



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luiz Guilherme Vieira dos Santos

Controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública:
legitimidade, limites e extensão no contexto do Estado administrativo

Florianópolis
2023

Luiz Guilherme Vieira dos Santos

**Controle de constitucionalidade no âmbito Administração Pública: legitimidade,
limites e extensão no contexto do Estado administrativo**

Dissertação de mestrado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade.

Orientador: Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos, Luiz Guilherme Vieira dos

Controle de constitucionalidade no âmbito Administração Pública: legitimidade, limites e extensão no contexto do Estado administrativo / Luiz Guilherme Vieira dos Santos; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2023. 176 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Processo administrativo. 4. Administração Pública. 5. Precedentes judiciais. I. Cristóvam, José Sérgio da Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Luiz Guilherme Vieira dos Santos

Controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública: legitimidade,
limites e extensão no contexto do Estado administrativo

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 14 de abril de 2023,
pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

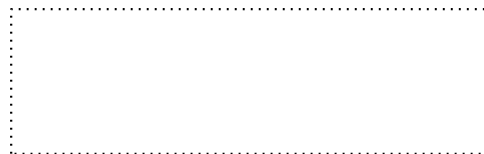
Prof. Cauê Vecchia Luzia, Dr.
Instituição UDESC

Prof. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, Dr.
Instituição ESA-OAB/SC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade.



Coordenação do Programa de Pós-Graduação



Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2023.

Aos que porventura tiverem interesse na leitura.

AGRADECIMENTOS

Segundo o tratado da gratidão de São Tomás de Aquino, exposto de forma irretocável por Antônio Nóvoa em aula magna à Universidade de Brasília,¹ o terceiro nível de gratidão, o mais profundo, corresponde ao vínculo entre os sujeitos, ou seja, corresponde ao sentimento de vinculação e comprometimento com as pessoas que, de alguma forma, contribuíram positivamente para algo, que no caso são as pessoas que contribuíram com os estudos e a dissertação.

Em uma análise onomasiológica entre as línguas dos países da Europa Ocidental, esse terceiro nível da gratidão somente encontra significante correspondente na língua portuguesa, no adjetivo “obrigado”, o qual exterioriza o sentimento de vinculação do emissor, que se obriga a devolver a gentileza recebida ao receptor.

Nesse sentido, obrigado à minha família, em especial aos meus dois pais e à minha mãe. Ao Fábio que, apesar de não compartilhar sua genética – e que, por um lado, acaba sendo positivo –, sempre torceu por mim e fez o possível para me ajudar; ao Vanio, que está sempre ao meu lado me apoiando em todas as searas da vida; e à Ana Beatriz, que nos deixou fisicamente, mas permanece em mim, para além do vínculo consanguíneo, por me ensinar que devemos tratar todos com gentileza e que o nosso caráter, nosso maior bem, deve ser cultivado sempre com amor, carinho e fraternidade.

Obrigado ao meu Orientador, Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam, pois, além da troca de conhecimentos e experiências, foi uma pessoa extremamente cordial e humana na condução da orientação, compreendendo as limitações deste Orientando, assim como jamais se furtou a transmitir palavras de incentivo e atenção.

Outrossim, transmito o meu obrigado ao programa, aos professores, aos servidores, aos que contribuem de alguma forma para que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina funcione e seja um curso de excelência, formando pensadores do Direito de alto nível.

À Banca da qualificação, composta pelos professores doutores Marcos Fey Probst e Samuel Martins dos Santos, e à Banca da defesa da Dissertação, com os

¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fFHCjQkAD1k>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

professores doutores Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Cauê Vecchia Luzia, muito obrigado pela excelentes reflexões e contribuições ao trabalho, sem as quais certamente estaria muito distante desta versão final.

Por fim, aos meus amigos, o meu obrigado, tanto pela compreensão de que cursar a Pós-Graduação em Direito dificultou a minha presença física em alguns momentos importantes, assim como pela contribuição para o desenvolvimento do trabalho, através de conversas sobre diversos temas e sobre a vida em sociedade.

Um obrigado especial ao Lorenzo E. Furlan, pois nossos diálogos, por vezes propedêuticos ao tema deste trabalho, foram decisivos nas reflexões consignadas nestas páginas; à Ariê Sherreier Ferneda, cuja amizade foi construída ao longo do curso, que me ajudou em relação aos caminhos institucionais e, em especial, na adequação dessa dissertação e na utilização das novas tecnologias; à Ane Abreu, que compartilhou sua experiência de viver o Mestrado, auxiliando a minha; ao João Buatim, que sempre me contextualiza sobre as questões econômicas e políticas; e, por fim, ao Felipe Chaves Neto e à Katleen Karoliny Teske, por se preocuparem e por transmitirem seus conhecimentos sobre história, ciência política, direito, relações internacionais etc., em nossas inúmeras e infindáveis conversas, geralmente ocorridas nos melhores espaços de convivência social.

“A relação entre direito e poder é tema imprescindível na reflexão jurídico-política, quando o direito passa a ser instrumento de governo e de realização do exercício do poder”

(BARACHO, 1985, p. 14).

RESUMO

O trabalho tem como tema a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade. Em delimitação, circunscreve-se à legitimidade da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade, os limites e a extensão do controle no Brasil contemporâneo, incluindo os três níveis da Federação. O problema se relaciona com a identificação da legitimidade e, em vista da existência de uma série de limitações, questiona quais as formas que a Administração Pública tem à disposição para o exercício do controle de constitucionalidade. A hipótese levantada inicialmente é que a Administração Pública detém legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade, oriunda do dever-poder de zelar pela guarda da Constituição e do princípio da supremacia constitucional. Em nível mais aprofundado, as hipóteses específicas são que: (i) há a legitimidade e o dever da Administração Pública para exercer o controle de constitucionalidade; (ii) existem limites à atuação, que podem reduzir as formas de controle, sem impedi-lo de forma absoluta; e (iii) existem formas específicas em que a Administração Pública pode exercer o controle, o qual, inclusive, já é exercido na realidade presente. Objetiva-se analisar as formas pelas quais é viável o exercício do controle. Em nível mais específico, pretende inicialmente abordar o tema do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e identificar a legitimidade da Administração Pública para o seu exercício. Em segundo, analisar os limites identificados ao longo da pesquisa, que podem limitar ou impedir o exercício do controle. Por fim, o terceiro objetivo específico é perquirir as formas que a Administração Pública tem à disposição para realizar o controle de constitucionalidade. A justificativa para a pesquisa encontra amparo na prática do controle de constitucionalidade pela Administração Pública que já acontece na realidade, inserida no contexto do Estado administrativo, sobre os quais os estudos científicos necessitam dar mais atenção, com o objetivo de desenvolver os aspectos teóricos e empíricos que permeiam a temática e que englobam, dentre outras características, a legitimidade para o controle, como também os limites e a extensão. No que tange o método, a abordagem é hermenêutica, o procedimento é tipológico e as técnicas são a bibliográfica e a documental, com a utilização de jurisprudências. No primeiro Capítulo do desenvolvimento, expõe-se as premissas que fundamentam a legitimidade e o dever da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade, assim como se verifica a existência de um Estado administrativo no Brasil. No segundo, enfrentam-se os limites que têm a capacidade, ainda que apriorística, de refutar a possibilidade do controle, tratando de cinco princípios e cinco limites propriamente ditos. Por fim, no terceiro, demonstra-se algumas formas de exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, assim como se propõe o desenvolvimento do debate e a possibilidade de se pensar na forma de se institucionalizar um procedimento específico para o controle, sem que isso implique em revogação da competência do Poder Judiciário de dizer a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos estatais.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; Administração Pública; processo administrativo; precedentes judiciais; Estado administrativo.

ABSTRACT

The work has as its theme the possibility of the Public Administration to exercise the constitutional review. In delimitation, it is limited to the legitimacy of the Public Administration for the exercise of constitutional review, the limits and the extension of control in contemporary Brazil, including the three levels of the Federation. The problem is related to the identification of legitimacy and, in view of the existence of a series of limitations, it questions what forms the Public Administration has at its disposal for the exercise of constitutional review. The hypothesis raised initially is that the Public Administration has legitimacy to exercise the constitutional review, arising from the duty-power to protect the Constitution and the principle of constitutional supremacy. At a deeper level, the specific hypotheses are that: (i) there is the legitimacy and duty of the Public Administration to exercise constitutional review; (ii) there are limits to action, which can reduce the forms of control, without absolutely preventing it; and (iii) there are specific ways in which the Public Administration can exercise review, which is already exercised in the present reality. The objective is to analyze the ways in which the exercise of review is feasible. At a more specific level, it initially intends to address the subject of constitutional review in the Brazilian legal system and identify the legitimacy of the Public Administration for its practice. Second, analyze the limits identified throughout the research, which may limit or prevent the exercise of review. Finally, the third specific objective is to investigate the ways that the Public Administration has at its disposal to carry out the constitutional review. The justification for the research finds support in the practice of constitutional review by the Public Administration that already happens in reality, inserted in the context of the administrative State, on which scientific studies need to pay more attention, with the objective of developing the theoretical and empirical aspects that permeate the theme and that include, among other characteristics, the legitimacy for constitutional review, as well as the limits and extension. Regarding the method, the approach is hermeneutic, the procedure is typological and the techniques are bibliographical and documental, with the use of jurisprudence. In the first chapter of the development, the assumptions that underlie the legitimacy and duty of the Public Administration for the practice of constitutional review are exposed, as well as the existence of an administrative State in Brazil. In the second, the limits that have the capacity, even *a priori*, to refute the possibility of control, are faced, dealing with five principles and five limits themselves. Finally, in the third, some forms of exercise of constitutional review by the Public Administration are demonstrated, as well as the development of the debate and the possibility of thinking about how to institutionalize a specific procedure for the control, without this imply the revocation of the competence of the Judiciary to say the last word on the constitutionality of state acts.

Keywords: constitutional review; Public administration; administrative process; judicial precedents; Administrative state.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
DPU	Defensoria Pública da União
EUA	Estados Unidos da América
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
MC	Medida Cautelar
MPU	Ministério Público da União
MS	Mandado de Segurança
N.	Número(s)
P.	Página
PLOA	Projeto de Lei Orçamentária Anual
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O SEU EXERCÍCIO	19
2.1	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL	20
2.2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	25
2.2.1	A separação de poderes e o controle de constitucionalidade como instrumento de freios e contrapesos	26
2.2.2	O controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1824 do Brasil	31
2.2.3	Breve histórico do controle de constitucionalidade nas constituições de 1891 a 1969 do Brasil	35
2.2.4	Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade na Constituição de 1988	38
2.3	A LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	39
2.3.1	Definição de Administração Pública	40
2.3.2	A legitimidade da Administração Pública para a interpretação constitucional	41
2.3.3	O controle de constitucionalidade como um dever-poder da Administração Pública	47
2.3.4	A legitimidade do controle de constitucionalidade nos três níveis da federação brasileira	50
2.4	CONTROLE ADMINISTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	52
2.5	O CONTEXTO DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO BRASIL	54
2.6	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO	59
3	LIMITES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	61

3.1	PRINCÍPIOS QUE LIMITAM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO	61
3.1.1	Legalidade	62
3.1.2	Devido processo legal	66
3.1.3	Transparência	71
3.1.4	Impessoalidade	75
3.1.5	Segurança jurídica	78
3.2	LIMITES PROPRIAMENTE DITOS	81
3.2.1	Reserva de jurisdição	82
3.2.2	Presunção de constitucionalidade da lei	83
3.2.3	Mérito do ato administrativo e discricionariedade	87
3.2.4	Repartição das competências legislativas dos entes federados e o alcance territorial	92
3.2.5	Risco de responsabilização dos agentes públicos	94
3.3	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO	98
4	EXTENSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUMAS POSSIBILIDADES	102
4.1	EXTENSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	103
4.1.1	Controle dos próprios atos e a autotutela	104
4.1.2	Controle de lei de outros entes federados	107
4.1.3	Controle pelo Chefe do Poder Executivo	109
4.1.4	Controle em matéria concorrencial (CADE)	114
4.1.5	Controle com fundamento em precedente judicial	116
4.1.5.1	<i>Precedentes judiciais e vinculação da Administração Pública</i>	117
4.1.5.2	<i>Precedentes e vinculação interna e externa</i>	119
4.1.5.3	<i>Precedentes judiciais com aplicação obrigatória, permitida ou proibida</i>	122
4.1.5.4	<i>Precedentes judiciais de aplicação facultativa ou preferencial</i>	123
4.1.6	Controle no processo administrativo fiscal	126
4.1.7	Controle por órgão administrativo hierarquicamente superior	130
4.2	PROPOSTA PARA INSTITUCIONALIZAR O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	132
4.2.1	Ausência de impedimento ao exercício do controle	134

4.2.2	Contexto brasileiro	136
4.2.3	Procedimento administrativo específico para viabilizar a arguição de inconstitucionalidade	138
4.3	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO	139
5	CONCLUSÃO	142
6	REFERÊNCIAS	147
7	ANEXO A – INFORMATIVO SOBRE O PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL PARA 2023	173
8	ANEXO B – DECRETO MUNICIPAL N. 3.487/2019, DE SANTA LUZIA, MINAS GERAIS	174
9	ANEXO C – PARECER PGFN N. 492/2010	175
10	ANEXO D – PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS DE 2018	176

1 INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de Mestrado em Direito, vinculada à área de concentração *Direito, Estado e Sociedade* e desenvolvida na linha de pesquisa *Constitucionalismo, Democracia e Organização do Estado*, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), trata sobre a legitimidade da Administração Pública para exercer o controle de constitucionalidade, bem como sobre alguns limites e a extensão desse controle.

