

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

FLAVIANO CORREIA CARDOSO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DE GOVERNO: A
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO LIMITADORA DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

ARACAJU

2012

FLAVIANO CORREIA CARDOSO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DE GOVERNO: A
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO LIMITADORA DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada a FANESE como
requisito para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

ORIENTADOR: PROF. MSC. VITOR
CONDORELLI DOS SANTOS.

ARACAJU

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Cardoso, Flaviano Correia

Controle de constitucionalidade dos atos de governo: a jurisdição constitucional na atuação limitadora da discricionariedade administrativa/ Flaviano Correia Correia. – 2012.

53f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, 2012.

Orientação: Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos

1. Direito constitucional 2. Jurisdição constitucional
3. Controle constitucional 4. Atos do governo I. Título

CDU 342(813.7)

FLAVIANO CORREIA CARDOSO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DE
GOVERNO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO
LIMITADORA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada à FANESE
como requisito para a obtenção de
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Vitor
Condorelli dos Santos

Data de aprovação ____/____/____

Orientador: Prof. Vitor Condorelli dos Santos

1°. Avaliador: Prof. Augusto Cezar Leite Rezende

2°. Avaliador: Prof. José Carlos Santos

RESUMO

Este trabalho parte do estudo da dogmática jurídico-constitucional, objetivando compreender o Instituto do Controle de Constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público, chamados de Atos de Governo. A hipótese norteadora da pesquisa é de que tais atos também estariam sob o controle de conformidade e, principalmente, sob o controle de constitucionalidade a ser desempenhado pela jurisdição constitucional suprema. O trabalho consiste numa pesquisa teórica, e a metodologia utilizada incluiu a pesquisa doutrinária e análise dos dispositivos presentes em textos legais, notadamente os da Constituição Federal e, na medida do necessário, dos constantes em texto infraconstitucional, bem como a fundamentação de alguns casos jurisprudenciais que contribuíram para aproximar da realidade, verificando maior ou menor correspondência prática da doutrina. O trabalho está organizado em seis capítulos, apresentados na introdução, e um capítulo com as considerações do pesquisador, sínteses provisórias. Espera-se, nos limites da proposta, reproduzir a compreensão existente sobre a matéria e estudar as tendências da aplicação material do controle de constitucionalidade e seu alcance no que se refere aos atos de governo, notadamente quando estes ultrapassem, mediante o uso de sua discricionariedade objetiva, os preceitos e princípios norteadores de toda a ordem jurídico-Constitucional. Consideramos que o entendimento dessa temática pode servir para o reequilíbrio das funções constitucionais atribuídas aos poderes. O que nos parece deveras evidente é que a realidade social, nas entranhas da reprodução social da vida, mostra uma realidade em muito díspare do que emerge dos princípios e garantias de nossa Carta Cidadã e, consideramos, a teoria pode contribuir para reverter a realidade, no sentido de instrumentalizar ações voltadas à efetivação dos princípios democráticos da Constituição brasileira.

Palavras-chave: Direito Constitucional - Jurisdição Constitucional - Controle de Constitucionalidade – Atos de Governo

ABSTRACT

This work in the study of dogmatic legal, constitutional, aiming to understand the Institute of Judicial Review of the acts originating from the Government, called Acts of Government. The guiding hypothesis of the research is that such acts would also be under the control and compliance, mainly under the control of constitutionality to be played by the supreme constitutional court. The work consists of theoretical research, and the research methodology included analysis of doctrinal and devices present in legal texts, especially those of the Federal Constitution and, as necessary, those set out in the text *infra*, including an explanation of some cases that jurisprudential contributed to approximate reality, checking more or less match practice doctrine. The paper is organized into six chapters, presented in the introduction, and a chapter with considerations of the researcher, provisional syntheses. It is expected that within the proposal, reproduce existing understanding on the subject and study trends in material application of judicial review and its scope with regard to acts of government, especially when these exceed, by using his discretion objective, guiding principles and precepts of all legal-constitutional. We believe that the understanding of this issue may serve to rebalance the powers conferred constitutional functions. What seems clear is that indeed the social reality, in the bowels of the social reproduction of life, the reality is much of what emerges from the disparate principles and guarantees of our Citizen Charter and consider the theory can help reverse the reality towards equipping actions for realization of democratic principles of the Brazilian Constitution.

Keywords: Constitutional Law - Constitutional Jurisdiction - Judicial Review - Government Acts

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	06
2- A Jurisdição e seu escopo garantidor da eficácia dos princípios e normas da Constituição.....	13
3- O Princípio da Soberania da Constituição como Legitimação da Expansão da Atuação Jurisdicional Constitucional	17
4- A jurisdição constitucional perante o Ato administrativo discricionário.....	25
5- A posição Atual do Controle de Constitucionalidade, no sistema constitucional brasileiro.....	33
6- Atos de governo, discricionariedade administrativa e a hipertrofia do Poder Executivo.....	38
7- O Controle de Constitucionalidade dos Atos de Governo.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte do estudo da dogmática jurídico-constitucional, objetivando desenvolver uma pesquisa voltada à compreensão do Instituto do Controle de Constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público, chamados de Atos de Governo¹.

Pretende-se a neste estudo aprofundar o entendimento, no âmbito da jurisdição constitucional, dos limites da atividade administrativa nos atos não vinculados à legislação. Tão grande é a discricionariedade de tais atos que os doutrinadores clássicos em Direito Administrativo os excluem da órbita dos Atos Administrativos, como aponta Melo².

A atividade da administração pública quando se trata dos chamados Atos de Governo goza, em seu desempenho funcional, de uma margem de liberdade *sui generis*, proveniente do exercício do chamado poder político. Esta órbita de atuação não vinculada à legislação se dá no âmbito do que a doutrina chama de Discricionariedade Administrativa.

A hipótese que se afigura como norteadora da pesquisa é de que tais atos de governo, em que pese ampla margem de liberdade que lhe é conferida pela doutrina, também estariam sob o controle de conformidade e, principalmente, sob o controle de constitucionalidade a ser desempenhado pela jurisdição constitucional suprema.

Ato contínuo, emerge a tarefa de compreender, sob o lúmen do princípio da supremacia da norma constitucional em sua função de pedra angular sob a qual se ergue a ordem soberana do Estado Democrático de Direito, qual o alcance da jurisdição constitucional sob tais atos.

1- “*Direito Administrativo*. Espécie de ato administrativo que advém do governo, no exercício do seu poder político, para garantir a ordem pública do Estado” in DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.317.

2- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores 13ª ed. 2001, p. 342.

Esse trabalho, em sede de monografia de conclusão de curso, não terá como escopo aprofundar o estudo sobre o desempenho prático do poder judiciário em sua atividade jurisdicional - o que, de saída, demandaria uma extensa pesquisa da jurisprudência dos juízos singulares, tribunais e da Corte Suprema, na esfera de controle de constitucionalidade dos atos administrativos.

O que se pretende nos limites desse trabalho é reproduzir a compreensão existente sobre a matéria e, com o entendimento dos conceitos e dos argumentos doutrinários tangentes tanto ao controle da administração pública quanto aos modernos preceitos da amadurecida dogmática constitucional, estudar as tendências da aplicação material do controle de constitucionalidade e seu alcance no que se refere aos atos de governo, notadamente quando estes ultrapassem, mediante o uso de sua discricção objetiva, os preceitos e princípios norteadores de toda a ordem jurídica, emanados em sede Constitucional.

Consideramos que o entendimento dessa temática passa por compreender como a jurisdição constitucional, como atribuição do Poder Judiciário, pode servir para o reequilíbrio das funções constitucionais atribuídas aos poderes. Já que é lúcido entender que o afastamento dos princípios soberanos prescritos na Carta Maior significaria um impulso de desarmonia, que ensejaria a atividade de tutela a ser desenvolvida pelo Judiciário em seu escopo protetor da democracia e do Estado Democrático de Direito.

A ordem constitucional brasileira tem um importante salto histórico com a Constituição de 1988. De todas as constituições existentes em nossa pátria a vigente Carta Magna é marcada pela maior participação popular, com deputados constituintes eleitos diretamente pelo povo e sugestões e emendas resultantes de milhões de assinaturas, como bem aponta Bonavides ³.

3- BONAVIDES, Paulo. **Do absolutismo ao Constitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5. Curitiba: Editora ABDConstitucional, 2004, p 479.

Desde então a nossa Carta busca consolidar a sua maioria no que tange à eficácia de seus princípios e dispositivos. É parte integrante desse esforço a atividade jurídica prática e as decorrentes das pesquisas científicas. Esse processo de maturação e aprofundamento decorre tanto de fatos sociais, quanto dos julgamentos desempenhados na atividade da jurisdição constitucional.

O que nos parece deveras evidente é que a realidade social, nas entranhas da reprodução social da vida, mostra uma realidade em muito díspare do que emerge dos princípios e garantias de nossa Carta Cidadã.

