplinar os interesses em confronto na relação litigiosa. De fato, ao apreciar a validade das leis, sob a ótica da arbitrariedade e adotando por parâmetro os princípios elásticos da igualdade jurídica e do devido processo legal, o agente da Magistratura está, em realidade, declinando seu próprio ponto de vista a respeito do que deva ser um produto legislativo pautado nos padrões de razoabilidade e racionalidade.”¹³³

A intromissão do tribunal no âmbito político tem sido propiciada pelas indeterminações do texto constitucional, em que são frequentes cláusulas abertas e princípios materiais de justiça cuja interpretação é notadamente discricionária.¹³⁴

As denominadas questões políticas devem, em regra, ficar à margem do controle jurisdicional. Somente quando houver alguma lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo, deve-se, sem qualquer hesitação, submeter a razoabilidade da lei ao Poder Judiciário, em virtude da imposição constitucional do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.¹³⁵

Vamos analisar alguns aspectos da atuação jurisdicional no controle concentrado e no controle difuso de constitucionalidade.

133 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Constituição aberta e os direitos fundamentais*, cit., p. 104-105.

134 GÁSCON ABELLÁN, Marina, *Los limites de la justicia constitucional*, cit., p. 174.

135 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *ob. cit.*, p. 106.

6.2.1 Os limites da atuação do Judiciário no controle difuso

A Constituição brasileira adotou o controle difuso de constitucionalidade, derivado da tradição jurisprudencial existente nos Estados Unidos da América. Nesse país, criou-se a doutrina da revisão judicial (*American doctrine of judicial review*), que radicalmente contrasta com a tradição inglesa da supremacia do parlamento. Tal fato tem uma origem histórica bem definida. Ao atribuir aos órgãos da Justiça a última palavra em matéria de constitucionalidade dos atos dos demais poderes, há um ressentimento histórico das treze colônias originais da América do Norte, em face dos abusos perpetrados pelo Poder Legislativo da metrópole do colonizador britânico. Enquanto na velha Inglaterra o Parlamento reluzia para os espíritos democráticos que fizeram as revoluções do século XVII como a casa da liberdade e das grandes conquistas da sociedade, já nos Estados Unidos, tanto no período colonial quanto após a independência, preponderou um forte preconceito contra o Poder Legislativo. Tal se explica em razão da legislação metropolitana repressora, oriunda da Casa de Westminster, em Londres, que era fonte de vultosos prejuízos econômicos para as colônias e bem assim impeditiva da emancipação das famílias dos pioneiros protestantes que aportaram na Nova Inglaterra, fugindo em grande parte à perseguição religiosa. Em vista disso, cuidaram os Estados recém-independentes de coibir os excessos do Poder Legislativo, para o que se valeram de dois mecanismos específicos, a saber, o controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*) e o veto presidencial incidente no processo de legiferação.¹³⁶

Quando é feita a ponderação da lei, entra em jogo a liberdade do legislador, que opera sempre como argumento em favor da conservação da norma; cabe decidir então, em regra, que a democracia e sua exigência de respeito à lei não pode ser sacrificada pela ponderação. Porém, como as demais liberdades ou princípios, em sua aplicação concreta também o princípio majoritário ou democrático deve se conjugar com os demais e, assim, poderá ceder quando não for capaz de superar um juízo de racionalidade derivado da aplicação da ponderação.¹³⁷

136 Sobre o controle da atividade legislativa, ver: REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 7, n. 39-40, p. 73-82, jul./dez. 1976.

137 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 249.

A ponderação pode levar a uma não aplicação de uma lei ao caso concreto. Pode haver um reconhecimento de que, apesar de constitucional e pertinente ao caso, uma lei deva ser desprezada em um determinado caso concreto. Por trás de toda regra, há um princípio que a fundamenta e pode haver a colidência dele com outro princípio. A racionalidade, a proporcionalidade, constitui um requisito exigido na produção das leis que, se manifestarem uma escolha que não seja aprovada pela aplicação da regra da ponderação, pode ser afastada, em nome dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso.¹³⁸