Delimitando o tema, percebe-se que o modelo vigente de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) deu preferência à revisão judicial dos atos estatais. Nesse cenário, a Administração Pública, que também detém a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade, teve essa função modicamente disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, apesar de não passar despercebido pela doutrina, necessita de mais análise, debate e proposições, mormente diante do contexto contemporâneo, com o sistema de precedentes judiciais em desenvolvimento, a evolução tecnológica célere e o surgimento de novos temas, institutos e problemas no Direito Administrativo.

Mesmo assim, há consenso aparente sobre a legitimidade da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade. O problema em questão está relacionado à amplitude. Quando se está diante do controle de constitucionalidade instrumentalizado através do veto, é inegável a possibilidade do controle, por disposição constitucional expressa (art. 66, § 1º, da CRFB/1988), mas em outras hipóteses o exercício do controle é questionável e questionado, por vezes com argumentos fortes.

Com relação aos problemas dessa pesquisa, tem-se os seguintes questionamentos: (i) a Administração Pública detém legitimidade para o exercício do controle? (ii) quais os limites à atuação administrativa e qual sua capacidade para cercear ou impedir o exercício do controle? (iii) qual é a extensão desse controle e quais situações estão contempladas? e (iv) existem alternativas viáveis, que garantam o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, sem que isso implique em renúncia parcial ao cumprimento da Constituição de 1988, incluindo

a prerrogativa do Poder Judiciário de decidir por último sobre a constitucionalidade dos atos jurídicos?

Por conseguinte, chega-se ao problema central da pesquisa: Considerando a existência de uma série de potenciais limitações, quais as formas que a Administração Pública tem à disposição para o exercício do controle de constitucionalidade?

A hipótese geral, levantada inicialmente, é que a Administração Pública detém legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade, oriunda do dever-poder de zelar pela guarda da Constituição (art. 23, *caput*, inciso I, da CRFB/1988), assim como em razão do princípio da supremacia constitucional, que exterioriza o nível hierárquico máximo ocupado pela CRFB/1988 dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o que permite, por conseguinte, o exercício do controle pela Administração Pública através de várias formas.

Em nível mais aprofundado, as hipóteses específicas são que: (i) há a legitimidade e o dever da Administração Pública para exercer o controle de constitucionalidade; (ii) existem limites à atuação, que podem reduzir as formas de controle, sem impedi-lo completamente; e (iii) existem formas específicas em que a Administração Pública pode exercer o controle, o qual, inclusive, já é exercido na prática e em várias instâncias; e (iv) diante da prática existente, é importante discutir a possibilidade de formalizar o exercício do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública.

O objetivo geral é apreciar o tema do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, mormente no contexto do Estado administrativo, assim como evidenciar que essa prática já é uma realidade no Brasil.

No que tange os objetivos específicos, tem-se três principais. O primeiro é abordar o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e identificar a legitimidade da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade.

Já o segundo objetivo trata de analisar os limites que foram identificados ao longo da pesquisa, com o enfoque na sua capacidade para limitar ou impedir o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública.

Por fim, o terceiro consiste em verificar a extensão do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, através das formas identificadas na literatura para realizar o controle de constitucionalidade, sem objetivar a apresentação

de um rol taxativo, como também se pretendeu identificar essa prática na realidade institucional, para viabilizar a propositura de alternativas.

Sobre as justificativas do tema, salienta-se que é uma prática já verificada na realidade, justificada ou refutada a partir de diversos fundamentos, uns mais consistentes e outros nem tanto, mas que ainda carece de uma análise mais aprofundada, para que se compreenda não só a existência, mas as implicações jurídicas dessa atuação administrativa.

A relevância do tema abordado decorre da prática já existente de controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, inserida no contexto do Estado administrativo, sobre os quais os estudos científicos necessitam dar mais atenção, com o objetivo de desenvolver os aspectos teóricos e empíricos que permeiam a questão e que englobam não só a legitimidade para o controle, como também os limites, a extensão e inúmeros outros aspectos.

Percebe-se de plano que há a possibilidade normativa do exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, que se justifica em razão da outorga constitucional da legitimidade para fazê-lo, com fundamento, em âmbito federal, no art. 23, *caput*, inciso I, art. 78, *caput*, e art. 66, § 1º, todos da CRFB/1988.

Mesmo assim, com exceção do veto, não é consenso que a Administração Pública pode defender a supremacia da Constituição em qualquer situação. Diante disso, surgiu o interesse em se aprofundar na temática, de modo a não apenas revelar o dever-poder de exercer o controle de constitucionalidade, mas também para perquirir como funciona esse controle, em quais instâncias ele é viável, com a finalidade de contribuir para a compreensão sobre o assunto.

O método de abordagem utilizado foi o hermenêutico, partindo-se das premissas gerais, das normas jurídicas e das práticas institucionais, no que se refere ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, para verificar a incidência dos pressupostos teóricos e históricos, além de se analisar a conformidade com as normas constitucionais.

Da mesma forma, a pesquisa foi realizada pelo método de procedimento tipológico, aferindo os argumentos de diversos autores e as categorias jurídicas inseridas no tema, para se chegar, considerando práticas identificadas de forma qualitativa, a uma propositura de um diálogo e, eventualmente, de um procedimento próprio para o controle na via administrativa, diante das premissas trabalhadas, para

que se fortifique e fundamente a possibilidade de controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública.

A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica e a documental, com a revisão da literatura que trata sobre o tema proposto, utilizando-se da análise legislativa, para identificar as normas jurídicas que tratam sobre as temáticas abordadas ao longo da pesquisa, com o auxílio da pesquisa jurisprudencial.

A pesquisa documental, de acordo com a metodologia escolhida (de caráter qualitativo), resultou na identificação de poucos documentos (menos documentos que as decisões de controle de constitucionalidade identificadas), mas que comprovam a existência da prática institucional (sem perquirir estatísticas, ou seja, quantitativa) e, conseqüentemente, implicam, ao menos, na necessidade de se considerar essa realidade institucional presente no Brasil, para se debater o presente e o futuro das práticas da Administração Pública.

No sentido de operacionalizar a pesquisa, cujos capítulos serão apresentados brevemente em seguida, foram apresentados conceitos, com a finalidade de se otimizar a comunicação entre o texto escrito e o leitor, facilitando a compreensão da mensagem que se pretende transmitir. Dentre os conceitos desenvolvidos, três são fundamentais para o escopo deste trabalho: controle de constitucionalidade, Administração Pública e Estado Administrativo.

Por controle de constitucionalidade, entende-se qualquer processo que termine em uma decisão tomada pelo Poder Público, que produza efeitos para terceiros ou para si, em que se decide sobre a (in)constitucionalidade de qualquer ato infraconstitucional, ou seja, um instrumento que culmina em uma decisão institucional que diga sobre a (i)nconstitucionalidade de um ato, público ou privado.

Com relação à Administração Pública, seu significado compreende o conjunto de sujeitos (órgãos, entidades e agentes públicos), personalizados ou despersonalizados, que compõem a Administração Pública direta (Poder Executivo) e indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios públicos) de todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios).

Por fim, Estado administrativo significa a configuração de um Estado em que a Administração Pública é gigantesca quando comparada com o restante dos poderes, órgãos e entidades estatais – sem considerar a comparação e proporção em relação

às atividades econômicas privadas desempenhadas na sociedade –, modelo que se verificou no contexto brasileiro.

No Capítulo dois, são trabalhados os temas que, em maior ou menor grau, contribuem com a existência de legitimidade da Administração Pública para exercer o controle de constitucionalidade. Além disso, demonstra-se que essa prática já existiu na história brasileira; que a decisão sobre quem decide sobre a (in)constitucionalidade é tomada pelo titular do poder, o soberano, que no caso brasileiro é o povo, ainda que através de seus representantes; e que contemporaneamente há a configuração de um Estado administrativo no Brasil, em razão da magnitude da Administração Pública.

Em seguida, no Capítulo três são identificados alguns limites, tanto no sentido de orientar a atividade administrativa, com os cinco princípios trabalhados, como na análise de cinco limites propriamente ditos, que são utilizados como argumento para justificar a impossibilidade do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública.

Por fim, no quarto Capítulo, são evidenciadas algumas formas possíveis de exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública encontradas nas referências bibliográficas, das quais algumas já em uso na prática administrativa, assim como se propõe o desenvolvimento do debate e a possibilidade de se pensar em uma normativa que institua um procedimento específico, que viabilize institucionalmente o controle pela Administração, sem que implique em revogação da competência judicial de dizer a última palavra sobre a interpretação e aplicação da Constituição de 1988.

Dentro dessa análise, há destaque para o sistema de precedentes em desenvolvimento no Brasil, objeto de um extenso debate sobre o grau de vinculação da Administração Pública em relação às decisões judiciais. Enquanto a própria Constituição se encarrega de expressar os casos em que há efeito vinculante à Administração Pública, como nas decisões definitivas de mérito proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes, a esmagadora maioria das decisões judiciais, inclusive com vinculação interna ao Poder Judiciário, não limitam aprioristicamente a atuação administrativa.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O SEU EXERCÍCIO

Em uma sociedade ideal,² o controle de constitucionalidade seria dispensável.^{3 4} Mais ainda, com o funcionamento integralmente ordenado e harmônico da sociedade, a própria noção de Direito e o fenômeno jurídico em si desapareceriam, como consequência da sua irrelevância nesse contexto. Nessa sociedade idealizada, o ser sempre constituiria uma realização empírica do dever ser e as normas jurídicas seriam, quando existentes na história dessa sociedade, uma lembrança de um contexto remoto e superado.

Todavia, essa sociedade idealizada – se considerada como uma possibilidade concreta na sociedade moderna, que é extremamente complexa, ordenada e gerida pelo Estado, inserida em uma circunscrição territorial delimitada e com um contingente populacional considerável – não existe, nunca existiu e, ousa-se dizer, jamais existirá. O debate sobre a possibilidade de consecução de tal sociedade, portanto, perde seu valor prático, ao menos para o desenvolvimento do tema deste trabalho.

Assim, a sociedade considerada neste trabalho é a sociedade materialmente verificável, inserida no processo histórico da humanidade, que culminou no contexto atual e cuja delimitação se circunscreve ao Brasil contemporâneo; ou seja, uma sociedade saturada de contradições, de rupturas e continuidades, que levaram à implementação do desenho constitucional atual, que dialoga, determina e é determinado pela realidade empírica que se apresenta na história e no tempo presente.

Com isso, neste Capítulo são abordadas questões essenciais para aferir a legitimidade da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade, em várias perspectivas, assim como para evidenciar um contexto

² Inicialmente, o sintagma proposto era “sociedade utópica”. Contudo, o conceito de utopia exige uma abordagem cuja profundidade e complexidade que não é benéfica para o escopo do trabalho (ainda que a concepção de ideal também, só que mais aceita no seu sentido comum). Para uma discussão sobre o conceito de utopia, ver Nildo Viana (2014).

³ No mesmo sentido, Madison (1993, p. 50) explica que: “[...] Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio”.

⁴ Diferentemente, Ricardo Marcondes Martins (2020, p. 19) entende que “[...] seria corriqueiro, e não excepcional, o reconhecimento de inconstitucionalidade das leis, se nós estivéssemos em um mundo ideal”.

contemporâneo muito diferente daquele pensado pelo Constituinte originário, que necessita de adequações em relação às funções estatais em geral e à atividade administrativa em particular.

Por conseguinte, com enfoque no Brasil, aborda-se o Estado Democrático de Direito e a supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade, a legitimidade e o dever da Administração Pública para exercê-lo, mormente no contexto do Estado administrativo.

2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL

No Brasil contemporâneo, há a instituição de uma República Federativa, que se constitui em Estado Democrático de Direito⁵ (ou Estado Constitucional de Direito)⁶ (art. 1º, *caput*, da CRFB/1988). O modelo do Estado de Direito já seria suficiente para compreender que um determinado estado regido por normas jurídicas, a partir da noção francesa de *État legal* (com a ideia da vontade geral e da soberania popular, vinculada ao legislativo por representação), pressupõe a hierarquização dessas normas, mormente após o surgimento das constituições formais (FERNANDES, 2013, p. 291).⁷

O Estado de Direito (ou Estado legal de Direito) é anterior e está contido, ainda que revisado, no Estado Democrático de Direito, e programa uma ordem racional, com a centralidade e a supremacia da lei, cujo ordenamento jurídico é considerado um conjunto sistemático e estruturado de normas, dotado de unidade, coerência e

⁵ Para um aprofundamento do Estado Democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do regime jurídico-administrativo e com enfoque no princípio democrático, ver José Sérgio da Silva Cristóvam (2015, p. 276-287).

⁶ Aparentemente, há um grau de identidade entre o surgimento histórico, os fundamentos e as características do Estado Democrático de Direito e do Estado Constitucional de Direito, o que dá a entender que são sinônimos. Em nome da didática, serão utilizadas como tal. Contudo, parece que não há uma identidade absoluta e essa conclusão surge a partir de um raciocínio lógico: é possível, hipoteticamente, que haja um Estado constitucional de Direito sem existir democracia, e um Estado Democrático de Direito sem existir constituição. Como exemplo, José Sérgio da Silva Cristóvam (2015, p. 217-227 e 276-293) parece compreendê-los de forma distinta.

⁷ Inclusive, José Sérgio da Silva Cristóvam (2015, p. 284) afirma que, no sistema constitucional brasileiro, “[...] o Estado de direito está umbilicalmente vinculado à concepção de Estado constitucional de Direito”, a partir de uma diversidade de normas jurídicas encontradas na CRFB/1988”.

plenitude (GUIMARÃES, 2021, p. 86),⁸ no qual há a hierarquização das normas jurídicas, características estas que permanecem até os dias atuais.⁹

Na hierarquização, pressupõe-se que as normas jurídicas estejam em planos verticais distintos, em que as normas inseridas em níveis inferiores devem guardar consonância com as normas inseridas em níveis superiores (relação de conformidade que afeta o plano da validade), garantindo, assim, a unidade do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2014, p. 58-59).