A justificativa de uma pesquisa sobre o controle de Constitucionalidade de Atos emanados pela Administração Pública eivados de natureza política, nos parece em primeira análise, caracterizada pela necessidade de adentrar em um importante espaço de exploração pois é da atividade administrativa que emana a aplicação do poder direto da população integrante da nação Brasileira, já que, como preceitua a Lei Maior já no parágrafo único de seu Artigo 1º, *in verbis*:

“ Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição”.

Tal dispositivo coroa a soberania popular como fonte emanadora do poder constituidor fundamental para toda a ordem jurídica estatal. A consequência contraditória e de clara observação se monta no fato de que a vontade popular, supostamente alocada na representação de seus eleitos, pode atuar de modo contrário aos seus interesses quando do livre exercício da administração pública em suas ações discricionárias, ou como é o nosso objeto de estudo, nos Atos de Governo. Essa constatação evidencia as limitações e fragilidades do atual sistema de controle de constitucionalidade no que tange à fiscalização dos atos políticos.

Entender a jurisdição constitucional como fonte limitadora destes atos está em consonância com a busca da máxima correção e precisão da atividade administrativa conforme descrito na própria Constituição quando discorre sobre a Administração Pública, que aponta: (artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988).

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Assim a Constituição expressa um ideal de nação, um norte que busca de aplicação e eficácia cada vez mais ampla. Como lembram com o brilho característico os juristas Paulo Bonavides e Paes de Andrade na Obra “História Constitucional do Brasil”⁴:

A Constituição como lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como objetivo último da vida em comum. Todos temos direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se *Constituição*. Ela é a resposta a exigência também de Montesquieu, há mais de dois séculos: ‘Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder freie o poder

Trata-se portanto do estudo de como o Poder Judiciário em uma de suas tarefas mais nobres que se empenha no Controle de Constitucionalidade - ou dito de outra forma no exercício da jurisdição constitucional de guarda direta do texto da Carta Fundamental - pode frear as ações ou omissões desconexas do texto constante em nossa Carta Política típicas dos Poderes Executivo e Legislativo no gozo de suas atribuições políticas e discricionárias.

Considerando as limitações deste trabalho, optou-se por desenvolver uma pesquisa teórica, e a metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária e análise dos dispositivos presentes em textos legais, notadamente os da

4 BONAVIDES, Paulo. **Do absolutismo ao Constitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5. Curitiba: Editora ABDConstitucional, 2004, p 487.

Constituição Federal e na medida do necessário dos constantes em texto infraconstitucional. Consideramos ainda a fundamentação constante em alguns casos jurisprudenciais que contribuíram para dar vida e aproximar da realidade à maior ou menor correspondência prática da doutrina que serviu de amparo ao nosso modesto trabalho.

Para desenvolver tal pesquisa, organizamos o trabalho em seis capítulos teóricos, e um capítulo no qual apresentamos as considerações do pesquisador, que constituem-se como sínteses provisórias produzidas a partir deste trabalho.

O capítulo inicial da pesquisa buscou compreender e analisar o alcance da jurisdição em sua atividade funcional em busca da aplicabilidade dos princípios e normas assentados na Lei Fundamental.

Tomando como base esta questão, o segundo capítulo parte do significado do Princípio da Supremacia da Norma Constitucional para, com base na doutrina do Direito substantivo constitucional, ressaltar que a consequência direta de tal princípio seria a legitimação do Poder Judiciário em sua tarefa constitucional de garantir a plena normatização e decorrente eficácia do conteúdo previsto na Carta Política, e que tal tarefa deve ser constituída de modo mais sólido com a expansão do campo de atuação deste Poder, no sentido de fiscalizar e exercer controle, à luz do texto constitucional, das tarefas dos demais Poderes Constituídos.

Adentrando no significado conceitual dos atos discricionários, trazemos a baila, no terceiro capítulo, o entendimento fático de seu conteúdo, os limites para a compreensão do que dele se depreende e como a sua existência conceitual se relacionaria com a atividade jurisdicional, ou seja, até que nível essa margem de liberdade legal estaria imune às decisões do Poder Judiciário, sobre o seu teor material e, também, sua conformidade constitucional.

Julgamos importante em seguida, compreender qual a posição atual dos procedimentos de controle de constitucionalidade existentes em nossa Constituição Cidadã. Esse é o objeto do capítulo quatro. Nele, buscou-se realizar uma rápida exposição dos principais instrumentos de controle

existentes a partir da edição de nossa Constituição, enfatizando a ainda insuficiente eficácia de parte dos instrumentos controladores quanto à chamada conduta omissiva dos poderes.

Feito isso, nos dirigimos especificamente, no quinto capítulo, ao entendimento do chamado Ato de Governo, bem como o alcance de sua característica discricionária. Analisamos como estes atributos findam por constituir uma condição desigual para o Poder Executivo, que qualificamos para fins didáticos de hipertrofia.

Esse diagnóstico foi construído sempre com o objetivo de compreender quais saídas o ordenamento jurídico pátrio teria à sua disposição para reverter as distorções evidenciadas sempre que caracterizado o desvio de finalidade do Poder Público em relação aos mandamentos constitucionais.

Só então, ingressamos na matéria do Controle de Constitucionalidade dos Atos de Governo. Esse é o momento do trabalho onde buscamos dar o máximo de concretude e embasamento à tese que nos animou que sustente a possibilidade real do exercício deste controle, sem que dela decorra uma desproporcional invasão da competência do executivo. Em outras palavras, buscamos sustentar que a investida do Judiciário em sede de tal controle seria desenvolvida no estreito desenvolvimento de suas atribuições legais, mesmo que para tal fim tivesse que ultrapassar a muralha formal e burocrática da separação dos poderes, para garantir que este princípio e tantos outros se fartassem da segurança, aplicabilidade e fidelidade em relação aos soberanos ditamos de nossa Carta Política.

Finalizando a empreitada, o estudo apresenta nas Considerações Finais do autor, nas quais são retomados o objetivo da pesquisa, as contribuições dos teóricos pesquisados, e as conclusões parciais a partir do estudo.

Por fim, é imperativo registrar que para garantir a concretude da interpretação da doutrina analisada, foram essenciais as discussões realizadas em sala de aula e os debates desenvolvidos em decorrência dos espaços criados pelo movimento estudantil em cinco universidades distintas, nas quais

o aluno que ora patrocina este estudo teve a oportunidade de ingressar. Esses estudos ganharam vida e desenvoltura com a participação de inominados colaboradores que se interessaram e contribuíram para com o tema e suas certas e instigantes armadilhas, dificuldades e polêmicas.

Fica de nossa parte registrado, o imenso orgulho de ter, mesmo que por um curto espaço de tempo participado do quadro discente desta instituição, que me abraçou de modo tão cativante e solidário.

Acreditamos que esta incipiente pesquisa poderá servir para fomentar nos que um dia sobre ela se debruçarem, a vontade de utilizar o aprendizado acadêmico como ferramenta capaz de interferir na ordem das coisas para melhor compreendê-las e conseqüentemente transforma-las. Afinal, de nada serviria a ciência se não para o escopo fundamental de melhor entender o mundo que nos cerca para então criar as condições e reflexões necessárias a sua transformação, sempre para melhor no sentido da mais efetiva e permanente evolução humana. As ciências jurídicas, e marcadamente o Direito Constitucional e Administrativo, certamente constituem ramos do saber capazes, em grande parte, de servir de mais um instrumento a essa monumental tarefa.

2. A JURISDIÇÃO E SEU ESCOPO GARANTIDOR DA EFICACIA DOS PRINCÍPIOS E NORMAS DA CONSTITUIÇÃO

Conforme apontado na apresentação deste trabalho, a temática central sob a qual o debate ocorrerá é a do controle do poder do Estado, com vistas a adequá-lo aos ditames constitucionais. Esta questão permeia o debate jurídico, e é bastante polêmica. Foi historicamente tratada de diferentes formas, e toma maior importância com o advento do Estado Democrático de Direito e a transição de um modelo liberal de Constituição para um modelo social, que prima não só pela garantia da liberdade ampla e irrestrita mas, também, pela garantia de direitos e princípios fundamentais ao conjunto da sociedade, o que possibilita tornar os direitos efetivamente democráticos.

A questão central que emerge na teoria liberal, a partir do advento das Revoluções que inauguram o Estado Moderno, consiste em discutir como limitar e controlar o poder. O entendimento da centralidade desta questão ganhou força depois que a célebre construção do Barão de Montesquieu⁵ sobre as forças tentadoras e incontroláveis que se impõem sobre os homens quando se deparam com o poder sem limites, em passagem inspirada afirmou:

a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtualidade necessita de limites. Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma Constituição pode ser de tal modo que ninguém será constringido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite.

Tal disposição encontra amparo em sucessivos episódios despóticos existentes ao longo da história moderna, após o advento da chamada

5-MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das Leis**. 2 ed. Brasília: UnB, 1995,p 118.

Revolução Democrática Burguesa de 1789 na França, que consagra o marco existentes ao longo da história moderna, após o advento da chamada Revolução Democrática Burguesa de 1789 na França, que consagra o marco inicial dos princípios edificantes do Estado Democrático de Direito.