A lei, assim, pode estabelecer que em circunstância X deve prevalecer um princípio sobre outro, delimitando assim o pressuposto de fato ou, se preferível, convertendo em condicional o que era um dever incondicional ou categórico, e em tal caso cabe decidir que a ponderação haja sido realizada pelo legislador, de modo que ao juiz não resta nada mais do que a tarefa de subsumir o caso ao preceito legal, sem ulterior deliberação. O que pretende o juízo de ponderação é concretizar ou fazer explícita uma das exceções implícitas que caracterizam os princípios como normas abertas, e isso é algo que também pode fazer a lei. Porém, isso somente é certo na medida que não concorram outras circunstâncias relevantes não tomadas em consideração pelo legislador e que, assim, permitam ao princípio postergado recobrar sua aplicação no caso concreto.¹³⁹

Não pode o legislador eliminar o conflito entre princípios mediante uma norma geral, decidindo algo assim como que sempre triunfará um deles, pois eliminar a colisão com esse caráter de generalidade requereria postergar em abstrato um princípio em benefício de outro e, com isso, estabelecer por via legislativa uma hierarquia de preceitos constitucionais que somente poderia fazer o poder constituinte.¹⁴⁰

Assim, sempre resta possível, porém em caráter de excepcionalidade, deixar de aplicar uma determinada lei a um caso concreto, ponderando-se os princípios constitucionais incidentes no caso, afastando-se o princípio postergado e, conseqüentemente, a regra jurídica que positivou tal

138 PIETRO SANCHIS, Luis, El juicio de ponderación constitucional, cit., p. 250-251.

139 Ibidem, p. 238.

140 Ibidem, p. 237.

princípio. Entretanto, tal operação somente pode ser permitida em casos excepcionais, visto que o legislador já realizou uma prévia ponderação, que somente pode ser afastada mediante um juízo de ponderação no caso concreto que vise a resguardar um valor constitucional de grande importância no ordenamento jurídico.

6.2.2 Os limites da atuação do Judiciário no controle concentrado

Quando os preceitos constitucionais implicados em uma questão de constitucionalidade estão altamente formalizados, sua interpretação não oferece demasiados problemas. Sem embargo, as Constituições atuais contêm muitos preceitos que padecem de uma escassa formalização; em mais, muitos deles constituem a positivação de princípios e juízos de valor, de maneira que seu significado é altamente indeterminado. Essa indeterminação faz com que o juízo de constitucionalidade da lei seja discricionário, fazendo com que o juiz constitucional se transforme em um sujeito político.¹⁴¹

A relação da lei com a Constituição pode ser definida de acordo com dois modelos: o modelo constitucionalista ou judicialista e o modelo democrático ou legalista. De acordo com o modelo constitucionalista, a Constituição é um modelo de projeto político fechado e completo, cabendo ao legislador ordinário somente a sua execução; a Constituição predeterminaria a solução de todos os conflitos e a lei seria somente uma concreção das abstratas previsões constitucionais; denomina-se tal corrente como judicialista porque os juízes é que acabam determinando quais normas devem configurar o sistema em determinado momento, pelo juízo de constitucionalidade. Já o modelo democrático ou legalista parte da ideia de que a Constituição somente fixa as regras do jogo da competência política, porém sem participar diretamente dela, ou seja, somente determina quem manda, como manda e em parte onde pode mandar; o conteúdo das ordens se encontraria dentro da vontade do legislador e a Constituição somente daria as regras do jogo, dentro das quais poderia o legislador se mover com alguma liberdade; chama-se tal corrente de legalista porque é o Poder Político que, em cada momento,

141 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 180.

através do legislador democraticamente eleito, que determina as normas que presidem um sistema jurídico.¹⁴²

O modelo constitucional adotou o segundo modelo, qual seja, o modelo democrático. É dito no parágrafo único do artigo 1º da Constituição que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, qual seja, o Poder Legislativo. O modelo de tripartição de poderes foi expressamente consagrado no artigo 2º da Constituição. A lei, por ser expressão da vontade soberana do povo, representada pelos legisladores democraticamente eleitos, tem uma autônoma razão de ser. A jurisdição deve se ater a uma separação entre as questões políticas e de constitucionalidade. A função do Judiciário não pode ser a de substituir o Legislativo. O Tribunal Constitucional não pode fixar a melhor lei partindo da perspectiva constitucional, e sim somente eliminar aquelas que resultem intoleráveis, com uma função de legislador negativo. Não pode, assim, o Judiciário entrar nos motivos políticos que impulsionaram o legislador e muito menos sugerir ou diretamente impor a ele determinada opção política. O Tribunal Constitucional não pode influir na direção política do país.¹⁴³