Portanto, a existência de uma hierarquia entre as normas jurídicas é histórica e permanece no tempo presente, inclusive no Direito brasileiro. Para além de se conjugar dois modelos, o Estado Democrático e o Estado de Direito, a noção de “Estado Democrático de Direito” propõe um novo paradigma, em que a perspectiva assumida pelo Direito caminha para a procedimentalização, com a existência de instrumentos ao longo do processo decisório estatal que permitam a participação efetiva da sociedade (FERNANDES, 2013, p. 288; SILVA, 2005, p. 119).¹⁰

Ademais, alguns autores trabalham a expressão “Estado constitucional de Direito”, no qual a supremacia da lei dá lugar à supremacia da Constituição. A partir da crise do Estado liberal e da expansão das demandas sociais por maior amplitude na divisão e redistribuição de poderes pelo reconhecimento e integração do pluralismo, que teve seu ápice após as guerras mundiais, a Constituição passa a assumir um papel central no sistema de fontes, o que inicia a transição ao Estado

⁸ Em resumo, para Diego Fernandes Guimarães (2021, p. 86), no Estado legal de Direito a unidade seria posição central da lei, a coerência o ordenamento garantido pelo critério de hierarquia e a plenitude a racionalidade da lei e suficiência dos códigos. Diferentemente, no Estado constitucional de Direito, a unidade significa a existência de um ponto de referência (constituição) de recondução das outras normas; a coerência reconhece as antinomias e estabelece critérios de resolução de antinomias, e a plenitude, que admite a insuficiência das leis para regulamentar tudo, o que é complementado pela atividade interpretativa dos aplicadores da norma jurídica (GUIMARÃES, 2021, p. 88).

⁹ Hierarquização das normas jurídicas que corresponde teoricamente à estrutura escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen (2009, p. 246 e seguintes). Ademais, reconhece-se na teoria kelseniana uma das bases teóricas do Estado constitucional de Direito, ao migrar o foco da legitimidade da norma jurídica de sua origem para seu processo de produção, cuja constituição normativa confere a unidade do ordenamento jurídico, condicionando a validade das outras normas jurídicas à conformidade constitucional (GUIMARÃES, 2021, p. 88).

¹⁰ Sem pretensão de expor um rol taxativo, o Estado Democrático de Direito vigora com as seguintes características: (i) princípio da constitucionalidade, que exprime a vinculação absoluta de todos os poderes de todos os entes federados à Constituição; (ii) princípio democrático, que exige a constituição de uma democracia representativa, participativa e pluralista; (iii) existência de um sistema de direitos fundamentais; (iv) princípio da justiça social, abrindo, timidamente, o caminho para uma democracia social e cultural; (v) princípio da igualdade; (vi) princípios da divisão de poderes e independência do juiz; (vii) princípio da legalidade; e (viii) princípio da segurança jurídica (SILVA, 2005, p. 122).

constitucional de Direito (CRISTÓVAM, 2015, p. 219-220; GUIMARÃES, 2021, p. 86).¹¹

Com isso, no Estado Democrático de Direito, a Constituição juridiciza o processo de produção do Direito, tornando-se ela própria um conjunto de normas jurídicas, deixando de ser um programa político dirigido apenas à organização e limitação de poderes e previsão de liberdades, passando a ser tratada como uma normativa global do Estado e da sociedade (GUIMARÃES, 2021, p. 87).

Inclusive, diante da supremacia constitucional – da qual exsurtem a eficácia dos direitos fundamentais e a normatividade dos princípios jurídicos –, o fenômeno da constitucionalização do Direito foi desenvolvido e disseminado, produzindo seus efeitos em todos os ramos do Direito, incluído o Direito Administrativo (CRISTÓVAM, 2015, p. 215-227).

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 109),

[...] na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua *supremacia* em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é *particularmente suprema*, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratem (conformação material) [...] (itálicos no original).¹²

Por conseguinte, para que a CRFB/1988 seja efetivamente concretizada, é necessário que haja a obediência irrestrita a suas normas jurídicas. Contudo, quando a realidade é colocada na equação, a complexidade imanente que envolve o cumprimento da Constituição torna a questão cada vez mais delicada, muitas vezes produzindo uma dificuldade de ser compreendida e, conseqüentemente, de ser interpretada e aplicada.¹³

Diante disso, o reconhecimento da pluralidade de centros emanantes de normas válidas e de várias categorias normativas fez o Estado constitucional de

¹¹ Nessa senda, o Estado constitucional de Direito é o resultado do desenvolvimento histórico do Estado legal de Direito (ou Estado de Direito), no qual houve a apropriação e centralização da produção legal pelos Estados absolutistas. Estes foram substituídos por outras formas de governo que incluíam as ideias do Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio da igualdade, nas quais a lei ainda era a principal fonte do Direito, produzida pelos parlamentos representativos da soberania popular nos sistemas de *civil law* (GUIMARÃES, 2021, p. 85).

¹² Destaca-se que Conrado Hübner Mendes (2008, p. 159) chama a atenção para o fato de que [...] “A revisão judicial não garante a supremacia da Constituição, mas da Corte. Ou melhor, da leitura que a Corte faz da Constituição. Supremacia da Constituição é um ideal político substantivo. Requer que alguém o operacionalize. Deve-se pensar, então, qual instituição merece supremacia decisória, a prerrogativa de dizer a última palavra”.

¹³ O que tem, inclusive, a potencialidade de se produzir cada vez mais os chamados casos difíceis (*hard cases*).

Direito agregar o que Diego Fernandes Guimarães (2021, p. 87) denomina de *princípio estruturante da competência*, dentro do modelo de constituições normativas que influenciou as constituições latino-americanas, como a CRFB/1988.

Outrossim, esse pluralismo é o elemento central do ordenamento e, por conseguinte, o Direito, suas fontes e métodos de análise e aplicação serão igualmente pluralistas. Assim, “[...] além dos conceitos de organização social em torno do Direito e de segurança jurídica [...], serão também chaves do Estado constitucional os conceitos de pluralismo e supremacia da constituição” (GUIMARÃES, 2021, p. 87).

Segundo o Autor, em razão do princípio da competência, que condiciona a validade de outras normas às normas sobre a produção jurídica,

[...] as relações entre as diversas fontes do Direito e os ordenamentos infraestatais, estatais e supraestatais costumam ser organizadas de maneira competencial, ao passo que alguns de seus setores o farão de forma hierárquica, ainda que seja indiscutível que todas elas devam obedecer à dinâmica admitida na constituição normativa, simplesmente porque esta última é a fonte de validade de todas as demais normas que lhe deverão obediência. (GUIMARÃES, 2021, p. 89, grifou-se)¹⁴

Desse modo, cingindo-se às normas jurídicas materialmente existentes no Brasil,¹⁵ a Constituição de 1988 é o diploma normativo supremo, na qual estão contidas as normas jurídicas de maior nível do escalonamento, que são pressupostos de validade das normas jurídicas inseridas nos planos de hierarquia inferior (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 110-111).

Portanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a CRFB/1988 é o diploma normativo que ocupa o maior grau hierárquico e deve ser observada e cumprida pelos três poderes republicanos (Legislativo, Executivo e Judiciário)¹⁶, de todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) – os quais, notadamente, devem ser protagonistas na defesa da ordem constitucional.

¹⁴ Assim, os planos de realização das normas jurídicas passam a ser fundamentais – existência, validade, eficácia e vigência (GUIMARÃES, 2021, p. 89). Apesar de se concordar com a conclusão, entende-se que o plano da eficácia engloba a vigência. Isso porque é a partir da vigência que a norma jurídica passa a ter eficácia, ou seja, a capacidade de produzir os efeitos desejados. Nesse sentido, a vigência é uma condicionante da eficácia, é o estado que uma norma necessita para que tenha a capacidade de produzir seus efeitos. Sem vigência não há eficácia e sem eficácia não há vigência.

¹⁵ O que pressupõe, para este trabalho, a ausência de discussões teóricas sobre normas de caráter transcendental, como a norma hipotética fundamental de Kelsen (2009, p. 215 e seguintes), especialmente diante da autossuficiência contemporânea das constituições frente àquelas (GUIMARÃES, 2021, p. 88).

¹⁶ Assim como as demais entidades que, apesar de não serem designadas expressamente como poderes pelo art. 2º da CRFB/1988, têm papel relevante na promoção da CRFB/1988, como os tribunais de contas, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a advocacia.

Todavia, ainda que exista enquanto norma jurídica com eficácia e, conseqüentemente, dotada de coercitividade, a supremacia constitucional é cotidianamente menosprezada, inclusive pelo Estado. Ademais, há incentivo para que o agente público tenha primazia pela lei, deixando de realizar o exame de conformidade constitucional.¹⁷

Como exemplo, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado ao julgador, pelo art. 26-A, *caput*, do Decreto n. 70.235/1972, ignorar ou afastar a aplicação de acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade, o que é defendido por alguns juristas brasileiros, como Abel Henrique Ferreira (2009, p. 18-23).¹⁸

Isso se agravou com o advento da CRFB/1988, que estendeu o rol de legitimados a impetrar as ações para provocação do controle concentrado de constitucionalidade, havendo a defesa da obrigação de aplicar uma lei inconstitucional, sob o argumento de que, com a extensão do rol de legitimados, a Administração Pública passou a ter a via judicial como o instrumento adequado para a resolução do conflito normativo entre a lei e a Constituição (FERREIRA, 2009, p. 13-14 e 19-20).

Nesse sentido, é um tema que está longe de ter um desfecho no Direito brasileiro. Entretanto, em razão da adoção da supremacia constitucional

No Brasil, já passou da hora de tratarmos a Constituição com o respeito que ela merece, mais precisamente, conferindo-lhe a normatividade que faz jus. Daí ser imprescindível compreendermos a importância e a funcionalidade do processo constitucional dentro desses parâmetros constitucionais e democráticos. Atualmente, não se pode mais fazer uso cínico e estratégico da constituição, ela não pode ter normatividade apenas quando nos interessa [...] (ABBOUD, 2016, p. 53).

Não se pode admitir que a supremacia constitucional e a força normativa da constituição¹⁹ sejam enunciados meramente performáticos, ornamentais, dentro de

¹⁷ Conforme se abordará na Seção 3.2.5 adiante, que considera o risco de responsabilização dos agentes públicos como fator que contribui com a manutenção da noção de primazia da lei em sentido estrito. Sobre a noção de lei em sentido amplo e estrito, ver Seção 3.1.1.

¹⁸ Mesmo existindo exceções que viabilizam o controle de constitucionalidade, inclusive nos casos em que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal (art. 26-A, § 6º, do Decreto n. 70.235/1972), é o tipo de normativa que desincentiva o agente público a realizar o juízo de conformidade. O tema é tratado na Seção n. 4.1.6, quando se aborda o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública no bojo do processo administrativo fiscal.

¹⁹ Sobre a força normativa da Constituição, ver Konrad Hesse (1991), que se contrapõe às reflexões de Ferdinand Lassalle, ao defender que a Constituição não pode ser o lado mais fraco no embate com os fatores reais de Poder, “[...] se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11).

um Estado Democrático de Direito, sob pena de subverter a ordem jurídica estabelecida e enfraquecer a institucionalidade democrática, ao ponto de deixá-la tão fragilizada que induza os anseios populares a buscarem por soluções autoritárias.²⁰

Portanto, o Estado Democrático de Direito e a supremacia constitucional são dois pilares fundamentais para se compreender o contexto jurídico brasileiro, em especial para analisar as possibilidades do exame de conformidade constitucional pela Administração Pública.

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Diante dos inúmeros fatores que obstam o cumprimento integral do estabelecido nas normas constitucionais – critérios hermenêuticos vagos, déficit orçamentário, contexto dinâmico e instável das relações políticas, sociais, econômicas, deficiência da ordem jurídica –, foi necessária a criação e o desenvolvimento de um controle de constitucionalidade²¹ e de instrumentos que viabilizem o exercício dessa função, para que seja possível a sindicância dos atos estatais e privados, no que tange o cumprimento das normas constitucionais.

Assim, expõe-se brevemente algumas considerações sobre o surgimento do controle de constitucionalidade dentro do sistema de freios e contrapesos, inerente à teoria da separação de poderes, para posteriormente analisar o controle de constitucionalidade no Brasil, que nem sempre foi realizado através da via judicial.

Ademais, “[...] A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição” (HESSE, 1991, p. 27-28).

²⁰ Atualmente, viu-se em 8 de janeiro de 2023 até que ponto pode chegar uma narrativa que promove cotidianamente uma imagem perversa das instituições e que ataca frontalmente as normas constitucionais: o ataque violento à Praça dos Três Poderes em Brasília e a destruição patrimonial, inclusive ao patrimônio histórico e artístico.

²¹ Cujas natureza também está vinculada à separação de poderes.

2.2.1 A separação de poderes e o controle de constitucionalidade como instrumento de freios e contrapesos

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, mas se manifesta por meio de funções, que são, basicamente, de três ordens: executiva, legislativa e judiciária. Assim, o fenômeno da separação de poderes é, na verdade, a separação das funções estatais, consistindo na forma clássica de se expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre os órgãos do Estado, a chamada repartição horizontal (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 545).²²

Todavia, não basta que os poderes sejam separados e exercidos por pessoas ou corpos de magistrados diferentes, pois, mesmo assim, pode haver a tirania de um poder sobre os demais. Por conseguinte, torna-se imprescindível que os poderes controlem os outros poderes, o que se viabilizou a partir do desenvolvimento de uma série de medidas que foi designada posteriormente de sistema de freios e contrapesos.