É a partir desta compreensão social que temos os paradigmas que puseram fim ao absolutismo e constituíram os elementos de uma ordem social pautada na liberdade, igualdade e fraternidade. Tudo isso através de um Estado que assumia a missão de assegurar aos cidadãos, que constituem sua fonte maior de poder (artigo 1º. da CF 1988) , as condições para uma existência livre e pacífica, pautada na segurança das leis e lastreada na soberania dos interesses populares, sejam eles exercidos diretamente ou indiretamente.

No entanto, ao analisar tais paradigmas e compararmos à nossa realidade, percebemos ainda estamos distantes de um Estado democrático de Direito que impeça que os poderes executivo e legislativo se afastem dos interesses soberanos do povo que em si seriam a razão maior de sua existência.

Ao buscar saídas para essa distorção, buscamos amparo nos ditames da ordem constitucional, que sem dúvidas, tematiza e dá força aos interesses sociais coletivos, ao conceber, seja por princípios expressos ou pela condição hierárquica a primazia dos interesses sociais democráticos sobre os individuais de natureza despótica.

Isso se embasa na constatação de que a ordem jurídica estabelecida pela constituição de 1988 representa o cume de uma longa transição que deixa para trás o regime absolutista e inaugura como característica da ascensão do Estado Moderno a uma ordem constitucional democrática. Tal como reflete Paulo Bonavides em seu artigo publicado na revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, publicada em 2004, sob o título “Do absolutismo ao constitucionalismo”:

Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado Absoluto em Estado constitucional; o poder já não é das pessoas, mas das leis. São as leis e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições⁶.

Estamos na era em que o Poder Judiciário recebe o status de Poder Autônomo e Independente tendo como função garantir a ordem do Estado Democrático de Direito. É nesse diapasão que constatamos que garantia dos mandamentos constitucionais consiste em atividade jurídica concreta e passa a ultrapassar de modo evidente a condição de horizonte abstrato para alcançar o status qualificado no papel Jurisdicional.

A Constituição passa a assumir um grau de importância prática não só por ser a principal Lei em hierarquia mas por ser condensadora e asseguradora de amplos direitos sociais e individuais sendo o berço que salvaguarda os princípios responsáveis pela estruturação do esqueleto normativo de nossa ordem democrática. A jurisdição constitucional passa a ser o instrumento de garantia objetiva desse novo momento da história do nosso ordenamento jurídico.

Ora, tanto assim o é que tem prevalecido o entendimento de que a aplicabilidade das normas constitucionais, em sede de controle de constitucionalidade, dia após dia dá passos largos no sentido da atuação limitadora da discricionariedade administrativa, esse movimento é marcante nos tempos atuais chegando a ser reconhecido com o status de *ativismo judicial*.

6 -BONAVIDES, Paulo. **Do absolutismo ao Constitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5. Curitiba: Editora ABDCConstitucional, 2004, p. 565.

Nos dizeres de Emerson Garcia:

O processo constitucional deve ser concebido como instrumento de execução da Constituição, de defesa do direito constitucional e de garantia da coerência do ordenamento jurídico em relação a ela: com a jurisdição constitucional , *'a Constituição se juridifica e judicializa'*⁷.

Desse modo a jurisdição constitucional passa a ser veículo de defesa do direito constitucional, atuando como instrumento garantidor da coerência entre o ordenamento jurídico infraconstitucional e a norma fundamental.

7- GARCIA, Emerson. **Jurisdição constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade**. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008 p. 187-217.

3. O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DA CONSTITUIÇÃO COMO LEGITIMAÇÃO DA EXPANSÃO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL

Apresentada a jurisdição constitucional em seu potencial papel de efetivação dos preceitos legais consagrados na Constituição, como decorrência da própria evolução histórica do Estado de Direito e, especialmente, dos instrumentos jurídicos desenvolvidos para o Controle de Constitucionalidade, cabe neste capítulo analisar, de forma sucinta, qual o atual estado dos institutos controladores das atividades do legislativo e executivo, após um longo período de evolução e inúmeras Cartas Políticas.

Muito embora a posição da jurisdição constitucional esteja mormente consolidada no que tange ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a atividade jurisdicional ainda evoca muita polêmica quando se trata da atividade limitadora que a jurisdição pode exercer sobre o ato administrativo.

É bastante presente neste debate o pressuposto principiológico de que tal expansão da atividade jurisdicional afetaria a separação dos poderes, permitindo ao Judiciário adentrar na esfera do executivo e do legislativo, assumindo papel político exógeno às suas funções.

Essa questão é fonte perene de controvérsia, e nesse sentido se posicionou Paulo Bonavides ⁸ em sua clássica obra, Curso de Direito Constitucional:

O controle jurisdicional exclui de apreciação assuntos pertencentes àquela esfera marcadamente política, na qual entra a lei em tese, objeto da chamada via de ação. Possui esta uma natureza tão política, conforme já patenteamos, que sua admissão num sistema de controle suscita graves objeções até mesmo ao caráter jurisdicional que possa atribuir àqueles órgãos incumbidos de exercitar tal controle⁸.

8- BONAVIDES, Paulo. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª.ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2001, p 287.

A patente de tal pensamento atinente à limitação do que seria uma atividade política do judiciário é atribuída pelo autor ao memorável Rui Barbosa por meio da citação:

se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade principal, em vez de incidentalmente, tratar o exame do ato institucional como meio revogatório de lei ou de decreto, que se censura, a questão, ainda, que de sua índole o não fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política: porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros⁹. (BARBOSA, 1987, p. 99 *IN* BONAVIDES, 2001, p. 291).

Se esta preocupação é legítima, também nos parecem legítimos os argumentos de que a atividade discricionária dos poderes legislativo e executivo podem se postar ao longe do *mandamus popular* por meio do qual o poder que os constitui, por democracia participativa, lhes foi conferido. Adentrando a esfera de lesão a direitos assegurados na Carta Cidadã.

Mesmo reconhecendo a instabilidade trazida pela intervenção do judiciário na esfera do Poder Político, Rui Barbosa entende que em caso de lesão aos direitos individuais, tal intervenção estaria legitimada. A questão política não estaria pois isenta de apreciação judicial se, por ventura, ocasionando demandas ou contestações oriundas da aplicação da lei, importasse lesão a direitos individuais.

[...] 'Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, negando ou lesando um direito nela consagrado¹⁰.

9- BARBOSA, Rui. **Trabalhos Jurídicos**, in Obras Completas de Rui Barbosa, vol. II, tomo II, Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1987, p 99.

10- op. Cit. pag. 178.

Eventos constatados pela imprensa nos chamados escândalos de corrupção que há décadas sujam a imagem de nossa ordem democrática e são exemplos fáticos de que os princípios constitutivos da ordem democrática pátria podem estar submissos a interesses pessoais ou econômicos galgados no ímpeto de obtenção de status público ou prestígio pessoal que expressam em ampla medida um distanciamento das ações políticas dos princípios e normas assentadas no sistema constitucional. Sobre tal constatação, Palu (2001, p. 272) escreve em sua obra “Controle dos atos de Governo Pela Jurisdição” que:

Mais e mais, hoje, se percebe que a tomada da decisão política advém da lógica do interesse pessoal. Atuam os membros dos partidos no intuito de obter renda, prestígio e poder que resultam do fato de estar no cargo. Sendo assim, dito de outro modo, nunca buscam o poder como meio de executar políticas específicas; seu único objetivo é colher as recompensas de ocupar um cargo público¹¹.

Não pretendemos generalizar as condutas públicas distorcidas ao patamar de verdade absoluta, o que seria demasiado injusto com o exercício do digno ofício político assegurado e inerente a nossa ordem democrática. E é justamente em defesa desse valor e atribuição pública e diante da ausência de instrumentos de controle dos governados, conforme aponta Przeworski, resgatado por Palu (2004, p. 273):

uma marcante característica das instituições democráticas é que os políticos não estão legalmente compelidos a obedecer e a seguir as suas plataformas de campanha e os eleitores não dispõem de mecanismos institucionais para forçá-los a manter suas promessas¹² (PRZEWORSKI, S/A, P. 339 *in* PALU, 2004, p. 273)

11- PALU, Oswaldo Luiz Palu. **Controle dos atos de Governo Pela Jurisdição**. 2001, p 273.

12- PALU, Oswaldo Luiz Palu. op. Cit, pag 273.

A falta de instrumentos capazes de revogar a atribuição de poderes desenvolvida pela democracia representativa gera a demanda de que a jurisdição constitucional atue ativamente na imposição de limites à atuação discricionária dos poderes, sempre que se evidenciar que a mesma se afasta dos princípios que orientam o Estado Democrático de Direito e subvertem os valores e direitos resguardados na Carta Maior.

Se reconhecermos a possibilidade de existirem distorções quanto a pressupostos normativos expressos na Carta Cidadã, nos cabe compreender quais atos, dentre os doutrinariamente reconhecidos como Atos Administrativos, por sua característica, se situam na esfera de maior distanciamento da tutela judicial.