A partir, porém, do advento das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, bem como pela revolução principiológica, que fez da *communis opinio* dos juristas da nova hermenêutica a lei gravitar ao redor desses direitos e não estes ao redor daquela; desde a criação, introdução, e propagação do controle concentrado de constitucionalidade que fizeram mais eficaz a Justiça constitucional protetora daqueles direitos, tem-se manifestado em todo o universo da jurisdição constitucional uma arraigada e substancial tendência à politização do controle, com o grave risco de severos danos à inviolabilidade do princípio da divisão de poderes, afetado em suas bases materiais de legitimação pelo grau e profundidade das ofensas perpetradas.¹⁴⁴

A lei sempre tem presunção de ser constitucional. Vigê o princípio do *in dubio pro legislatore*. Defender o princípio do *in dubio pro*

142 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 170-171.

143 Ibidem, p. 171-172.

144 BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil, in Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello, cit., p. 534-535.

legislature implica que àquele que alega a inconstitucionalidade corresponde o ônus da prova e que, ante a falta de elementos suficientes para contestar a lei, utiliza-se a presunção para sair do impasse, declarando-se a lei constitucional. O Tribunal presume que a lei é constitucional (ainda que, de fato, possa não ser), uma vez que existem dúvidas a esse respeito. A lei é constitucional da mesma forma que o réu é inocente. O juiz constitucional não deve considerar que o principal inimigo dos direitos é o parlamento; não há razão para que tenha uma atitude de suspeita sobre as leis que restringem os direitos fundamentais.¹⁴⁵

O Tribunal Constitucional não pode revisar o modo que os juízes interpretam as leis nos casos concretos, na medida que não sejam vulnerados direitos constitucionais. A função de um Tribunal Constitucional não consiste em revisar o maior ou menor acerto da aplicação do direito efetuada pelos juízes, e sim somente sua adequação ao texto constitucional; não pode querer fixar a melhor interpretação da lei e somente rechaçar as interpretações que resultem incompatíveis com a Constituição. A interpretação feita pelos juízes ordinários deve ser preservada, quando não for incompatível com a Constituição e, no caso em que soam possíveis várias interpretações da lei, tidas compatíveis com a Constituição, não deve o Tribunal Constitucional pretender fixar a que considera melhor.¹⁴⁶

As decisões que determinam uma interpretação conforme a Constituição determinam quais interpretações são legítimas e quais são rechaçadas. No primeiro caso, delimitam e no segundo assinalam as interpretações que são constitucionalmente aceitáveis. Entretanto, tal atividade pode ocasionar a imposição pelo Judiciário de uma interpretação como correta, a melhor interpretação conforme a Constituição, em detrimento de outras interpretações que, mesmo não sendo, na perspectiva do Tribunal, as melhores, seriam constitucionalmente aceitáveis. Essa atuação invade as competências da jurisdição ordinária, visto que a força vinculante dessa decisão, impondo uma única interpretação de determinado preceito legal, é quase legislativa.¹⁴⁷

145 LORA DEL TORO, Pablo de. Justicia constitucional y deferencia al legislador. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). Constitución: problemas filosóficos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 358-361.

146 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 170.

147 Ibidem, p. 175-176.

Sentenças manipulativas ocorrem quando o Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que não seria conveniente extirpar do ordenamento jurídico determinada lei, manipula sua interpretação, forçando as possibilidades interpretativas do texto, mesmo *contra legem*, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição. As sentenças manipulativas podem incidir sobre o programa normativo (sentenças substitutivas), fazendo com que a interpretação plausível do texto legal (porém inconstitucional) seja substituída por outra que claramente não resulta do texto, porém que se coaduna com a Constituição. Pode também as sentenças manipulativas incidirem sobre o âmbito de aplicação da norma, sendo sentenças redutivas, quando fazem uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação de uma lei, considerando que uma ou várias das possibilidades de incidência da norma é contrária à Constituição. As sentenças aditivas consistem em fazer uma interpretação extensiva do âmbito da lei, fazendo-a incidir sobre um âmbito mais abrangente do que o previsto pelo texto da lei; resulta do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão da norma. Nesses casos, na medida que a interpretação ultrapassa o âmbito de interpretações possíveis da lei, o Tribunal acaba invadindo a competência do Poder Legislativo.¹⁴⁸