Uma abordagem mais aprofundada do Poder Judiciário, assim como a construção de um sistema de freios e contrapesos melhor delineado que na obra de Montesquieu, são encontradas nos artigos federalistas, escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, no período de 1787 a 1788, com o objetivo de persuadir os votantes da Convenção de Ratificação do Estado de Nova York de que deveriam aprovar a Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) (KRAMNICK, 1993, p. 1-2).²³

Quanto ao Poder Judiciário, os federalistas trataram-no como no mesmo patamar que o Poder Executivo e o Poder Legislativo – assumindo que a propriedade

²² O núcleo da teoria tripartida da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos reside no Capítulo VI da obra “O Espírito das Leis”, em que Charles-Louis de Secondat, o Barão de La Brède e de Montesquieu, trata sobre a Constituição da Inglaterra, no qual expõe três tipos de poder: (i) o poder legislativo, que cria ou anula as leis; (ii) o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (atual Poder Executivo), que faz a paz ou a guerra, instaura a segurança, previne invasões; e (iii) o poder executivo das coisas que dependem do direito civil (atual Poder Judiciário), que castiga os crimes e julga as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168). Posteriormente, Montesquieu (1996, p. 187-194) identifica e expõe como os três poderes foram distribuídos na república romana.

²³ A título informativo, de uma questão que gera debates profundos sobre as formas de governo e de estado, é que os federalistas diferenciaram a república proposta pela Constituição dos EUA de uma democracia. Os dois grandes pontos divergentes, apresentados por Madison no artigo n. 10, eram que, na república, há a delegação do governo a um pequeno número de cidadão eleitos pelos demais (na democracia era participação direta), assim como o modelo comporta maior número de cidadãos e maior extensão do país (na democracia, concebida a partir dos gregos, eram poucos cidadãos e extensões pequenas) (MADISON, 1993, p. 137).

da instituição em abstrato não é contestada, apesar de indicarem a sua fraqueza em relação aos demais poderes –, e que ainda era necessário organizá-lo e definir a sua extensão (HAMILTON, 1993, p. 478-490).²⁴

Para este estudo, basta indicar que cabia ao Poder Judiciário a declaração de nulidade de todos os atos contrários ao sentido manifestado na Constituição, sem a qual todas as limitações a direitos ou privilégios equivaleriam a nada. Essa função correspondia, inclusive, ao direito dos tribunais de declararem a nulidade de atos legislativos por serem contrários à Constituição, supondo que os tribunais foram concebidos para serem um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a manter este dentro dos limites atribuídos a seu Poder (HAMILTON, 1993, p. 480-481).

Isso porque a interpretação das leis é de domínio próprio e particular dos tribunais. Por ser a Constituição de fato uma lei fundamental, como tal deve ser vista pelos juízes, aos quais cabe, portanto, definir seus significados tanto quanto os significados de quaisquer atos procedentes do Poder Legislativo (HAMILTON, 1993, p. 481).

Basicamente, há a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos proferidos pelo Poder Legislativo, em que os tribunais, longe de serem superiores, têm a competência de defender a Constituição em face de leis conflitantes, proferidas em oposição à vontade do povo, que é exteriorizada nas leis fundamentais (HAMILTON, 1993, p. 481).²⁵

Portanto, antes mesmo da Decisão paradigma no caso *Marbury v. Madison*,²⁶ já fora teorizado o controle judicial de constitucionalidade, o qual se encontra positivado na Constituição dos EUA desde sua origem, ao incluir no seu artigo VI,

²⁴ O modo de organizar o Poder Judiciário foi complexo, considerando-se o contexto da época. Previu-se, por exemplo, que o modo de designação dos juízes seria o mesmo utilizado na designação dos servidores da União em geral, o critério de bom comportamento para a vitaliciedade no cargo e a completa independência dos tribunais de justiça em uma Constituição limitada (HAMILTON, 1993, p. 478-480).

²⁵ Além disso, Hamilton (1993, p. 482) expõe a superioridade hierárquica da Constituição, expressão da conhecida regra de resolução de antinomias: “[...] Ensinaram-nos que o ato anterior de uma autoridade superior deve ser preferido ao ato subsequente de uma autoridade inferior e subordinada. Assim, sempre que determinado estatuto contradiz a Constituição, será dever dos tribunais judiciais ater-se a esta última e desconsiderar o primeiro”. Outrossim, a função contramajoritária do poder judicial é exposta por Hamilton (1993, p. 482-483), para atuar na defesa da Constituição quando houver risco de opressão a minorias por maiorias contingenciais.

²⁶ A Decisão, ainda que não seja a origem do controle de constitucionalidade, contribuiu decisivamente na construção e compreensão da supremacia constitucional fora do território estadunidense (GUIMARÃES, 2022, p. 86-87).

cláusula 2º, também conhecido como *supremacy clause* (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 65), a seguinte disposição:

Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas em conformidade com ela; e todos os tratados celebrados, ou que venham a ser celebrados, sob a Autoridade dos Estados Unidos, serão a Lei suprema do país; e os juízes de todos os Estados serão obrigados por isso, não obstante qualquer disposição na Constituição ou Leis de qualquer estado em sentido contrário (tradução livre).²⁷

Ademais, a separação de poderes não implica que os poderes “[...] não devem ter nenhuma *ingerência parcial*, ou nenhum *controle* sobre os atos uns dos outros”. Diferentemente, há violação à separação de poderes “[...] quando todo o poder de um braço é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro, os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos” (MADISON, 1993, p. 333).^{28 29}

Portanto, a separação de poderes não exige que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam inteiramente desvinculados entre si. Na verdade, “[...] a menos que esses poderes sejam vinculados e misturados o suficiente para que cada um tenha um controle constitucional sobre os outros, o grau de independência exigido pela máxima como essencial a um governo livre jamais poderá ser mantido na prática” (MADISON, 1993, p. 338).

A partir dessa exposição, percebe-se que o sistema de freios e contrapesos, conforme concebido por Montesquieu e presente na Constituição dos EUA, é inerente à separação de poderes – ao menos a que foi incorporada nas constituições dos estados modernos, incluindo dos EUA e do Brasil –, a qual não tem condições de

²⁷ No original: *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787).

²⁸ Inclusive, ao analisar as constituições de New Hampshire, Massachusetts, Nova York, Nova Jersey, Pensilvânia, Delaware, Maryland, Virgínia, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia, Madison não verificou nenhum caso em que os poderes foram mantidos absolutamente independentes e distintos nos estados americanos – deixando de lado as constituições de Rhode Island e Connecticut, pois formuladas antes da Revolução e, portanto, antes da separação de poderes ser objeto de atenção política (MADISON, 1993, p. 334-337).

²⁹ Veja que essa afirmação contradiz o que os defensores de uma separação mais rígida e o arrefecimento do sistema de freios e contrapesos pregam. Sobre o tema, em contraposição ao Estado administrativo, ver Seção 2.5 abaixo.

perdurar ao longo do tempo sem que haja o controle recíproco entre os poderes, que deve se adaptar às particularidades presentes no momento histórico.³⁰

Nessa senda, após identificar e discriminar as várias classes de poder, segundo a natureza legislativa, executiva e judiciária, a tarefa seguinte e mais difícil é justamente fornecer a cada um dos poderes alguma garantia prática contra a invasão dos demais (MADISON, 1993, p. 338), ou seja, a tarefa de instituir o desenho do sistema de freios e contrapesos.

Entretanto, a mera demarcação escrita no papel dos limites constitucionais dos vários poderes, não se mostrou uma salvaguarda suficiente contra os abusos que podem levar a uma concentração tirânica de todos os poderes de governo nas mesmas mãos (MADISON, 1993, p. 342).³¹

Para manter a necessária divisão do poder, como estabelecido na Constituição dos EUA, era preciso arquitetar a estrutura interna do governo, de modo que suas partes constituintes pudessem ser, por relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares (MADISON, 1993, p. 349).³²

Ao analisar esses expedientes, que compõem um sistema de freios e contrapesos, Madison (1993, p. 346) circunscreveu-se a examinar a capacidade que os instrumentos têm de impor o cumprimento da Constituição, isto é, se seriam adequados para evitar e corrigir infrações à Constituição.

Assim, o controle dos poderes tinha a finalidade de preservar a Constituição – denotando, portanto, que o sistema de freios e contrapesos era, na sua totalidade, controle de constitucionalidade, ainda que não como utilizado e compreendido contemporaneamente. Outrossim, confundia-se com a própria noção de separação de poderes, pois uma separação, pensada de forma rígida e imutável, não sobrevive sem o controle recíproco entre os poderes.

³⁰ Nesse sentido, ver Seção 2.5., quando se trata sobre a presença de um Estado administrativo no Brasil, assim como a Seção 4.2, que considera o contexto contemporâneo para pensar em novas práticas institucionais.

³¹ Outrossim, Madison (1993, p. 342-348) ressalta que apelos ocasionais ou periódicos ao povo não seria uma medida correta nem eficaz para impor o cumprimento da Constituição, incluindo um sistema de freios e contrapesos que produza efeitos concretos de limitação do poder. Contudo, é importante lembrar que a concepção de república nos artigos federalistas é diferente da noção de democracia – aquela exercida por representantes eleitos, esta diretamente pelo povo –, assim como havia dificuldade em implementar um sistema que viabilizasse o voto direto.

³² Assim, cada poder deveria determinar-se a si mesmo, de modo que seus membros tivessem a menor ingerência possível na designação dos membros dos outros poderes, o que exigiria que todas as nomeações para as magistraturas supremas do executivo, legislativo e judiciário fossem emanadas da mesma fonte de autoridade, o povo, admitindo alguns desvios em razão da dificuldade de sua execução (MADISON, 1993, p. 349).

Uma das ferramentas de controle, e cuja pertinência impõe a abordagem, é o veto qualificado³³ do presidente sobre os atos ou resoluções do legislativo, composto pelo poder da presidência em devolver todos os projetos a que faça objeções, com o efeito de impedir que se tornem leis, salvo quando o projeto seja novamente ratificado, por dois terços dos membros de cada uma das casas que compõem o Poder Legislativo (HAMILTON, 1993, p. 458).

O veto tem importância diante da tendência do Poder Legislativo a usurpar os direitos e absorver os poderes dos outros braços do governo, em que a mera delimitação escrita dos limites de cada poder impõe a necessidade de dotar o Poder Executivo com esse mecanismo constitucional para a própria defesa, além de fornecer uma garantia adicional contra a promulgação de leis impróprias (HAMILTON, 1993, p. 458-459).³⁴

Portanto, nos artigos federalistas encontra-se, além da separação tripartida de poderes: (i) uma União forte, com um Poder Executivo tão forte quanto necessário para o exercício das suas competências; (ii) um Poder Judiciário mais forte que antes (Montesquieu), com a função de exercer a guarda da Constituição em face dos atos do Poder Legislativo; e (iii) um sistema ordenado e recíproco de freios e contrapesos, instituído com a finalidade de salvaguardar as disposições constitucionais, no qual se encontra o veto do poder executivo e o controle judicial de constitucionalidade.

Por conseguinte, tem-se que o sistema de freios e contrapesos, desde que concebido como mais complexo e dinâmico, com a função de instituir mecanismos de controle de constitucionalidade, é inerente à separação de poderes. O desenho institucional presente nas constituições que se fundamentam na separação de poderes, necessária e naturalmente, precisam de medidas de controle de um poder sobre o outro.

³³ Preferiu-se o veto qualificado, com possibilidade de revisão por dois terços de cada casa legislativa, pois tende a ser mais prontamente exercido que o veto absoluto, sem revisão. A objeção, caso prevalecesse, estaria endossada por uma proporção considerável do poder legislativo, somando a defesa do veto perante a opinião pública. “[...] Um veto direto e categórico parece algo mais duro, mais tendente a irritar, que a mera apresentação de objeções argumentativas, a serem aprovadas ou não por aqueles a quem se dirigem. Na mesma medida em que seria menos apto a ofender, esse veto seria mais apto a ser exercitado, e exatamente por isto talvez se mostre mais efetivo na prática” (HAMILTON, 1993, p. 461).

³⁴ Em resumo, “[...] O motivo primordial para conferir ao executivo o poder em questão é capacitá-lo a se defender; o secundário é reduzir, em benefício da comunidade, a possibilidade de aprovação de leis más por pressa, inadvertência ou cálculo” (HAMILTON, 1993, p. 459).

2.2.2 O controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1824 do Brasil

Em um primeiro momento, é possível cogitar que a abordagem sobre o controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1824 do Brasil seja completamente desnecessária e improdutiva. A possibilidade aumenta ao passo em que há o entendimento de que a Constituição de 1824 “[...] não adotou nenhum sistema de controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 85).³⁵

Todavia, a contribuição de Marcelo Casseb Continentino, na obra “História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)”, fruto da sua tese de doutorado e publicada em 2015, demonstra o oposto e se tornou referência para os estudos sobre o tema.

Para além de desconstituir a crença de que não houve controle de constitucionalidade à época, ele demonstra, a partir da história do pensamento constitucional brasileiro, que havia controle de constitucionalidade e que o protagonista era o Poder Executivo, mesmo que não autorizado por norma constitucional.

Nesse sentido, apresentam-se brevemente algumas passagens da história do pensamento constitucional no Brasil Império, porquanto são relevantes para compreender o tema do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública no tempo presente, especialmente porque a decisão sobre quem decide sobre a constitucionalidade é do soberano, assim como as necessidades presentes podem provocar a ação do Poder Público que, apesar de inconstitucional (ilegal em sentido amplo), torna-se legítima.

Inicialmente, destaca-se que o conceito de controle de constitucionalidade não se resume ao controle judicial. No sentido amplo, o controle de constitucionalidade constitui uma prática institucional de defesa da Constituição, em que se atribui a um órgão (judicial ou político) a prerrogativa de examinar a compatibilidade entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional (CONTINENTINO, 2015, p. 48-54 e 289).

³⁵ Importante destacar que a obra acessada é de 2010 e que o Autor, Dirley da Cunha Júnior, pode ter alterado posteriormente suas percepções sobre o controle de constitucionalidade na Constituição de 1824.