É por essa razão que não se pretende nesse trabalho tratar dos atos administrativos vinculados, que segundo Melo¹³ são os atos praticados pela administração “sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta”.

Assim, cabe-nos adentrar nos chamados atos discricionários, e dentre esses, naqueles que por definição, não carecem de qualquer motivação concreta, estando tão somente submetidos ao que se convencionou chamar de juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que são os atos políticos, os quais na esfera de ação do executivo assumem, sob determinadas circunstâncias, a condição de Atos de Governo. Estes segundo a definição doutrinária de Melo¹⁴ são os “praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política[...]”.

A questão que dá sentido a esta pesquisa é a de buscar compreender se o ato político, ou de governo, por suas características de ser marcado pela

13- MELO, Celso Antônio, op cit, pag. 339.

14- MELO, Celso Antônio, op cit, pag. 342.

mais ampla discricionariedade presente em nosso ordenamento, estaria livre de uma atuação limitadora originada do exercício legítimo do poder judiciário em seu papel de guardião do ordenamento pátrio e, especificamente, por meio da jurisdição que conforme apregoa nossa Carta Magna está assegurada a todo e qualquer cidadão pela via legítima do direito de ação (art. 5, inciso XXXV), sempre que entender lesado direito, em decorrência de tal atuação.

O princípio da supremacia da Constituição se dá de modo consentâneo à conformação do Estado Liberal. A evolução histórica e as revoluções de caráter liberal impulsionaram o sentimento de rejeição aos paradigmas absolutistas, onde a vontade do Rei era determinante, e aos súditos cabia apenas reconhecer-las e a elas se submeter. Assim não havia qualquer parâmetro de segurança jurídica aos que estavam sob a égide do poder divino, que em um determinado território estava representado na figura do monarca.

Com o declínio desse sistema político, a classe ascendente buscou a conformação de um aparato político que garantisse um terreno de segurança para o livre desenvolvimento de seus interesses. A burguesia com classe então dominante buscou estabelecer um Estado propício ao desenvolvimento livre dos homens e dos cidadãos, na contramão dos princípios do Estado absolutista, que a alijaram do poder em um regime político estanque, no que se referia às classes sociais. Tratava-se de buscar, o que até então era inédito na sociedade: a emancipação política dos Homens.

Para que esse intuito fosse consolidado, seria necessária a constituição de um arcabouço normativo fundamental. A norma fundamental, de onde todas deveriam surgir, seria a Constituição, a Carta Base de uma sociedade, constituída pelo chamado Poder Constituinte Originário, marco inicial de uma nova ordem social, política e jurídica. Um poder inaugural, que nos ensinamentos de NEGRI, em sua obra “O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade”, seria:

a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam o os poderes do Estado. Em outros termos, é o poder de instaurar um outro ordenamento jurídico e, com isso, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade¹⁵.

Esta norma fundamental, que instaura outro ordenamento jurídico, constitui-se em nosso sistema, como geralmente ocorre, de modo escrito, rígido e formal. É de tal condição de rigidez que se assenta a supremacia de nossa Carta Fundamental e dela a noção imanente de que todas as demais normas devem ser consigo compatíveis verticalmente, e assim como estas as decisões e atos de todos os entes vinculados à estrutura pública que a norma fundamental instaura.

Tão forte é o poder da Constituição em nosso sistema que a mesma adquire o status de 'norma de referência' não se restringindo, para fins de sua aplicabilidade e do controle dela emanado, aos parâmetros do que nela está escrito expressamente. Consideram-se, com força normativa, os princípios que nela estão implícitos e os que nela são aditados em forma de emenda. São considerados inclusive, as normas tratantes de aspectos do chamado período de transição entre a formulação e a aplicação da Carta, é o caso do que se encontra prescrito a título de ADCT.

Nossa Carta possui ainda, o poder de conferir a tratados e convenções internacionais de direitos humanos, desde que aprovados por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, o status normativo e de imperativo legal.

Como se tudo isso não bastasse pode a nossa Carta estabelecer quais os dispositivos nela inseridos que não podem ser objeto de alteração, sendo inquebrantáveis dentro da ordem social que dela emerge e se consolida.

15- NEGRI, Antônio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A editor, 2002, p. 08.

A supremacia da Constituição possui status de princípio e da sua rigidez significa, conforme os ensinamentos clássicos do famigerado Constitucionalista, José Afonso da Silva em sua obra Curso de Direito Constitucional, que

a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais, são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos¹⁶

Emerge de tal condição central que possui a nossa Norma Fundamental, a concepção de que o nosso ordenamento jurídico é na verdade um sistema Constitucional, onde todas as demais leis e atos que integram a nossa ordem jurídico-social estão sujeitos ao seu controle e correção.

Ora, se a nossa Carta Magna possui de modo indiscutível tal status, é dever e direito de todos assegurar que os princípios de direito material dela emanados se tornem presentes em todos os segmentos de nossa ordem pública, pois o Judiciário, na condição de poder autônomo e independente, estaria legitimado a exercer tal controle no seu exercício hermenêutico de operação de tamanho instrumento fundamental.

Em outras palavras, não obstante o exercício dos poderes executivo e legislativo estarem obrigados a operar conforme preceitua a Constituição, é pelo Judiciário que tal arcabouço normativo fundamental, pedra angular em que se assenta a soberania e o poder popular, adquire vida imperativa.

Cabe ao Poder Judiciário assegurar que o afastamento da conduta pública em relação aos ditames Constitucionais, possa sofrer a intervenção corretiva, sob a ordem ativa e vociferante dos princípios e direitos expressos na Carta Política Fundamental.

16- SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Mallheiros Editores, 2001.

Aos cidadãos mais desprovidos de condição material, e que, contraditoriamente, compõem a maioria objetiva da parcela de poder na qual se assenta a Constituição, não resta outra alternativa dentro dos preceitos da ordem estabelecida, que não a expectativa de que o Judiciário se empossa de sua legitimidade Constitucional e atue para garantir dos princípios dela inerentes.

4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PERANTE O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Considerando os argumentos até aqui desenvolvidos, torna-se importante resgatar o conceito de ato administrativo discricionário, com o intuito de entender como a jurisdição constitucional teria vigor para adentrar, sempre que por impositivo constitucional, na margem de liberdade conferida ao poder político.

Num esforço para conceituar esta modalidade de ato administrativo, Melo compreende que o mesmo constitui-se em

declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou da Constituição, aí der modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹⁷.

Ao contrário dos atos administrativos vinculados, os discricionários seriam:

aqueles que a administração pratica com certa margem de liberdade, de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesmo, ainda que adstrita a lei reguladora da expedição deles¹⁸.

Estes, no entanto, por força de regra constitucional prevista em seu artigo 37 caput, já abordado, deve estar subordinado aos princípios que regulamentam a conduta finalística dos atos administrativos em sua totalidade, envolvendo portanto o ato discricionário e a sua máxima expressão que é o ato governativo ou político.

17- MELO, Celso Antônio, op cit, pag. 343.

18- MELO, Celso Antônio, op cit, pag. 383.

Assim se não há se falar em plena discricionariedade, não só por força do que se depreende da conduta constitucionalmente aceita para a atividade administrativa, mas também pelo dispostos nos princípios e normas, sediadas na constituição, que devem ser perseguidas por todo administrador público.

É no tocante aos princípios que a atividade jurisdicional possui maior intervenção perante tais atos, pois, de outro modo, estes teria findariam por constituir situação diversa da ordem democrática de direito, em um Estado de índole arbitrária.

Mesmo quando em situações, circunscritas pelo chamado conceito jurídico indeterminado, o administrador se postar em circunstâncias de maior liberdade interpretativa, deve buscar desenvolver essa interpretação, motivando-se pelo interesse público, já que nesses casos, o legislador buscou deixar propositadamente tal lacuna para que o interprete possa adequar a situação prevista em Lei às condições concretas onde as mesmas serão aplicadas é o que argumenta Eduardo Appio:

Os “conceitos jurídicos indeterminados” são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o interprete pode adequar a legislação às condições socioeconômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei¹⁹

Não se trata de uma interpretação administrativa da Lei, com o censurável intuito de enquadrá-la aos interesses oportunos do administrador. Mas de entender numa análise dos fins para os quais foi editada qual seria a intensão do legislador a ser concretizada na aplicação fática da norma pelo executivo.

Assim, mesmo gozando de tal margem de liberdade, os atos

19- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 1ª ed. 2005, 7ª reimpressão, 2011, p 123.

administrativos discricionários devem ser balizados no sentido de atender ao interesse público, ou seja, não cabe na presente era sócio-histórica do Estado Democrático de Direito o entendimento da existência de uma vontade livre e ilimitada do administrador, mas sim a compreensão de “margem de liberdade”, de onde se presume limites, definidos em conformidade teleológica com a intenção do legislador, as circunstâncias e o interesse público atinente à sua prática aplicação, o que deve se desenvolver sempre consoante a princípios atinentes à Administração pública.