As sentenças manipulativas em geral e as aditivas em particular somente parecem admissíveis quando criam ou produzem normas constitucionalmente exigidas, ou seja, quando a nova norma que deriva da sentença obedeça à necessidade de proteger algum bem ou valor constitucional e, ademais, não exista outra forma de fazê-lo do que em sentença: nesses casos, resulta indiferente que essa integração legislativa seja levada a cabo pelo juiz constitucional ou pelo legislador.¹⁴⁹

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade deve sempre partir do pressuposto de que a lei é constitucional (*in dubio pro legislatore*), não podendo, sob o argumento de que está controlando a compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição, tirar a validade de escolhas feitas legitimamente pelo legislador. Não pode o Tribunal Constitucional substituir o legislador em suas opções legítimas, somente podendo exercer a sua função de legislador negativo quando a norma

148 GÁSCON ABELLÁN, Marina, Los limites de la justicia constitucional, cit., p. 176-177.

149 Ibidem, p. 178-179.

impugnada manifestamente se mostrar incompatível com a Constituição.

Conclusão

A Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição aberta. É fruto da ideologia pós-positivista que pretende um sistema jurídico formado por princípios, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual predominam conceitos morais e de valor, bem como conceitos jurídicos indeterminados. O sistema sofre então o influxo de conceitos extrajurídicos, o que dá uma grande liberdade ao intérprete e ao aplicador do direito.

A hermenêutica tradicional do sistema positivista perde toda a utilidade num sistema constitucional aberto. Para solucionar os conflitos surgidos entre os princípios constitucionais, faz-se necessária uma nova hermenêutica constitucional.

A ponderação é a principal técnica interpretativa da nova hermenêutica constitucional. Por meio dela, escolhe-se, entre os princípios conflitantes, o que irá preponderar no caso concreto, sem que isso signifique que o princípio afastado em determinado caso não prevaleça em outro caso, mesmo que idêntico.

As técnicas da proporcionalidade e razoabilidade são essenciais para a ponderação constitucional de princípios. A razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade. Esta é mais ampla do que aquela. A proporcionalidade analisa a adequação, necessidade e os valores que estão sendo sopesados no caso concreto.

A abertura das normas constitucionais permite que o juiz tenha um grande poder. O princípio da separação dos poderes, entretanto, não admite que o juiz se transforme em agente que pode substituir a legítima escolha feita pela Administração e pelo legislador. Faz-se necessário harmonizar a importante missão confiada ao Judiciário de fazer valer os direitos fundamentais e se manter dentro de sua zona de atuação, sem invadir as esferas de competência do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário não pode substituir o administrador no mérito do ato administrativo. Entretanto, a técnica da proporcionalidade e da razoabilidade pode demonstrar claramente que no caso concreto, o ad-

ministrador não cumpriu o seu dever de buscar a melhor solução para o atendimento ao interesse público.

A atividade legislativa também pode sofrer o controle pelo Judiciário. No caso concreto, principalmente por meio do controle difuso de constitucionalidade, pode o juiz afastar a incidência de uma regra se ela não passar pelo juízo de ponderação no qual se apure que outro princípio diferente do concretizado pelo legislador por meio da lei deve prevalecer. Entretanto, esse expediente deve ser excepcional, visto que a lei é uma ponderação prévia e legítima feita pelo legislador que, em regra, deve prevalecer.

No controle de constitucionalidade concentrado, o Judiciário deve sempre ter em mente que prevalece o princípio do *in dubio pro legislatore*. Somente as leis manifestamente incompatíveis com a Constituição devem ser declaradas inconstitucionais. O Tribunal Constitucional não pode interferir nos rumos políticos da nação, sob o argumento de defender a Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, edição especial, p. 41-88, jan./dez. 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 399-419.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520-549.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

_____. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GÁSCON ABELLÁN, Marina. Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 165-192.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 255-270.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

LORA DEL TORO, Pablo de. Justicia constitucional y deferencia al legislador. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 345-370

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus "enemigos"*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Ediciones Beramar, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 305-334.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIETRO SANCHIS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 221-252.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 7, 1969.

_____. ESTUDOS de direito público: dissertações. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989. v. 1.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. (Tirant Monografías, 316).

REALE, Miguel. Abuso do poder de legislar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 7, n. 39/40, p. 73-82, jul./dez. 1976.

_____. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