Normativamente, cabia à Assembleia Geral a competência de “velar na guarda da Constituição”, segundo o art. 15, inciso IX, da Constituição de 1824,³⁶ apesar de que a disposição não amparou expressamente a prática do controle de constitucionalidade das leis (CONTINENTINO, 2015, p. 290-291).

Esse era o sentido da compreensão normativa da época. O deputado Teófilo Ottoni, em registro datado de 1840, afirmou que o dispositivo normativo, por si só, não conferia à Assembleia o direito de suprema inspeção, sendo limitada pelos estritos termos da Constituição, não significando autorização para o exercício do controle de constitucionalidade. (CONTINENTINO, 2015, p. 292-294).

Entretanto, o cenário foi alterado com a reforma constitucional implementada pelo Ato Adicional de 1834 (Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834), o qual introduziu um procedimento específico para a tutela constitucional, que funcionou até o fim da vigência da Constituição de 1824.

O Ato conferiu competências legislativas às assembleias provinciais, instituindo um complexo mecanismo de controle de constitucionalidade das leis provinciais, ao mesmo tempo em que manteve as competências da Assembleia Geral (CONTINENTINO, 2015, p. 296-297).

Ao ser esmiuçado pela Lei de Interpretação (Lei n. 105, de 12 de maio de 1840), foram estabelecidos três procedimentos específicos de controle de constitucionalidade das leis: (i) por ato do presidente da província, caso se recusasse a sancionar um projeto de lei por violação à Constituição; (ii) encaminhamento de projeto de lei vetado pela Assembleia Provincial ao Governo Geral e à Assembleia Geral, a quem competia decidir definitivamente sobre a questão constitucional; e (iii) quando constatada a inconstitucionalidade da lei provincial já sancionada e publicada, a possibilidade de cassação pela Assembleia Geral (CONTINENTINO, 2015, p. 298).

A partir das inovações normativas, o Autor faz uma análise minuciosa sobre o controle de constitucionalidade, tanto pelos presidentes das províncias como pela Assembleia Geral (CONTINENTINO, 2015, p. 300-306). Contudo, o que é relevante consignar neste trabalho é o papel do Governo Imperial no controle de constitucionalidade.

³⁶ No original: “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral [...] IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação”. (BRASIL, 1824).

Nos termos da Constituição de 1824, o Poder Executivo geral e provincial não tinha competência para exercer o controle de constitucionalidade.³⁷

Não obstante, nem a falta de previsão normativa nem a teoria constitucional desenvolvida foram suficientes para impedir que o governo imperial interviesse indevidamente na seara dos demais poderes constitucionais, suspendendo a execução das leis ou as revogando. Era uma prática inconstitucional, não havia dúvidas. Mesmo assim, ela foi exercida com relativa intensidade e, às vezes, com o beneplácito do próprio Conselho de Estado (CONTINENTINO, 2015, p. 307).

Algumas causas dessa conduta inconstitucional são importantes de ressaltar. A mais frequente decorria da morosidade ou omissão da Assembleia Geral.³⁸ Em segundo, a decisão de suspensão da eficácia da lei já sancionada e publicada somente se justificava em casos excepcionais, cujo objeto era de tanta transcendência que não se podia esperar a revogação pelo corpo legislativo. Por este ser um critério vago, acredita-se³⁹ que havia um terceiro fator, ao lado do primeiro, que eram as razões econômicas e políticas, nem sempre explicitadas (CONTINENTINO, 2015, p. 308-309).

À época, o Visconde do Uruguay, assim como outros pensadores, entendia que esse instrumento de preservação e defesa da Constituição era necessário e coerente com as instituições políticas do Império e reconhecia suas qualidades intrínsecas.⁴⁰ Entretanto, a prática que se sucedeu foi péssima e ineficiente (em relação à Assembleia Geral), uma verdadeira “anarchia legislativa” se instaurou (CONTINENTINO, 2015, p. 310).⁴¹

³⁷ Mesmo sem competência, havia a necessidade de o Imperador e seu herdeiro presuntivo, ao completar quatorze anos de idade, observarem e fazerem observar a Constituição política da Nação Brasileira (artigos 103 e 106 da Constituição de 1824).

³⁸ Como no caso da possibilidade de as assembleias provinciais concederem aposentadoria aos empregados provinciais, que não foi resolvida após o transcurso de mais de 30 (trinta) anos (CONTINENTINO, 2015, p. 308).

³⁹ Aqui o Autor é cauteloso, utilizando-se de eufemismo para amenizar uma questão que é inevitável e presente ao longo da história: a tomada de decisão pelo Poder Público por razões políticas e econômicas, ainda que ocultadas sob justificativas jurídicas.

⁴⁰ Ele chegou a sugerir a constitucionalização da prática inconstitucional do governo geral mediante alteração pontual no Ato Adicional, outorgando-lhe a faculdade de suspender provisoriamente as leis provinciais já sancionadas e publicadas, até decisão definitiva da Assembleia Geral, para acautelar os casos urgentes e de dano irreparável, sem afetar a competência da Assembleia Geral (CONTINENTINO, 2015, p. 310-311).

⁴¹ Visconde do Uruguay relatou que, nos primeiros quatorze anos (1834-1848), a Assembleia Geral anulou vinte e uma leis provinciais. Nos dezesseis anos seguintes (1848-1865), não revogou uma única lei provincial sequer. Sua ineficiência dava azo ao mal sempre crescente da incontável edição de leis provinciais que usurpavam as competências da Assembleia Geral, sem qualquer tipo de sanção (CONTINENTINO, 2015, p. 310).

Apesar de conhecer o controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, Uruguay entendia que o modelo não era cabível à institucionalidade brasileira estabelecida à época, assim como detinha uma visão política da forma como exercer o controle, pois alguém decidiu naquele país que o juiz teria a última palavra em matéria constitucional (CONTINENTINO, 2015, p. 311-312).

Por conseguinte,

[...] Não podemos conceber a formação do controle judicial da constitucionalidade, perdendo de vista a construção histórica e política dessa importante dimensão. Portanto, havia um ato de vontade que, diante das opções de modelos existentes, escolhera aquele que melhor se amoldaria ao modelo constitucional vigente em determinado contexto (CONTINENTINO, 2015, p. 311, grifou-se).

No contexto brasileiro, em um ambiente institucional historicamente formado e consolidado, os juízes não estavam acostumados com a interpretação constitucional, mormente a interpretação constitucional que resultasse na limitação de outros poderes (CONTINENTINO, 2015, p. 312).^{42 43}

Assim, dos temas abordados e das decisões praticadas no período, o que têm acentuada relevância para este trabalho são: (i) a concepção de que o órgão ou entidade apto a exercer o controle de constitucionalidade, de forma definitiva ou provisória, advém de uma decisão política, que não pressupõe a competência de um ou outro sujeito institucional; e (ii) a necessidade em determinados contextos exige a tomada de decisão por um órgão ou entidade que tem as condições materiais de realizar o controle de constitucionalidade, mesmo quando desprovido das condições normativas.

A questão é relevante porque destaca um papel ativo da Administração Pública no controle de constitucionalidade à época, de modo a preencher uma necessidade empírica e jurídica que surgiu a partir da ineficiência e omissão da Assembleia Geral, isto é, a ação, por mais que inconstitucional na forma, pretendeu dar cumprimento material à Constituição de 1824, em face da necessidade presente naquele contexto.

⁴² Inclusive, vale lembrar a disseminação das lições da escola da exegese, assim como a compreensão da Constituição como um documento preponderantemente (ou até exclusivamente) político, contribuindo para a ausência de interpretação judicial da Constituição.

⁴³ Ainda não existindo o controle judicial de constitucionalidade até a sua institucionalização oficial, com a Constituição seguinte, o debate precedeu em décadas a sua introdução formal, o que estava condicionado, como tudo está, a um ato de decisão sobre a autoridade legitimada a dizer o direito por último (CONTINENTINO, 2015, p. 314).

Essas questões, por si sós, causam ao menos as reflexões que se espera em relação à temática central: o controle judicial de constitucionalidade não foi sempre a regra no Direito brasileiro; e as necessidades contingenciais são capazes de provocar a ação de instituições, ainda que não formalmente competentes, no sentido de defender a Constituição, o que condiciona o debate institucional aos contextos históricos.⁴⁴

2.2.3 Breve histórico do controle de constitucionalidade nas constituições de 1891 a 1969 do Brasil

No Brasil, desde a Constituição de 1891, adotou-se como regra o controle judicial difuso de constitucionalidade, com inspiração no modelo estadunidense, conforme disposto originalmente no artigos 59, inciso II, e § 1º, alínea “b”, e 60, alíneas “a” e “b”.

Esse regime foi modificado pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que promoveu uma grande reforma constitucional, retirando o disposto no art. 59, modificando a redação do art. 60, alíneas “a” e “b”, e incluindo a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal (art. 60, § 1º, alíneas “a” e “b”), ainda no controle judicial difuso de constitucionalidade (que estava previsto no antigo art. 59).⁴⁵

As normas sobre o controle judicial de constitucionalidade e a competência dos poderes de zelarem pela guarda da Constituição permaneceram nas constituições seguintes, com maiores ou menores variações, incorporando a organização e a lógica das constituições anteriores e aprimorando gradualmente o sistema que culminou na CRFB/1988.

Na Constituição de 1934, seguiu-se o mesmo padrão, de controle judicial difuso de constitucionalidade, com possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal (artigos 76, n. 2, inciso III, alíneas “b” e “c”, art. 78, parágrafo único, 79,

⁴⁴ Isso é fundamental para compreender o que se discorre na Seção n. 4.2 e será retomado no momento apropriado.

⁴⁵ Mesmo assim, havia a incumbência do Congresso Nacional de velar pela guarda da Constituição (art. 35, 1º), bem como havia o veto por razões de inconstitucionalidade (art. 37, § 1º), o juramento da Presidência para “[...] manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição federal [...]” e constituía crime de responsabilidade os atos da Presidência que atentassem contra a Constituição (art. 54, 2º).

parágrafo único, 81, *caput*, alínea “b”, 83, § 1º, 113, n. 33), assim como previu o dever de guarda da Constituição por outros poderes.⁴⁶

Uma novidade foi a competência do Senado Federal de suspender a execução de qualquer ato que tenha sido declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 91, IV), objetivando o cumprimento das decisões judiciais no modelo de controle judicial difuso de inconstitucionalidade e a atribuição de eficácia *erga omnes*, em que o Procurador Geral da República detinha a prerrogativa de comunicar a decisão ao Senado e à autoridade que emanou o ato (art. 96).

Posteriormente, o controle de constitucionalidade foi substancialmente reduzido com a Constituição de 1937, que dissolveu o Poder Legislativo nacional, estadual e municipal (art. 178), mantendo-se, ainda que meramente na aparência, a competência dos tribunais de declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato da Presidência, somente por maioria absoluta (art. 96), e o grau recursal do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (art. 101, inciso III, alíneas “b” e “c”).⁴⁷

Após quase nove anos, foi promulgada a Constituição de 1946, que retomou a suspensão de ato pelo Senado Federal, considerado inconstitucional, dessa vez por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64) – o que sinalizou, ao menos no âmbito normativo, uma tentativa de se homogeneizar as decisões no controle judicial de constitucionalidade.⁴⁸

Outrossim, houve a retomada do modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade, como a competência recursal do Supremo Tribunal Federal (artigos 101, *caput*, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, 120, 122, § 1º) e a competência dos tribunais para declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros (art. 200).

Somente em 1965, a partir da Emenda Constitucional n. 16 à Constituição de 1946, que se adotou o controle concentrado de constitucionalidade, mediante a representação contra inconstitucionalidade a ser encaminhada pela Procuradoria-

⁴⁶ Na Constituição de 1934, havia a competência concorrente entre a União e os estados de “velar na guarda da Constituição e das leis” (art. 10), manteve-se o veto por razões de inconstitucionalidade (art. 45, *caput*), o juramento para manter e cumprir com lealdade a Constituição Federal (art. 53), o crime de responsabilidade da Presidência por ato que atentar contra a Constituição (art. 57, alínea “b”) e previu a incumbência do Senado Federal de velar pela Constituição (artigos 88 e 92, § 1º, inciso I).

⁴⁷ A Constituição de 1937 manteve o veto por razões de inconstitucionalidade (art. 66, § 1º) e o crime de responsabilidade da Presidência que atentar contra a Constituição (art. 85, alínea “b”).

⁴⁸ Na Constituição de 1946, estavam previstos o veto por razões de inconstitucionalidade (art. 70, § 1º) e o juramento da Presidência de manter, defender e cumprir a Constituição da República (art. 83, § 2º).

Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, e a incumbência do Tribunal Pleno de julgar as prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas turmas (art. 101, inciso I, alínea “k”, e § 1º, alínea “b”), inspirado na construção kelseniana do Tribunal Constitucional da Constituição Austríaca de 1920 (KELSEN, 2013, p. 3-46).

Sobreveio a Constituição de 1967, que também manteve o controle difuso, como a competência dos tribunais para declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, pela maioria absoluta de seus membros (art. 111), e a instância recursal do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (artigos 114, inciso III, alíneas “a”, “b”, e “c”, 135).⁴⁹

Ademais, desde a sua origem, adotou concomitantemente o controle concentrado de constitucionalidade, através de representação da Procuradoria-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, inciso I, alínea “l”).

Por fim, há o entendimento que a Emenda Constitucional n. 1/1969, que editou o novo texto da Constituição de 1967, correspondeu à criação de um novo documento, pois substituiu, na íntegra, o texto da Constituição de 1967. Nela, estavam previstos todos os instrumentos de controle de constitucionalidade instituídos nas constituições anteriores.^{50 51}

Portanto, verifica-se que ao longo da história constitucional brasileira, ainda que se tenha adotado o controle judicial de constitucionalidade como regra, sempre houve, em maior ou menor grau, a competência dos demais poderes para defenderem a constituição. Do mesmo modo, o veto enquanto instrumento de controle de constitucionalidade sempre foi de competência do chefe do Poder Executivo, o que evidencia que não há exclusividade do controle pelo Poder Judiciário na história constitucional brasileira.