É nesse diapasão que em voto proferido na ADIN 1923/DF que pretende a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9637/98(chamada Lei das Organizações Sociais), e outros da Lei 8666/93 alterados por força da Lei 9648/98, o Ministro Luiz Fux sustenta:

Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via, informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional. No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais (Tópico 37, página 23)²⁰

20- ADIN 1923 /DF. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Julgamento em: 31/07/2007, publicado no DJ de 01-08-2007 p. 23. Acessado em 05/11/2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf

Tal concepção amplia o seu sentido se construirmos o raciocínio de que, no Estado Democrático de Direito, como parte de uma ordem jurídica socialmente configurada por uma Constituição emanada do povo, não há, para os representantes eleitos, ou ingressos em cargo público pela via de concurso ou nomeação administrativa, qualquer situação plenamente livre de controle, haja vista que na ordem pública, a titularidade do poder é do povo que constitui, pela via direta ou indireta, entre os seus, os que irão representá-los perante a Nação que constituem, é daí que se infere a soberania popular como “qualidade máxima do poder, extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal, encarregado de escolher os seus representantes no governo por meio do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário.”²¹ (LENZA 2009, Pag. 726).

É nesse sentido que na mesma linha de pensamento recentemente emanada pela corte no voto citado, já refletia Celso Antônio Bandeira de Melo que:

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites que a Lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.

Sendo o ato discricionário portanto carente de liberdade ilimitada, ou seja, se constituindo, de outro modo em juízo de discricionabilidade, adentramos, inevitavelmente na esfera de análise acerca do modo em que a ordem estabelecida no Estado de Direito constituiu para evitar tais atos ultrapassem essa condição e adentrem em interesses inerentes a esfera privada.

21- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 ed. Versão Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p 726.

22- Melo, Celso Antônio Bandeira de, op cit, pag 385.

Quem realizaria tal controle? De que modo os interesses individuais seriam assegurados diante dos atos emanados de administradores públicos, no exercício de seu *mandamos* seria controlado e conferido para analisar a ocorrência de abuso, ou mesmo de falta de razoabilidade e proporcionalidade em suas decisões?

A ausência de controle do Estado abre um campo permissivo ilegítimo para que atos, emanados dentro de tais limites, permitissem ao administrador optar, por exemplo, pela decisão de investimentos em eventos e obras que beneficiem interesses secundários ao interesse público, marcadamente com o objetivo de trazer benefícios econômicos a setores determinados vigorasse sem qualquer controle, mesmo que em claro prejuízo de necessários investimentos em equipamentos públicos ou na melhoria da qualidade dos já existentes.

Tais decisões, pela ordem atual, gozariam - por falta de vinculação legal - de demasiada margem de discricionariedade, estando em tese, livre do controle repressivo do judiciário. No entanto, é crescente o questionamento acerca do mérito destas decisões e a sua necessária adequação às prioridades definidas conforme a supremacia do interesse público.

Entender, no exemplo citado, que a alocação de recursos desvinculados quando da realização de políticas públicas, estaria livre de qualquer juízo de prioridade seria o mesmo que legitimar a inércia do poder público, ao arrepio da Constituição, diante de problemas sociais evidentes que causam sofrimento e lesões a direitos fundamentais não assegurados em virtude de tal faculdade gratuitamente concedida ao poder público, o que restaria numa clara distorção da necessária harmonia entre o poder constituído por nossa Carta Política e as ações dos sujeitos nele investidos.

A questão, no entanto, suscita um acalorado debate no campo do Direito Constitucional, e tem como principal óbice à necessidade de manutenção dos ditames relativos ao princípio da separação dos poderes.

Essa temática é enfrentada pelo Doutor em Direito Constitucional pela UFSC, Eduardo Appio, em sua obra “Controle de Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, sustentando que o atual cenário de exclusão social e manutenção de indicadores sociais negativos no Brasil abre espaço para a busca da plena normatividade da Constituição, é nesse sentido sustenta:

Muito embora o princípio da separação dos poderes seja um dos pilares do constitucionalismo, o espaço destinado ao poder Judiciário, no Brasil, foi ampliado, não por conta de demandas concretas, de natureza social, que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado. A plena normatividade da Constituição Federal não é um desejo coletivo. Muito pelo contrário: a maior parte da população brasileira, diante das precárias condições de vida impostas pela expansão do processo de exclusão social, sequer tem conhecimento dos direitos previstos na Constituição e da importância da respectiva normatividade. [...] O Exercício destes direitos sociais demanda prestações de natureza normativa e material, do que resulta a intervenção direta dos juízes em áreas até então exclusivas dos demais poderes, com grande repercussão na lei orçamentária anual²³. (APPIO, 2011, p. 22- 23).

Trata-se, como doravante vem sustentar o autor da implementação, de uma *visão constitucional da democracia*. Um raciocínio deveras instigante, pois se é fato que a baixa participação popular na definição dos rumos do país enfraquece a democracia, também é evidente que grande parte da população não se encontra em condições materiais de compreender os seus direitos e muito menos os instrumentos que possibilitariam a sua busca e efetividade.

Tal fragilização da democracia, como sustenta o autor, está intimamente afinada a extrema carência de condições básicas, que por sua vez, dependem de decisões políticas em uma escala comprometida com a ampliação de políticas públicas e dos serviços públicos fundamentais. Ao contrário, o que observamos é que boa parte das decisões em âmbito

23- Appio Eduardo, op cit, p 22-23.

legislativo e executivo privilegiam interesses dos grupos de poder que se destacam na sociedade. É nesse sentido que em feliz fundamentação, Appio (2005, p.36) compilando fragmento do importante teórico sobre os limites da atividade judicial Ronald Dworkin, atesta:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere[...]. (DWORKIN, 2000, p. 27 *in* APPIO, 2011, p. 36)

Para reparar essa desproporção e uma busca pela igualdade substancial, já é cristalizado o entendimento que o poder judiciário deve perseguir em seu múnus público a chamada igualdade substancial, que nada mais é do que tratar os desiguais desigualmente, ou seja, considerá-los de acordo com suas condições desiguais.

Isso se faz necessário pela constatação de que embora os indivíduos sejam iguais perante a Lei, existem condições materiais aos quais os mesmos estão submetidos que são socialmente diferentes.

Assim as necessidades de quem nada tem ou possui são maiores do que as de quem nasceu herdando um conjunto de bens e valores que lhe permite gozar de uma gama de direitos muito maior, até pelo nível de consciência social que possuem, ou tiveram condições de possuir.

Estes cidadãos carecem das ações do poder público em maior densidade, sendo-lhe altamente prejudicial as condutas do Poder constituído, quando se postam de modo indiferente ou atuam sem o intento de lhes conferir o acesso aos Direitos fundamentais que possuem por força da Constituição Cidadã.

A atuação positiva do judiciário perante a discricionariedade do executivo e do legislativo seria portanto um instrumento a serviço da realização da democracia constitucional, em outras palavras, uma atuação necessária para assegurar a aplicação jurídica de princípios constitucionais, sempre que constatado que as decisões tomadas na margem de discricção concedida legalmente, firam interesses dos indivíduos assegurados na Constituição.

Trata-se de compreender que é na dinâmica objetiva dos acontecimentos vivos que compõem a produção e reprodução da vida social que se dá a aplicabilidade dos preceitos de uma determinada ordem social. Os princípios e direitos assegurados como marco de segurança e estabilidade social só possuem algum sentido quando migram da condição de monumentos estáticos em plano ideal para a condição prático-jurídica de efetividade e aplicabilidade material.

É nesse patamar que entendemos se encontrar a atual condição de nosso sistema constitucional, e é para esse escopo fundamental que está assegurada, após longo processo evolutivo, a independência e autonomia funcional e material do Poder Judiciário. Este, nos tempos atuais, possui indubitável função de controle constitucional das demais funções e normas de nosso ordenamento, sem distinção ou limites, desde que em base e obediência a mais estreita interpretação Constitucional.

5. A POSIÇÃO ATUAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Do princípio da supremacia da Constituição se infere que todas as normas e atos jurídicos, em especial as emanadas do Direito público, estejam adequadas aos princípios e preceitos Constitucionais.

Em um país marcado por fortes origens coloniais, que alocavam uma estrutura de poder simétrica a de nossos colonizadores e de matiz absolutista, o Direito brasileiro engatinhou por longos anos e muitas Constituições para se desprender da estrutura de poder emanada da realeza e de seus representantes, para uma estrutura republicana que inaugurasse os paradigmas republicanos de um Estado Democrático de Direito.

Por certo que a ideia de Controle de Constitucionalidade, por um órgão autônomo e independente, não se impõe na prática na mesma época do surgimento do Poder Judiciário. Este Poder foi o último a se consolidar, estando, durante grande parte de sua existência, submetido, ora ao Poder Legislativo, por força do chamado *dogma da soberania do parlamento*, ora ao poder central que por muito tempo possuiu a função de império sob os demais.