⁴⁹ Ainda que promulgada na vigência de um regime ditatorial, a Constituição de 1967 manteve, ao menos no âmbito normativo, a competência do Senado Federal de suspender a execução de ato considerado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e o crime de responsabilidade da Presidência por ato que atente contra a Constituição (art. 84, *caput*)

⁵⁰ Por exemplo, havia a competência do Senado Federal para suspender a execução de ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo (art. 41, *caput*, inciso VII); o veto presidencial por razões de inconstitucionalidade (art. 59, § 1º); a competência dos tribunais de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, pela maioria absoluta de seus membros (art. 116); e o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, este último mantendo apenas a Procuradoria-Geral da República como legitimada ativa (art. 119, inciso I, alínea “l”, e inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”).

⁵¹ No sentido de a Emenda Constitucional n. 1/1969 ter representado uma novo diploma constitucional e um retrocesso em matéria de direitos fundamentais, ver Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 274).

2.2.4 Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra-se um sistema mais organizado, complexo, extenso e dinâmico de controle de constitucionalidade, mormente em comparação às demais constituições na história do país, com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade.

Com exceção da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo (art. 52), própria do controle incidental (ALMEIDA, 2007, p. 15-16) e que já existia nas constituições anteriores, a Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional n. 45/2004 instituíram os casos de decisão judicial com efeito vinculante,⁵² com destaque para aquelas tomadas no bojo do controle concentrado (art. 102, § 2º) e para as súmulas vinculantes (art. 103-A), bem como alargou o rol dos legitimados para propor as ações perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103).⁵³

Assim, a partir do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, atribuiu-se ao Poder Judiciário o protagonismo dentro do sistema de controle, delegando-lhe a competência para dar a palavra final⁵⁴ sobre a constitucionalidade dos atos públicos e privados – fenômeno que expressa sua fortuna através da consolidação de uma espécie particular da atividade judicante: a jurisdição constitucional.⁵⁵

⁵² O efeito vinculante das decisões em controle concentrado de constitucionalidade em face da Administração Pública será abordado em seguida, em especial na Seção n. 4.1.5.1.

⁵³ O tema do controle judicial de constitucionalidade é demasiadamente extenso para ser abordado com profundidade neste trabalho, dado o enfoque na Administração Pública. Para uma análise minuciosa sobre o tema, ver Conrado Hübner Mendes (2008) e Dirley da Cunha Júnior (2010).

⁵⁴ Destaca-se que a competência do Poder Judiciário para dar a “última palavra” sobre a constitucionalidade é formal-institucional, havendo a possibilidade – e necessidade – de ser posta em xeque a partir da interpretação dos demais atores do cenário jurídico, em especial as instituições e aqueles que se dedicam exaustivamente ao estudo do tema. Sobre essa questão, existe o entendimento de que o diálogo entre as instituições e entre estas e a sociedade em geral infirma esta supremacia constitucional e, portanto, não haveria propriamente a “palavra final”. Neste sentido, Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 200-201) destaca a função cambiante, e não estática, da teoria da separação de poderes, com base em um modelo dialógico, havendo, com a utilização da expressão de Conrado Hübner Mendes, a “última palavra provisória”.

⁵⁵ É interessante que vários países tenham chegado nesse modelo, diante da perspectiva de Montesquieu sobre o Poder Judiciário, que chega a considerá-lo nulo, apesar de ser um expoente ao inseri-lo nos “poderes” de um Estado. Segundo ele, este poder deve ser dado a pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, como era em Atenas, de maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que dure só o tempo que a necessidade requerer. Assim, o poder de julgar não está ligado a certo estado ou profissão, o que acaba por torná-lo invisível e nulo. Outrossim, destaca que “[...] Não

Todavia, ainda que a ampliação do controle judicial de constitucionalidade no Brasil seja inegável, não é só o Poder Judiciário que detém a competência (e o dever) de realizar o controle de constitucionalidade, apesar de ser, na atualidade, a instituição que profere a decisão final, exercendo o controle último (FREITAS, 2010, p. 217-218) – com supedâneo na inafastabilidade da jurisdição e na competência do Supremo para exercer o controle de constitucionalidade, nos termos dos artigos 5º, *caput*, inciso XXXV, 102, *caput*, inciso III, e §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988.

Também há a previsão expressa na Constituição de 1988 da competência comum dos entes federados de zelarem pela guarda da Constituição (art. 23, *caput*, inciso I), do juramento da Presidência e Vice-Presidência de manterem, defenderem e cumprirem as normas constitucionais (art. 78, *caput*) e do veto por razões de inconstitucionalidade (art. 66, § 1º).

Por conseguinte, faz-se necessária a abordagem sobre a legitimidade da Administração Pública para exercer o controle de constitucionalidade, com o objetivo de verificar se há fundamento que justifique a legitimidade para o exercício dessa atividade, ou se a Administração Pública não é sujeito legítimo para proferir decisões sobre (in)constitucionalidade.

2.3 A LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com a finalidade de analisar se a Administração Pública é legítima para exercer o controle de constitucionalidade, faz-se necessário, em um primeiro momento, apresentar uma definição de Administração Pública, que operacionalize o conceito ao longo do trabalho.

Em segundo, aborda-se o que é legitimidade e de onde se origina, para verificar se a Administração é legítima para exercer a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade propriamente dito.

se tem continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, não os magistrados". Em outra passagem, refere-se aos juízes, advindos dos cidadãos, como apenas a boca que pronuncia a palavra da lei e são seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor (MONTESQUIEU, 1996, p. 169, 172 e 175). Portanto, é nítido o caráter secundário do Poder Judiciário na visão de Montesquieu.

2.3.1 Definição de Administração Pública

Faz-se necessária a formulação de um conceito operacional de Administração Pública, significante que é polissêmico e comporta algumas significações diferentes. Isso porque em toda ciência existem conceitos técnicos que são amplamente debatidos e controvertidos. Como na ciência jurídica o sintagma *Administração Pública* não foge da regra, a demonstração de um conceito que operacionalize a comunicação entre o texto escrito e o leitor é fundamental.

O conceito legal pode ser encontrado no art. 3º, *caput*, inciso III, da Lei n. 13.460/2017, que define “administração pública” como o “órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública”.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o significado empregado pela legislação não parece ser o mais adequado, ao menos para este trabalho. O significante é utilizado com iniciais minúsculas, apesar de se referir aos sujeitos, e não à atividade, o que tem a capacidade de gerar confusão na utilização da expressão. Outrossim, incorpora uma noção extremamente ampla, abrangendo todos os órgãos e entidades com função preponderantemente administrativa do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Nesse sentido, é relevante destacar a definição proposta Jean Rivero (1981, p. 13), na qual *Administração Pública*, com iniciais maiúsculas, é utilizada para designar o conjunto de sujeitos (órgãos, entidades e agentes) que integram a estrutura administrativa do Estado, vinculada ao Poder Executivo; e *administração pública*, com iniciais minúsculas, define a atividade administrativa, que pode existir em qualquer esfera de poder, incluindo os poderes Legislativo e Judiciário.

Dessarte, ainda que todos os poderes da República Federativa do Brasil (Legislativo, Executivo e Judiciário) exerçam atividade administrativa, somente um deles tem essa função como precípua (ou típica), isto é, que exerce majoritariamente a atividade administrativa: o Poder Executivo.

Por conseguinte, pode surgir uma indagação legítima: se *Administração Pública* se refere ao Poder Executivo, por que não utilizar esse último sintagma como significante? A resposta é relativamente simples, ainda que passível de ser questionada. A expressão Administração Pública parece melhor que Poder Executivo

enquanto *significante* porque engloba imediatamente em seu significado a Administração direta e indireta dos entes federados, enquanto Poder Executivo remete, também de forma imediata, apenas à Administração direta.

Inclusive, o Decreto n. 200/1967 dispõe que o Poder Executivo é exercido pela Presidência da República, com o auxílio dos ministérios (art. 1º), ao passo em que a Administração Federal é dividida em: (i) Administração direta, constituída dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos ministérios; e (ii) Administração indireta, que compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria (art. 4º, incisos I e II).

Assim, ao se utilizar do *significante* Administração Pública, o significado abrange a Administração direta (Poder Executivo dos entes federados e seus órgãos) e indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios públicos respectivos),⁵⁶ incluindo todos os sujeitos de direito integrantes da estrutura estatal administrativa, personalizados ou despersonalizados.⁵⁷

Portanto, o significado de Administração Pública adotado neste trabalho corresponde ao *conjunto de sujeitos (órgãos, entidades e agentes públicos), personalizados ou despersonalizados, que compõem a Administração Pública direta e indireta, de todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios).*

2.3.2 A legitimidade da Administração Pública para a interpretação constitucional

O tema da legitimidade é demasiadamente extenso e complexo. Envolve a relação entre Direito e Poder político e a necessidade de uma ordem legal que

⁵⁶ Apesar de não estarem contidos no art. 4º, *caput*, inciso II, do Decreto n. 200/1967, os consórcios públicos são entidades dotadas de personalidade jurídica própria e, quando constituídos com personalidade jurídica de direito público, integram a Administração Pública indireta dos entes consorciados, conforme dispõe o art. 6º, *caput*, inciso I, e § 1º, da Lei n. 11.107/2005. Ainda, consideram-se os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado como integrantes da Administração indireta, ainda que a Lei em comento não faça referência, ao passo em que a criação de entidades com esse perfil é oriunda da descentralização administrativa, mas ainda vinculadas ao Direito Administrativo (NOHARA, 2013, p. 613-614), incluindo às normas sobre direito financeiro aplicadas às entidades públicas (artigos 6º, § 2º, e 9º, da Lei n. 11.107/2005).

⁵⁷ Utiliza-se o sintagma *sujeitos de direito* para se referir ao gênero, que engloba como espécies os entes personalizados, que detêm personalidade jurídica, como os entes federados e as autarquias; e os entes despersonalizados, que não detêm personalidade jurídica, como os órgãos e o Ministério Público (COELHO, 2015, p. 140-141).

organize e justifique o exercício do poder em uma sociedade, cuja análise convencional dos juristas culmina em uma associação entre legalidade e legitimidade (WOLKMER, 1994, p. 179; BARACHO, 1985, p. 19).

Entretanto, legitimidade é um conceito autônomo, paralelo ao de legalidade, com conteúdo e justificação diferentes, ainda que possam ser identificadas ou analisadas em conjunto. Assim, a legitimidade de uma instituição não corresponde necessariamente à conformidade com a legalidade positivada (BARACHO, 1985, p. 17).⁵⁸

Enquanto a legalidade reflete o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva, compreendendo a existência de leis formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em uma determinada situação institucional; a legitimidade incide na esfera da consensualidade de ideais, dos fundamentos, dos valores, cuja concretização supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as compreensões coletivas do que é justo (WOLKMER, 1994, p. 180).

Inicialmente, é imprescindível compreender que é a correlação entre Direito e Poder que leva à legitimidade do poder e à justiça da norma jurídica. A fé na legitimação imanente da legalidade tornou-se insustentável a partir do momento em que foram propostos novos argumentos para sua justificação, mormente os argumentos sociológicos (BARACHO, 1985, p. 14 e 17).

Com isso, a mera existência de uma norma jurídica, conferindo abstratamente a legitimidade a um determinado sujeito de uma determinada sociedade, não tem capacidade suficiente para lhe atribuir legitimidade social. Caso a sociedade venha a rejeitar essa norma, ignorando a condição do sujeito pretensamente impositiva, não haverá legitimidade social.⁵⁹

⁵⁸ Diante da amplíssima produção teórica sobre a definição e características da legitimidade, legitimação e legalidade, optou-se por utilizar os artigos dos professores Antonio Carlos Wolkmer (1994) e José Alfredo de Oliveira Baracho (1985), que abordam o tema de forma sucinta, mas suficiente para a finalidade deste trabalho, a partir de autores como Montesquieu, Georges Burdeau, Miguel Reale, León Diguít, Carl Schmitt, Max Weber, Niklas Luhmann, Norberto Bobbio, Paulo Bonavides, Eros Grau, José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros.

⁵⁹ Com isso, revela-se uma das características mais fracas do Direito: a necessidade de aceitação social da vigência das normas jurídicas. Isso pode implicar no direcionamento às considerações de Ferdinand Lassalle sobre a ineficácia da constituição de um país, que se condiciona, necessariamente, às forças reais de poder daquela nação. Contudo, lembra-se que o próprio Konrad Hesse não ignora tal constatação, mas argumenta que é a constituição mesma que regula e limita essas forças. Sobre a essência da constituição no pensamento de ambos os autores, ver Iacyr de Aquilar Vieira (1998). Outrossim, o tema é tratado na nota de rodapé n. 19.

Assim, o Poder do Estado se torna legítimo quando aceito pelos destinatários das normas jurídicas. É através da legitimidade que há a justificação material-racional do poder estatal, que é adquirida pelo poder político mediante a aceitação geral expressa (consentimento), com a necessidade de ter credibilidade, através da participação e fiscalização dos governados. O fundamento do exercício do poder legítimo encontra seu apoio na obediência espontânea (BARACHO, 1985, p. 17-18; e WOLKMER, 1994, p. 181-182).

O poder é legítimo quando quem o detém o recebeu por justo título, enquanto a legalidade decorre no exercício do poder com base na lei que o criou. Na mesma medida em que a legitimidade do poder se refere à titulação justa, a legalidade configura-se pelo justo exercício do poder (BARACHO, 1985, p. 19; e WOLKMER, 1994, p. 181).⁶⁰

Diante disso, é possível inferir que há a legitimidade da Administração Pública para exercer o controle de constitucionalidade, por existir um justo título, outorgado pelo poder político competente, mesmo que não haja legalidade no exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, a ausência de norma jurídica que permita a atividade – assim como o resultado antitético também é possível.⁶¹

Ademais, a democracia política aponta algumas das características da legitimação do poder dentro desse regime político, apesar de não atenderem a uma democracia real:

- a) a consagração de direitos fundamentais do homem, como idéia [sic] básica para a organização do poder legítimo;
- b) a comunidade política deve ser a frente autêntica, originária e legítima de todo poder;
- c) a legitimação do poder completa-se pela sua limitação e controle, que se efetiva através de sua divisão e distribuição, sem que esses mecanismos sejam instrumentos do individualismo político e econômico;
- d) o princípio da legalidade não pode sobrepor-se ao da legitimidade;
- e) os instrumentos da estabilidade democrática não podem estar à disposição de minorias oligárquicas. (BACHARO, 1985, p. 25).

Nos estados ocidentais, o sistema político, inserido no regime liberal democrático, expressa-se através do poder político que recebe sua legitimação do corpo eleitoral, o que promove a estruturação da democracia política (BACHARO,

⁶⁰ Disso derivam duas conclusões: a) para ser justo, é necessário, mas não suficiente, que o poder deve ser legítimo no que diz respeito ao título e legal no que tange o seu exercício; e b) um poder pode ser legítimo e ilegal, ou legal e ilegítimo (BACHARO, 1985, p. 1985).

⁶¹ Isso não implica que não haja legalidade para o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública no Brasil, conforme se verá na seção 3.1.1 adiante, que trata sobre o princípio da legalidade.

1985, p. 27).⁶² Ademais, em uma cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como reais, justas e éticas (WOLKMER, 1994, p. 184).

Sobre a questão da consensualidade, uma crítica merece a atenção. É praticamente impossível ter uma decisão que seja consensualmente aceita por toda a população de um Estado. Além disso, desde Maquiavel, que antecipou a concepção moderna da sociedade civil, não há o reconhecimento da existência de uma harmonia forçada, e sim da luta, do conflito, do antagonismo, que são a condição da força dos estados (BOBBIO, 2017, p. 85).

No que tange o Brasil, a legitimidade da Constituição no Estado social da democracia pluralista tem por elementos formais: (i) o consenso sobre o dissenso, seguido do acordo sobre as bases instituídas (inspirados em Locke); (ii) o princípio de que se governa uma sociedade democrática administrando conflitos; (iii) o princípio majoritário de decisão pertinente aos processos em que se forma a vontade política, componente básico formal do consenso democrático; e (iv) o reconhecimento de que o conflito sobre as bases e a forma da Constituição é imanente à própria Constituição, que o institucionaliza e absorve (BONAVIDES, 2015, p. 361).⁶³

Portanto, a consensualidade social enquanto pressuposto da legitimidade no Estado Democrático de Direito é relativa, ou seja, não significa unanimidade. Basta que a sociedade, majoritariamente e respeitando os direitos das minorias, reconheça a titularidade do poder por um determinado sujeito, público ou privado, para que lhe seja conferida a legitimidade para a detenção do poder.

Atualmente, na Constituição de 1988, há referência expressa à competência de todos os entes federados de zelarem pela guarda da Constituição (art. 23, *caput*, inciso I).⁶⁴ Outrossim, é notório que existe uma reivindicação disseminada no coletivo,

⁶² Importante ressaltar que, para o Autor, a legitimidade do poder não decorre apenas da consagração dos mecanismos institucionais da democracia clássica, e sim do reconhecimento de direitos econômicos e sociais que tornem possível a participação política e econômica nos bens e oportunidades que uma sociedade deve oferecer. Outrossim, a autenticidade e a garantia dessa legitimidade dependem de instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos (BARACHO, 1985, p. 28).

⁶³ Tão importantes quanto os elementos formais, os elementos materiais são essenciais, como a função social da propriedade, a gratuidade do ensino, a educação, a cultura etc. (BONAVIDES, 2015, p. 361-362).

⁶⁴ Nesse sentido, legitimidade e legalidade se conformam, ao passo em que o poder político soberano, o povo, outorgou aos entes federados a legitimidade para zelar pela guarda da Constituição através de norma constitucional. A referência à norma jurídica está colocada no sentido de que foi o soberano quem decidiu por legitimar os entes federados, e não uma legitimação meramente normativa.

de se cumprir as normas constitucionais⁶⁵ – o que, em conjunto com aquela norma, criada pelos representantes do povo soberano no exercício do Poder constituinte originário, parece conferir a legitimidade necessária.

Portanto, a Administração Pública detém legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade, mormente porque a guarda da Constituição é tarefa prioritária do Estado como um todo, corroborada pela supremacia constitucional, em que as práticas da gestão pública precisam ser sindicadas por todos os entes públicos, sem exceção e sob uma perspectiva eminentemente constitucional (FREITAS, 2010, p. 217).

Na sociedade contemporânea, aberta e pluralista, a interpretação constitucional não pode ficar restrita aos magistrados nos limites dos procedimentos judiciais formalizados, em especial porque todos os órgãos estatais estão vinculados ao processo de interpretação constitucional – além de outros inúmeros atores que não pertencem à estrutura do Estado –, todos participantes materiais do processo social, em que, por viverem a norma jurídica, acabam por interpretá-la (HÄBERLE, 2015, p. 26-27).⁶⁶

Importante destacar que, ao propor a tese de que não é possível o estabelecimento de um número limitado de intérpretes da Constituição, Peter Häberle pressupõe esse modelo de sociedade aberta com o objetivo de operar uma síntese entre a Constituição e a realidade constitucional, pois todos os sujeitos da sociedade, estatais ou não, estão envolvidos no processo de interpretação, que deve ser tão mais aberto quanto mais pluralista for uma sociedade (RICHE; FERREIRA, 2010, p. 265).

Diante disso,

A abertura do círculo de intérpretes da Constituição, na medida em que fundamenta e legitima a atividade do Judiciário diante do fato do pluralismo, constitui uma preocupação de qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático e social. Sob uma perspectiva mais geral, não se trata de outra

⁶⁵ Inclusive, a defesa da Constituição é utilizada por movimentos autoritários em suas narrativas, com amparo justamente na reivindicação coletiva da necessidade de cumprimento das normas constitucionais. É o que se verificou nos discursos do Ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro, que afirmava “jogar dentro das quatro linhas da Constituição”, subsidiado pelos discursos proferidos em manifestações. A questão ganhou destaque internacional com os agrupamentos em frente aos quartéis, em que se proferiu discursos sobre a existência (falsa) de um direito constitucional de liberdade de expressão absoluta, ou uma forma legítima de “intervenção constitucional” por parte dos militares (também falsa), supostamente presentes nas normas da Constituição de 1988. Há quem pense que é justamente o oposto, que esses movimentos fazem uma oposição à CRFB/1988 a partir de um movimento para instituir uma constituição material diversa daquela, retirada do imagético desses grupos, construído a partir das narrativas incorporadas.

⁶⁶ Essa amplitude de sujeitos que interpretam a Constituição é chamada de teoria da Constituição aberta (MARTINS, 2020, p. 13).

coisa senão reconhecer a mútua implicação existente entre fato e norma constitucional, de modo que a integração da realidade no processo de interpretação constitucional fortaleça a unidade política, compatibilizando o ordenamento jurídico ao modelo de sociedade aberta e pluralista (RICHE; FERREIRA, 2010, p. 270).

Nessa senda, a Administração Pública detém a legitimidade para interpretar a Constituição,⁶⁷ assim como para exercer o controle de constitucionalidade. Essa legitimidade, em razão da deliberação do povo,⁶⁸ encontra-se no art. 23, *caput*, inciso I, da CRFB/1988, no qual outorgou o controle de constitucionalidade a todos os entes federados, reconhecendo, sem qualquer ressalva, a competência da Administração Pública para o exercício da guarda constitucional.

Essa conclusão pode ser corroborada pelo exercício de uma inferência, quando o texto normativo se refere expressamente aos municípios, os quais são destituídos de um organismo predominantemente judicante⁶⁹ em sua estrutura, mas são entes federados que possuem Administração Pública e Poder Legislativo.

Assim, ao atribuir a competência dos municípios de zelarem pela guarda da Constituição, sem haver um Poder Judicial municipal que a exerça, é válida a conclusão de que a norma jurídica confere a competência e a legitimidade da guarda da Constituição de 1988 à Administração Pública dos demais entes federados.

Neste sentido, a Constituição de 1988 não almeja que o controle de constitucionalidade se resolva exclusivamente no Poder Judiciário, e sim no controle extenso e intenso, eficiente e eficaz, com a finalidade de se favorecer resultados administrativos e legislativos em consonância com os objetivos fundamentais da República (art. 3º da CRFB/1988), com o pleno resguardo, sem retrocessos, dos direitos “entrincheirados” (FREITAS, 2010, p. 221).

Da mesma forma, o compromisso exigido pelo art. 78, *caput*, da CRFB/1988, na posse do Presidente e Vice-Presidente da República em sessão do Congresso Nacional, que devem se obrigar a “manter, defender e cumprir a Constituição”, reforça

⁶⁷ Destaca-se que a legitimidade para interpretar a Constituição pode ser compreendida apenas enquanto exercício hermenêutico, sem culminar em uma decisão formalmente válida e eficaz. Entretanto, é o conjunto de legitimidades, tanto para interpretar a constituição, como a competência e o dever-poder de zelar pela guarda da Constituição, que conferem a legitimidade da Administração Pública para realizar o controle de constitucionalidade.

⁶⁸ Nesse sentido, ver a nota de rodapé n. 64, acima.

⁶⁹ Diz-se predominantemente judicante porquanto existem competências municipais de natureza jurisdicional – além da administrativa, executiva e legislativa –, mas não há um Poder Judiciário municipal, ou seja, um ente ou órgão cuja função típica seja jurisdicional. Outrossim, refere-se a organismo como um todo composto de partes, ao passo em que existem, como exemplo, as comissões de processos administrativos disciplinares, que condensam muitas funções de natureza jurisdicional.

a ideia de que a Administração Pública (cujo cargo de maior hierarquia federal tem o dever irrenunciável de prestar compromisso com a Constituição) tem legitimidade para zelar pela guarda da Constituição e, assim, de exercer o controle de constitucionalidade.

Desse modo, na ordem constitucional vigente, o Poder Judiciário não detém a exclusividade da interpretação ou do controle de constitucionalidade, apesar de ser, efetivamente, o responsável pela jurisdição constitucional, fornecendo a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição (HÄBERLE, 2015, p. 27-28) e sobre a qual a Administração Pública deve observância (MARTINS, 2020, p. 21).

Ademais, a identificação da legitimidade da Administração Pública para a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade não implica que há a possibilidade de exercício do juízo de conformidade constitucional. A legitimidade é necessária, mas não suficiente para tanto. Isso porque, conforme visto anteriormente, a legitimidade confere a titularidade justa do poder, enquanto a legalidade determina o exercício justo desse poder.⁷⁰

Portanto, ainda que se verifique a legitimidade, falta a análise da legalidade, também necessária para o exercício do controle de constitucionalidade. A interpretação constitucional, desde que não culmine em uma decisão que produza efeitos, é exercida de forma legítima, por todos os sujeitos da sociedade, estatais ou não. O controle de constitucionalidade, contudo, exige mais que apenas a legitimidade para a interpretação.

2.3.3 O controle de constitucionalidade como um dever-poder da Administração Pública

Conforme visto, o art. 23, *caput*, inciso I, da Constituição de 1988, confere a competência aos entes federados de zelarem pela guarda constitucional. Para além da diferença entre competência e atribuição,⁷¹ é pertinente analisar a definição de competência no Direito Administrativo, assim como suas implicações no âmbito da Administração Pública.

⁷⁰ Que será abordada na Seção 3.1.1, quando se trata sobre o princípio da legalidade.

⁷¹ Para a finalidade deste trabalho, a diferenciação, geralmente tratada pelos constitucionalistas, é inócua.

Para o exercício das funções administrativas, são necessárias competências (prerrogativas, atribuições etc.), previstas anteriormente em normas jurídicas e conferidas aos agentes públicos para que as finalidades do Estado sejam alcançadas. Essa necessidade de previsão anterior em norma jurídica é consequência do princípio da legalidade.

Em decorrência da inevitabilidade de se instituir capacidades especiais à Administração Pública,⁷² que possibilitem a prática de atos pelos agentes públicos, entendeu-se que “sem determinadas prerrogativas aos agentes administrativos não poderia o Estado alcançar os fins a que se destina. Essas prerrogativas são exatamente os poderes administrativos” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 53).

Isso se dá pela diferenciação normativa estabelecida aos que atuam em nome da Administração Pública, conferindo-lhes uma legitimação jurídica para o exercício de atividades que extrapolam as capacidades comuns das pessoas, qualificando-os como autoridades. São atribuídas as denominadas capacidades especiais e conferem prerrogativas excepcionais aos agentes públicos.

Alguns autores utilizam o termo *poder* para se referir a essas capacidades especiais, todavia, não é o único aspecto das competências da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 146) afirma que se costuma dizer “[...] que competências são uma demarcação de *poderes*, um feixe de *poderes* ou um círculo de *poderes*. Esta forma de se expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências” (grifos do Autor).

A crítica é pertinente e merece uma abordagem atenciosa. Justificando a utilização do sintagma *competências administrativas*, ao invés de *poderes administrativos*, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 146, grifos do autor) explica que:

Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres, o que é particularmente visível no caso das competências *administrativas*. Na verdade, elas são *deveres-poderes*, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam *cumprir o dever legal* de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

⁷² Sobre os conceitos de capacidade e autoridade, assim como a classificação das capacidades em comuns e especiais, ver Goffredo da Silva Telles Júnior (1977, p. 109-110).