Por certo, foi apenas com a Carta Política de 1946, que tivemos flexibilizada a hipertrofia do Poder Executivo para que, com a Emenda Constitucional n. 16, surgisse em nosso ordenamento a Chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

Mas é certo que apenas pela via da Constituição de 1988, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte convocada nos termos da Emenda Constitucional nº. 26/1985, foi que tivemos as principais mudanças acerca do exercício do Controle de Constitucionalidade. Com o advento da Carta Cidadã de 1988 tivemos pela primeira vez a ampliação dos atores sociais capazes de ingressar com a chamada representação de inconstitucionalidade, que antes era monopólio do Procurador Geral da República. Agora as mesas do legislativo Federal e Estadual, além do Executivo do Distrito Federal e dos

Estados se somariam ao Procurador Geral da República nessa atribuição. E a grande novidade: por fruto do novo clima emanado da redemocratização, pela primeira vez na história de nossa ordem jurídica, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e Confederações e Entidades de Classe de âmbito nacional passariam a ser partes legítimas para a propositura de ADIN (art. 103 da CF/1988).

Além disso, diante da preocupação construída pela observância da inércia legislativa na regulamentação de direitos assegurados, adveio ao nosso ordenamento a figura do Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, um passo fundamental capaz de tornar exigível conduta do poder responsável pela edição de lei ou ato normativo, tanto do modo abstrato pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º), quanto de modo incidental, em casos concretos, pelo chamado Mandato de Injunção (art. 5º, inc LXXI).

Nesse aspecto do controle os legisladores deveriam, em face da omissão constatada em julgamento, vir a se posicionar atuando no sentido de suprir a carência ora evidenciada, o que, neste caso, seria feito com a edição da norma que fora constatada omissa. No entanto o entendimento imperante em nossa Suprema Corte expressa que o Legislador não pode ser constrangido a legislar nem o Supremo à suprir a inadimplência legislativa pelo provimento de ato positivo. Nestes termos merece evidência o recorte de parte da decisão da Corte em ADIn por Omissão 1484-DF que teve como relator o Min. Celso de Melo:

O Supremo Tribunal, em sede de controle de Constitucionalidade abstrato, ao declarar situação de inconstitucionalidade por omissão, não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo de norma reclamada pela Constituição mas não editada – ou editada de maneira incompleta – pelo Poder Público. (Informativo STF)²⁵

25- ADIN por Omissão 1484 DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/08/2001, Data de Publicação: DJ 28/08/2001 P - 00030). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>

Neste caso o Supremo restringiu-se a censurar o Poder Público por situação reconhecida como 'mora constitucional'. Não obstante, a caracterização da situação em que se encontra o Poder Público nesta decisão é precisa, muito embora os seus efeitos não possam acompanhar o diagnóstico por ela proferido, ei-lo em termos literais:

A omissão do Estado que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição escrita. O Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e sambem impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria integridade da Lei Fundamental. Descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da Constituição escrita. O poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em clausula constitucional, de caráter mandatório – infringe com esse comportamento, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. – A inercia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade as Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. Efeitos que, em sede de ação direta, resultam na declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, do estado de mora constitucional. [...] ²⁶”

26- ADIN por Omissão 1484 DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/08/2001, Data de Publicação: DJ 28/08/2001 P - 00030). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>

Esta situação apenas autoriza o STF a dirigir mera comunicação ao Legislativo, a fim de que este tome ciência do estado de mora constitucional. Tal circunstancia assemelha-se ao médico que tem a profunda ciência do estado de saúde de seu paciente, mas não encontra a sua disposição os remédios capazes de fazer regredir a constatada enfermidade.

Outra inovação instrumental trazida pela Constituição de 1988 foi a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (atr. 102, §1º), que em tese doutrinária seria o instrumento a ser utilizado para assegurar o cumprimento de princípios fundamentais capazes de servir de vetores de interpretação das demais normas constitucionais. Na prática, no entanto, este instrumento ainda carece de definição adequada sobre o seu objeto, o que, ao contrário do que se espera da *mens iuris* que o fundamenta, reduz a sua eficácia a interpretação subjetiva do judiciário em cada caso concreto.

É também inovação importante ao sistema de controle de constitucionalidade, a que adveio no terreno de aplicabilidade de nossa Constituição, com a EC n. 3 de 17/03/1993. Esse instrumento, que hoje tem as partes legitimadas a sua propositura equiparadas as já estabelecidas em caso de ADIN, é capaz de declarar a constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal, que embora já gozassem de presunção relativa de constitucionalidade, a condição de absolutamente constitucionais em caso de êxito do exercício desse instrumento.

A nossa Carta assegura ao Supremo Tribunal Federal a condição de órgão de competência reduzida à matéria constitucional o que traz uma condição de maior eficácia na função de controle a ser desempenhada por esse órgão.

Por todas essas inovações que inauguram um verdadeiro sistema constitucional no Brasil, e dão força aplicativa ao processo de Controle de Constitucionalidade, é possível sustentar que estamos na era da busca da plena normatização da constituição conforme já sustentado neste trabalho.

É mister compreender que, na esteira assecuratória dos princípios e direitos constitucionais, o Poder Judiciário está municiado de condições inéditas na ordem jurídica brasileira, e que estas condições, longe de serem uma concessão, são fruto do fluxo histórico da soberania popular no curso do amadurecimento de nossa democracia no âmbito do Estado de Direito.

Entender que o exercício desse controle deve ser limitado ao princípio constitucional da separação dos poderes, pode significar, o abandono da eficácia dos dispositivos de nossa Carta Política, e, por consequência, legitimar a constituição de uma outra ordem jurídica real, em detrimento daquela que fora estabelecida legitimamente pelo Poder Constituinte Originário, representado pelos ditamos basilares da Carta Cidadã de 1988.

6. ATOS DE GOVERNO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JURISDICIONAL À HIPERTROFIA DO PODER EXECUTIVO

Como tratamos *en passant*, os Atos de Governo são aqueles em que, no exercício da função governativa, os representantes do povo investidos em tal condição, exprimem a sua vontade para atender os fins da gestão pública, do Estado, valendo-se de opções de políticas públicas e orçamentarias.

Tais atos atingem o ápice da discricionariedade administrativa, o que segundo muitos poderia significar a margem de extrema liberdade onde o executivo como Poder autônomo desenvolveria as suas atribuições especiais e típicas no uso do mandato conferido pelo povo para dirigir a respectiva esfera de atuação governamental.

É sabido através dos ensinamentos de Luiz Henrique Cademartori²⁷ que os Atos de governo foram pela primeira vez abordados na França de 1972 em referencia jurisprudencial acerca do disposto no artigo 26 da Lei de 24.05.1872, que prescrevia que determinados atos não seriam susceptíveis de recursos diante do Conselho de Estado, não podendo se quer ser objetos de reclamações a cerca de prejuízos sofridos.

Tem-se a impressão que a gama de atos exercidos sem qualquer controle jurisdicional ampliou-se desde então dada a tamanha complexidade das demandas e atividades públicas pertinentes ao exercício do *munus* governamental.

Esse quadro de suposta anomia e extremada liberdade se defronta com a imperatividade das restrições legais ensejadas no controle de legalidade e enfrentam óbices maiores com o chamado controle de conformidade constitucional.

27- CADEMATORI, Luiz Henrique U. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 1. ed., 4ª tir. Curitiba: juruá, 2004,p51.

O controle de conformidade constitucional atinge tanto o chamado poder normativo secundário da administração, que nada mais seria do que a atividade normativa reguladora exercida por esse poder, como alcançaria as omissões do Estado em sua atividade administrativa.

O controle de legalidade seria, portanto, exercido com maior magnitude e potencia sempre que as omissões ou ações atestassem o estado de insuficiência estatal diante de sua tarefa de empreender medidas em prol dos da garantia dos direitos fundamentais.

De outro modo teríamos lesão ao Estado democrático de Direito. Uma situação que traria a baila uma hipertrofia do Poder Executivo sobre os demais poderes, ao arrepio dos preceitos estabelecidos na Ordem Constitucional. Assim sempre que os atos políticos estiverem eivados de vícios qualificados pela inconformidade com os princípios e normas constitucionais devem eles serem considerados juridicamente inexistentes, por meio da respectiva impugnação contenciosa.

Tem o controle de conformidade constitucional assumido assim a condição de controle supralegal ou de legitimidade, marcando a função do Judiciário em seus aspectos mais essenciais para a garantia do Estado de Direito. É por essa função específica que uma determinada sociedade poderá medir o grau de submissão do poder legislativo a uma ordem jurídica estabelecida.

Em outro aspecto determinante atua o controle de conformidade constitucional diante das omissões governamentais. Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 171) busca amparo em Jorge Miranda (1997, p. 116) para caracterizar quando pode ser constatada a omissão, este entende que esta se verifica:

quando, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas²⁸.

Ao não se mostrar capaz de tomar medidas administrativas, no do poder que ora fora lhe conferido, o governante frustra a expectativa de seus administrados quanto ao que seria o seu necessário desempenho em seu exercício funcional. Essa condição inercial, principalmente quando verificadas consequências objetivas, atesta uma condição, para além de qualquer juízo de ilegalidade, de ilegitimidade.

Já que ao dispor de condições para desempenhar ações administrativas capazes de servir ao interesse público e não fazê-las, priorizando outras que privilegiem outros interesses de setores corporativos, o gestor deixa órfã a parcela da sociedade que se encontraria em condição de maior carência das ações estatais, atuando para consolidar um Estado-Privilégio sem qualquer correlação com seu escopo constitucional, vinculado aos ditames de um Estado socialmente comprometido com a crescente e gradual consolidação de direitos fundamentais.

A via do controle de conformidade constitucional das omissões serviria, portanto, de remédio legítimo e necessário no sentido de exigir conduta positiva do legislador ou do agente público para evitar que a inercia do Poder Público culmine em consequências irreversíveis aos cidadãos, que, também por definição constitucional são portadores do direito subjetivo de verem consolidados os preceitos constitucionais sob os quais estão lastreados princípios e normas que protegem os seus interesses, por força de sua posição social desfavorável.

28- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: ed. Coimbra, 1997. T. V, pag116. In PALU, Oswaldo Luiz Palu. **Controle dos atos de Governo Pela Jurisdição**. 2001

A importância dessa atividade judicial controladora investe o Poder judicial das condições de, em nome da supremacia das normas constitucionais, adentrar no controle do conteúdo do Ato Administrativo para assegurar que o que está proposto como política pública seja assegurado em sua execução concreta.

Foi o que ocorreu quando do Recurso Extraordinário 271.286-RS, que teve como Relator o Men. Celso de Mello. Que ao tratar de situação de paciente portador do vírus HIV/AIDS, desprovido de recursos financeiros, entendeu como dever constitucional do Poder Público assegurar ao mesmo o acesso gratuito aos medicamentos necessários negando provimento ao Recurso Extraordinário.

Nessa situação ficou evidente a conduta da Corte em viabilizar, com base a previsão constitucional em que está garantido o direito a saúde mediante à promoção dos respectivos serviços e ações, em clara situação de aferição do mérito no que diz respeito à atuação do poder administrativo.

Sobre a posição do supremo merece destaque a motivação:

O direito a saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida – O direito público subjetivo à saúde represente prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas públicas e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera constitucional de sua ação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão,

em grave comportamento inconstitucional. A interpretação de norma constitucional programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente – O caráter programático da regre inscrito no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadores do vírus HIV/AIDS, da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e a saúde das pessoas, especialmente àquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade²⁹.

Esta decisão que não acolheu o intento recursal do Estado do Rio Grande do Sul mostra a tamanha distancia da atividade administrativa de seu escopo Constitucional. Dela se depreende que dentre as prioridades do Poder Público podem estar ausentes medidas e decisões políticas voltadas a garantia de valores, princípios e direitos fundamentais, como o socorro, pela via da garantia de medicamentos, a doente portador de enfermidade de tamanha gravidade como é o caso dos portadores de HIV/AIDS.

Em situações como essa, que são mencionadas aqui, pelo caráter ilustrativo e pedagógico que possuem, mesmo que em sede de Recurso Extraordinário que não é objeto específico do nosso trabalho, entendemos que estaria plenamente configurada as condições legitimadoras do Supremo Tribunal para intervir na margem de discricionariedade administrativa do Poder

29- R. Exp. 271286 RS , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 11/09/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)45690. Acessado em 10.11.2012 Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:RE%20271.286&s=jurisprudencia>.

Executivo, exigindo, em defesa da Constituição e do Direito Fundamental a vida que dela decorre a ação supridora necessária a sua garantia.

Assim poderá o Poder Público perceber a conduta de seus agentes corrigida, o que asseguraria a recondução do administrador ao terreno das exigências Constitucionais. De outro modo estaria o governante livre para praticar um desvio de finalidade, restando impune a conduta administrativa apartada do fim específico e inerente da Lei Fundamental.

A consequência da decisão judicial na atividade controladora quando verificado o desvio de poder ou de finalidade, poderá ser expressa seja pela determinação positiva de alteração do ato ou pela mera declaração judicial de nulidade do mesmo.

7 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DE GOVERNO

É nesse diapasão, que o estudo do controle de constitucionalidade dos atos discricionários podem ser evidenciados nos atos de governo, tendo o Judiciário extremadas condições de poder e legitimidade constitucional para anulá-lo e, inclusive, substituí-lo com caráter impositivo para a ordem administrativa, isso considerando que esta função controladora estaria amparada em ditames principiológicos e direitos fundamentais expressos na Carta Política³⁰.

Isso seria possível considerando que o controle jurisdicional tem sua expressão mais legítima e potente quando se embasa em normas imbuídas do papel assegurador de princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essa função, que sem dúvidas é a mais nobre do Judiciário, pode ser definida como a função de assegurar seja ao poder judiciário, em sede do papel de controle de conformidade, seja a nossa corte suprema pelo controle de constitucionalidade, a eficácia plena de nossa Carta em seus desígnios trazidos à história por força da soberania popular.

Esta Carta traz à história do direito o chamado Estado Social, que um passo a frente do Estado Liberal, assegura direitos fundamentais e políticos acima da indeterminada liberdade econômica característica do estado anterior.

A consecução da aplicabilidade dos direitos fundamentais é na prática, desempenhada pela ação do Poder Público, já que é nele que desembocam as principais expectativas e é sob o seu controle que está o esforço contributivo e a solidariedade social constituída por um patrimônio formado por uma imensidão de recursos oriundos de tributos de todos os cidadãos.

30- PALU, Oswaldo Luiz Palu. **Controle dos atos de Governo Pela Jurisdição**. 2001,p. 335.

O que se espera é que todo esse conjunto de poder possa ser desenvolvido para, em obediência ao que a nação definiu como Estado Democrático de Direito, por meio de sua Constituição possa ser integralmente levado em consideração por todos os poderes que compõe a nossa democracia, e em especial pelo Poder Político.

Esse poder, que conduz a nau da nação em meio a um verdadeiro mar de leis e princípios só poderá levar os cidadãos sob sua direção ao objetivo esperado se estiver guiado, não por suas opções pessoais ou intuitivas, mas pela bússola Constitucional.

O poder executivo tem sob seu controle a execução das ações administrativas que se evidenciam concretamente à população já que “é o órgão formulador das políticas públicas e o faz antes mesmo da lei, pois as altera ou revoga aquelas que não estão de acordo com suas opções políticas” (PALU 2004, p. 326). O povo que está sob sua direção não está, na dinâmica das ações administrativas, amparado de modo sólido na Lei, pois essa é mutável em velocidade e desatenção muito maior do que a sua capacidade de acompanhamento é capaz de vislumbrar. O que não ocorre com a Constituição. Nela o Cidadão tem um porto seguro que lhe dá condições de reclamar os eventuais desvios de poder de seus dirigentes.

E, se o rumo do Estado, expresso pelo ato de seus governantes, deve ser o interesse público, sempre que as decisões de caráter meramente político dele se afastarem cabe ao cidadão, por meio do chamado aos guardiões de seu instrumento fundamental, buscar a defesa dos princípios e direitos que nela repousam.

Assim, sempre que uma decisão política, expressa pelo que a doutrina chama de Ato de Governo não estiver adequada à teleologia constitucional pode o Supremo intervir para exigir que o Executivo adote postura diversa da que antes desenvolveu.

Ignorar essa possibilidade implicaria, em última instancia atribuir ao Poder Executivo condição de infalibilidade que o mesmo está longe de

ostentar. Seria admitir que no uso de suas prerrogativas de decisão política, este Poder gozaria de presunção de legalidade, uma posição marcadamente incompatível com o regime democrático do estado de Direito.

O nosso ordenamento trata de modo claro a atribuição de falibilidade aos Poderes Legislativo e Judiciário. No primeiro é convencionalmente aceita uma forte intervenção do Controle de Constitucionalidade, no segundo existe uma incontável gama de instrumentos recursais, eis que é cristalino o direito ao duplo grau de jurisdição (nota com o dispositivo constitucional atinente) e a reanálise por outras instâncias e até pela Corte Suprema ou pelo STJ, sempre que atendidos os requisitos legais ou verificada a incompatibilidade com Leis Federais ou com a própria Constituição.

Da mesma forma entendemos que deve acontecer com os atos emanados pelo executivo quando de suas decisões políticas. O Ato de Governo, portanto deve se submeter a controle superlativo da Corte Suprema, sempre que evidenciado que seu resultado fira princípios e normas constitucionais, em base ao entendimento real da possibilidade do mesmo estar falho ou desconexo em relação ao interesse público vociferado pela Norma Fundamental.

É preciso que reconheçamos que a atividade do executivo é capaz de criar e inovar diante do que está expresso em nosso ordenamento. É o que ocorre quando da realização de uma obra pública cuja construção se deu por decisão política e não por prévia e específica autorização legal. Cabe ao Controle de Constitucionalidade avaliar se tal obra representa, factualmente, um benefício real no sentido do interesse público, ou se estaria ela a beneficiar determinado setor ou interesse alheio às demandas da coletividade e estranhos ao dever público do administrador.

Entendemos que é sólido o entendimento de que o Estado de Direito exerce o seu desígnio coletivo por meio do controle de qualquer dos poderes que o constitui pela via jurisdicional.

Não podemos ignorar que em um Estado Capitalista, existem classes sociais com interesses distintos e antagônicos e que o poder econômico se

coloca a serviço de interesses privados numa força que apenas pode ser controlada pela prevalência dos interesses sociais, que por obra de nossa evolução sócio-histórica possuem assento em nossa vigente Carta Fundamental.

No que tange ao Poder Político inerente aos cargos eletivos, temos que constatar que o mesmo está diretamente sujeito a força dos grupos econômicos. Basta realizar uma aferição da origem dos recursos que viabilizam a eleição da ampla maioria dos cargos do Poder Legislativo e Executivo, para tomarmos conhecimento que estes derivam de doações realizadas por pessoas jurídicas que esperam na conduta destes candidatos, caso eleitos, verem atendidos os seus interesses privados. O que caso viesse a ocorrer, o que admitamos apenas como hipótese distante, viria, sem a menor dúvida, a ferir de morte os princípios e direitos constituídos em nossa ordem democrática.

Por estas e outras contradições inerentes à complexidade de elementos que determinam a nossa ainda frágil ordem política constitucional é que entendemos que não parece lógico que o Poder Judiciário não se coloque em posição ativa diante da busca da regulação da atividade dos demais poderes e em especial do Executivo, mesmo e de modo contundente no que tange aos Atos de Governo.

Já que não é compatível com o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, nem mesmo com os patamares jurídico-político que alcançamos ao longo da história que a Lei e a Constituição passe a margem das Decisões Políticas sob o frágil argumento de que estas estariam localizadas em terreno de especial liberdade discricionária, mesmo que no sistema democrático não faça sentido a existência de qualquer liberdade ostentada pelo Poder Público que esteja em contradição ou dessimetria com o que o povo imprimiu como fundamental na Constituição que inaugura, ao menos em teoria, a mais avançada estrutura social da história do nosso país.

Por estas razões o controle de constitucionalidade dos atos de governo, com o intuito superior de garantir-lhes o necessário endereçamento constitucional estariam em plenas condições de maturidade caso constatado que a decisão política do administrador, por ação ou omissão, lese a direitos e

garantias individuais diante da esfera de expectativa que esta embasada e assegurada em nossa Constituição Republicana. Resta sempre a expectativa que o Poder Controlador reconheça a importância desse papel no sentido de assegurar a muitos, que se encontram desprovidos das condições mais básicas que são protegidas pelo nosso frágil Estado Social, a fim de garantir as necessárias condições para sua existência material e aplicação das consignas nele configuradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de melhor compreender os Atos de Controle de Constitucionalidade, desenvolvemos uma reflexão que partiu do entendimento do papel limitador que possui a jurisdição constitucional e do controle da discricionariedade administrativa, compreendida como margem legal atribuída ao poder público sem necessária vinculação a preceitos legais.

Após o estudo do princípio da supremacia da norma constitucional diante das demais normas e atos emanados pelas esferas do poder público, compreendemos que a sua plena normatização é papel conferido ao poder judiciário e à Corte Suprema no exercício do controle de conformidade constitucional e constitucionalidade.

O desenvolvimento desta questão, amparada no papel protetor que a Constituição de 1988 lhe conferiu faz do judiciário brasileiro poder fundamental capaz de expandir o seu campo de ação para controlar desvios funcionais verificados pelos demais poderes à luz da Constituição, sempre que estes possam ser constatados concretamente, pela via do contencioso judicial.

Outra tarefa assumida foi entender qual a atual condição de maturidade dos instrumentos de controle de constitucionalidade, abordando de modo comparativo a situação jurídico-política constatada no período constitucional anterior à Carta de 1988 e os instrumentos que nela atualmente encontram-se configurados.

O entendimento a que chegamos é de que a ordem constitucional brasileira dispõe de um farto e inédito arsenal instrumental capaz de permitir um sólido controle e fiscalização das ações de todos os poderes, sempre amparada por princípios e normas de caráter fundamental, assentados no texto da Carta Política.

No entanto, verificamos que os instrumentos de controle de constitucionalidade atinentes às situações de omissão configuradas no comportamento inadimplente do executivo no intento de normas, princípios e

direitos fundamentais, têm o seu poder potencial limitado a decisões proferidas pela Corte Suprema de carácter meramente admoestador.

O mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão são exemplos de dispositivos que tiveram a força jurídica controladora reduzida por este entendimento.

A pesquisa que fizemos da discricionariedade administrativa e dos atos de governo nos levou à constatação de que o poder administrativo goza de uma extensa e ilegítima margem de anomia quando, durante a execução de orientações de natureza política sem endereçamento constitucional, conduz o poder público para interesses alheios aos consolidados pela via da soberania popular na norma fundamental.

Essa situação significou uma clara desarmonização dos poderes constituídos, conferindo ao poder executivo condição de hipertrofia, que ameaça a situação sócio-histórica afirmada pelo Estado Democrático de Direito.

A conclusão fundamental a que chegamos após o desenvolvimento da pesquisa é que, diante do elevado grau de exclusão e miséria caracterizada pela ausência de acesso de grande parte da população aos direitos fundamentais, bem como à sua eventual indisponibilidade construída por decisão direta do poder administrativo, não deixa outra expectativa para os cidadãos senão a atuação do poder judiciário, em sua atividade de controle de conformidade de constitucionalidade no sentido de, pela via da jurisdição constitucional, limitar a liberdade excessiva que goza o poder administrativo, quando em dessimetria do patamar de garantias instituído pela norma fundamental.

Até porque, por conta das circunstâncias de exclusão, uma ampla parcela dos cidadãos desconhece os direitos fundamentais e objetivos assegurados pela Carta Fundamental, donde deriva maior responsabilidade em defesa do patamar democrático atual, por parte do judiciário e da corte suprema.

Por fim, ressaltamos que se trata de um estudo inicial, a partir do qual emanam novas temáticas de pesquisa, evidenciadas nas novas tendências do ativismo judicial, que configuram verdadeiro movimento atinente à plena efetividade das normas constitucionais. Tais ações ganharam maior peso, apelo e importância após a constatação de diversos desvios funcionais do Administrativo, repercutidos em denúncias amplamente divulgadas, como os recentes escândalos de corrupção.

Outra vertente que dá sustentação a essa busca é verificada na ampliação da força dos chamados direitos das minorias, como o direito à igualdade substancial entre os que possuem orientação homoafetiva, a igualdade de direitos e acesso aos serviços públicos de gênero, classe social e raça, expressa recentemente no debate das cotas para o ingresso em universidades públicas.

Espera-se que este trabalho desperte o interesse pelo maior aprofundamento da busca pela plenitude da aplicação da norma, em defesa do patamar democrático conquistado em nosso país.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 1ª ed. 2005, 7ª reimpressão, 2011.
- BARBOSA, Rui. **O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional**. Edição da Tip. Do Jornal do Comercio, vols. I e II, 1910.
- _____. **Trabalhos jurídicos**, in Obras Completas de Rui Barbosa, vol. II, tomo II, Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1987.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 4ª ed. OAB Editora: São Paulo, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Do absolutismo ao constitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5. Curitiba: Editora ABDConstitucional, 2004.
- _____. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª.ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2001
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1923-DF**. Autores: Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido dos Trabalhadores – PT. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Brasília 2007, p 23. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **R.E 271.286-RS**. Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul. Impetrada: Paciente portadora de HIV/AIDS. Relator: Min Celso de Melo. Brasília. Data de Julgamento: 11/09/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)45690. Acessado em 10.11.2012 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:RE%20271.286&s=jurisprudencia>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn por Omissão 1484-DF**. Relator: Min Celso de Melo. Brasília. Data de Julgamento: 21/08/2001, Data de Publicação: DJ 28/08/2001 P - 00030). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>
- CADEMATORI, Luiz Henrique U. **Discrecionabilidade administrativa no estado constitucional de direito**. 1. ed., 4ª tir. Curitiba: juruá, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.317.

- GARCIA, Emerson. **Jurisdição constitucional e legitimidade democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade.** *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008 p. 187-217.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13 ed. Versão Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores 13ª ed. 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: ed. Coimbra, 1997. T. V.
- MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das Leis.** 2 ed. Brasília: UnB, 1995.
- NEGRI, Antônio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A editor, 2002.
- NOVELINO, Marcelo. 5ª ed. – Rio de Janeiro, Editora Forense: São Paulo-2011.
- PALU, Oswaldo Luiz Palu. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** 2001
- PRZEWORSKI, Adam. **O estado e o cidadão.** In: PEREIRA, L. C. BRESSER et. Al. (Org). *Sociedade e Estado em Transformação.* Imprensa Oficial.
- SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.