Tem-se, portanto, que as *competências administrativas* são a expressão mais adequada para se referir às prerrogativas/poderes concedidas aos agentes públicos, em nome do Estado, com a finalidade de concretizar os objetivos constitucionais e legais. Isso porque as competências administrativas, instituídas pelas normas jurídicas, têm natureza de *poder* e de *dever*, concomitantemente.⁷³

Portanto, essas competências administrativas são, ao mesmo tempo, deveres e poderes disponibilizados aos agentes públicos, no exercício da função pública ou em razão dela, para que seja possível o cumprimento efetivo dos objetivos impostos ao Estado, mormente quando se está diante das finalidades constitucionais.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 148), em consonância com a natureza jurídica de dever-poder, conceitua as competências conferidas à Administração Pública como “*o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos*” (grifos do autor).

Nesse sentido, os deveres administrativos constituem uma garantia, conferida aos que se relacionam ou se subordinam juridicamente com a Administração Pública, de que as pessoas que atuam em nome dela devem sempre agir conforme o previsto nas normas jurídicas, em consonância com o princípio da legalidade que rege as relações jurídico-administrativas.

Ademais, há uma precedência morfológica do termo *dever* em relação ao *poder*, o que justifica a não utilização de “poder-dever”, como Santi Romano, que inspirou as reflexões. Ao enfatizar isso, Bandeira de Mello (2015, p. 147) explica que

[...] ditos poderes têm caráter meramente *instrumental*; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do *dever* de cumprir o *interesse público*, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, o *poder*, na *competência*, é a *vicissitude de um dever*. Por isto é que é necessário colocar

⁷³ Igualmente, ao denominar o dever-poder da Administração Pública de função administrativa, Justen Filho (2015, p. 102) ressalta que, “Quando se utiliza a expressão ‘funções do Estado’, indica-se que o Estado é investido de poderes e competências, que são instituídos para a satisfação dos interesses da Sociedade”. Dessa forma, tem-se competência e função administrativas como sinônimos. Em outro sentido, Carvalho Filho (2015, pp. 68-71) classifica os deveres da Administração Pública de forma autônoma e afirma que “O direito positivo não confere apenas poderes aos administradores públicos. Ao contrário, estabelece também certos deveres que devem ser por eles cumpridos para evitar sejam responsabilizados pelo descumprimento”.

em realce a ideia de dever – e não a de poder –, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o *fim* a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados 'enquanto conjunto', em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade (grifo do autor).

Dessa forma, o Direito Administrativo atribui aos agentes públicos, nessa qualidade, o dever de cumprirem as normas pertinentes às suas funções, e, para tanto, concede um conjunto de capacidades especiais para que exerçam suas atividades, de modo a efetivar os objetivos da Administração Pública.

Ao encontro disso, Ricardo Marcondes Martins (2020, p. 19-20) entende que o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública é de competência vinculada, e não discricionária, de modo que não se submete à vontade do agente, por critérios subjetivos. Assim, há o dever de aplicar ato constitucional e o dever de não aplicar ato inconstitucional.

Com isso, tem-se que o controle de constitucionalidade, definido como uma competência dos entes federados no art. 23, *caput*, inciso I, da CRFB/1988, também exterioriza um dever-poder da Administração Pública em exercê-lo, desde que dentro da legalidade exigida para o juízo de conformidade constitucional.

2.3.4 A legitimidade do controle de constitucionalidade nos três níveis da federação brasileira

Diante das considerações tecidas anteriormente, uma questão que é relevante abordar se vincula ao Estado federativo, ou seja, constituído mediante uma federação (artigos 1º, *caput*, 18 e 60, §4º, inciso I, da CRFB/1988), o que pressupõe não só a horizontalidade, mas também a verticalidade da distribuição de competências.⁷⁴

Em um primeiro momento, a análise é geral e não compreende as particularidades de cada nível da Federação, assim como não exclui, a princípio, a possibilidade de ser aplicada aos órgãos e entidades que exercem atividade administrativa nos demais poderes.

⁷⁴ No Brasil vige os dois sistemas de repartição de competências: (i) o horizontal (federalismo dual), em que foram relacionadas as competências da União no campo material e legislativo, os estados com as competências remanescentes e os municípios com as competências definidas indicativamente; e (ii) o vertical (federalismo cooperativo), quando existir atuação concorrente dos entes federados, com domínios de execução comum, de forma concomitante ou cooperativa, ou de forma suplementar, nas competências legislativas (MOHN, 2010, p. 216-220).

Isso por uma razão aparentemente simples: a Administração Pública que integra qualquer ente federado ou o órgão, vinculado aos outros poderes, que exerce atividade administrativa, deve o mesmo respeito à Constituição de 1988 em relação a qualquer outro ente estatal, paraestatal ou privado.

Outrossim, verifica-se que a legitimidade para o controle de constitucionalidade engloba os três níveis da federação pela incidência do princípio da simetria, que foi bem sintetizado pelo Ministro Cezar Peluso, Relator da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.298, ao consignar em seu voto que:

[...] ao chamado princípio ou regra da simetria, que é construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da Constituição Federal e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República (BRASIL, 2009, sublinhou-se).⁷⁵

Ainda que as diferenças sejam substantivas, tanto em relação aos níveis (federal, estadual, distrital e municipal) como aos pares (entre estados e entre municípios), a legitimidade verificada anteriormente não discrimina o nível da Federação ao qual a Administração Pública pertence. Todas são legítimas, tanto no sentido de serem legítimas para interpretar a Constituição de 1988 como para exercerem o controle de constitucionalidade.

Alguns obstáculos que podem surgir a partir dessa constatação serão abordados no capítulo seguinte, que aborda os princípios conformadores da atuação administrativa (e no Direito com um todo), assim como serão verificadas as limitações apriorísticas do exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública.

Obviamente, não é só a diferença normativa e abstrata que deve ser considerada, pois as dificuldades e necessidades reais são demasiadamente variadas. Tem-se uma vastidão de entes federados, a União, o Distrito Federal, vinte e seis estados e cinco mil e quinhentos e setenta municípios, segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), disponíveis online.⁷⁶

⁷⁵ Inclusive, conforme visto no Tópico n. 2.2.1., o sistema de freios e contrapesos é intrínseco à separação de poderes e esta não perdura sem aquele.

⁷⁶ O site do IBGE foi acessado e as informações foram colhidas, mas a forma pela qual foram obtidas não possibilita que se coloque a referência ao lado da citação. Mesmo assim, há a indicação, nas referências ao final do trabalho, de onde essas informações foram obtidas.

Nesse sentido, problemas de ordem prática existem e aos montes, no sentido de ser difícil para a maioria dos entes federados viabilizar o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública.⁷⁷

Mesmo assim, nos capítulos seguintes, as diferenças não são ignoradas, mas se demonstra que, em uma análise qualitativa, o controle é exercido por entes federados dos três níveis da Federação, inclusive por Município de pequeno porte,⁷⁸ o que corrobora ainda mais com o tratamento de todos os níveis, diante da prática já existente.

Por conseguinte, a questão relacionada às diferenças dos níveis ou aos pares federativos não têm a capacidade de infirmar as conclusões adotadas. A Administração Pública de todos os entes federados – e todos os sujeitos que exercem atividade administrativa –, estão contemplados pela análise, que se pretende ser geral neste momento, sem deixar de considerar futuramente a ampliação e o aprofundamento do tema, inclusive no que tange as diferenças entre os entes federados de níveis distintos.

2.4 CONTROLE ADMINISTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme visto acima, utiliza-se a expressão Administração Pública para designar, resumidamente, o conjunto de sujeitos que compõem o Poder Executivo (Administração direta) e a Administração indireta de todos os entes federados, e não a atividade administrativa, que pode ser e é desempenhada pelos outros dois poderes da república, como funções atípicas.

Desse modo, há uma diferença conceitual entre as expressões *controle administrativo de constitucionalidade* e *controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública*. A primeira indica o controle de constitucionalidade exercido pelas instâncias administrativas de todos os poderes, órgãos e entidades que

⁷⁷ Essas diferenças são reconhecidas pelo próprio Poder Legislativo. Por exemplo ao incluir na Lei n. 13.460/2017 a diferença de início de vigência da Lei (art. 25), reconheceu as diferenças se utilizando do critério demográfico, do seguinte modo: (i) de trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes; (ii) quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e (iii) setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.

⁷⁸ Nesse sentido, ver a Seção n. 4.1.3.

compõem o aparato institucional brasileiro. Já a segunda, enfoque deste estudo, representa o controle de constitucionalidade exercido pelo conjunto de sujeitos que compõem especificamente a Administração Pública.

Ainda que a lente de análise esteja focada na Administração Pública enquanto sujeito que exerce tipicamente a atividade administrativa, nos termos conceituados anteriormente, o estudo pode contribuir com o controle administrativo de constitucionalidade, isto é, a abordagem dos temas não exclui a possibilidade de aplicação às entidades e órgãos dos demais poderes que exercem atividade administrativa.

Nesse sentido, existem órgãos que compõem os demais poderes e que detêm a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade, a qual já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos específicos, inclusive em órgãos que não são formalmente poderes da República, nos termos do art. 2º da CRFB/1988.

No Congresso Nacional, em ambas as casas legislativas, tem-se as comissões de constitucionalidade, justiça e cidadania, de caráter permanente, popularmente conhecidas pela sigla CCJ, as quais realizam o controle interno e preventivo de constitucionalidade dos projetos de leis, emendas constitucionais, regulamentos internos, conforme art. 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara e art. 72, inciso III, e 101 do Regimento Interno do Senado.

Ademais, os tribunais de contas podem apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, nos termos da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal. Há posicionamento que diverge da conclusão sumular, inclusive exteriorizado por ministros do Supremo,⁷⁹ mas a manutenção do preceptivo contido no enunciado, ainda que por outras justificativas, é defendida por uma considerável parte da doutrina, com argumentos substanciais.⁸⁰

⁷⁹ Por exemplo, o entendimento exteriorizado na Decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no bojo da Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 25.888/DF (BRASIL, 2006), em que reconhece a incompetência do Tribunal de Contas da União (TCU) para decidir sobre a inconstitucionalidade de ato normativo, por confrontar normas constitucionais, em especial o princípio da legalidade e as que delimitam as competências do TCU (art. 71), arguindo que a Súmula n. 347 foi proferida em 1963, em contexto completamente diverso do atual, mormente diante da adoção do controle concentrado de constitucionalidade, o que implica na necessidade de revisão do enunciado sumular (FAJARDO, 2008, p. 17-18).

⁸⁰ Nesse sentido, ver Ricardo Schneider Rodrigues (2021), que defende o controle com fundamento principal no princípio da juridicidade administrativa, e Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2008), argumentando que os órgãos de controle necessitam dessa prerrogativa acessória, mormente por exercerem atividade jurisdicional e pela incidência da supremacia constitucional.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode realizar o controle de constitucionalidade, nos limites de sua respectiva competência, quando a matéria já se encontra pacificada na Corte constitucional, conforme a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 26.739 (BRASIL, 2020).^{81 82}

Portanto, ainda que com suas respectivas diferenças e limitações, os órgãos que exercem função administrativa que não pertencem à Administração Pública também podem exercer o controle de constitucionalidade.

Já que a pesquisa foca na Administração Pública, as possibilidades foram apresentadas de forma exemplificativa e as considerações tecidas ao longo do trabalho podem fundamentar, mas não condicionar a prática desses órgãos em relação ao controle de constitucionalidade às premissas, requisitos e argumentos trazidos à lume.

2.5 O CONTEXTO DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Há uma configuração estatal específica, que Adrian Vermeule, em conjunto com Eric Andrew Posner, desenvolveu e identificou nos Estados Unidos, e que também está presente no Brasil, denominada de *Estado administrativo*, especialmente a partir de duas obras: *O Executivo Desvinculado: após a república madisoniana* (2010) e *Abnegação da Lei: do Império da Lei ao Estado Administrativo* (2016).⁸³

Evidente que há diferenças entre os dois países, algumas características do Estado administrativo de um não estão presentes na do outro, bem como o Direito se comporta de maneira distinta, com consequências jurídicas diversas – mormente ao se considerar a diferença entre o direito consuetudinário e o direito positivo, apesar da interseção contemporânea entre ambos, presente nos EUA e no Brasil.

⁸¹ Na Decisão, o Ministro consignou que: “Quanto à fundamentação adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas” (BRASIL, 2020). O entendimento não gera grandes repercussões, mormente porque se já houver pacificação na Corte, o horizonte se direciona para a aplicação do entendimento. Nessa senda, ver a Seção n. 4.1.5., que trata da aplicação de precedentes pela Administração Pública no exercício do controle de constitucionalidade.

⁸² Com relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, há jurisprudência no sentido de que “O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual” (BRASIL, 2015).

⁸³ As obras ainda não têm tradução para o português, portanto a tradução é livre.

Mesmo assim, existe uma identidade entre as características básicas para se configurar um Estado administrativo, reconhecida nos dois países. Com isso, apresenta-se a tese do Estado administrativo para, em seguida, verificar sua existência no Brasil.

Por *Executivo*, compreende-se o gigantesco complexo de instituições políticas nacionais que não fazem parte do legislativo ou do judiciário.⁸⁴ A escala destas instituições supera todos os concorrentes. Cerca de 98% (noventa e oito por cento) dos agentes públicos nos EUA não trabalham para o Congresso ou o Judiciário (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 5-6).⁸⁵

Naquele País, há um regime de governo centrado no Executivo, em uma época posterior à separação de poderes.⁸⁶ No Estado administrativo moderno, o executivo governa, sujeito a restrições legais que são instáveis em tempos normais e fracas ou inexistentes em tempos de crise (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 4).⁸⁷

Com relação à separação de poderes, não houve propriamente a sua superação, o Estado administrativo é resultado daquele desenho institucional. A lei reconheceu que a separação de poderes não deve ser transformada em um ídolo, deve ser negociada com outros fatores; deve ser otimizada, não estritamente

⁸⁴ Essa definição negativa parece comportar o conceito de Administração Pública formulada na Seção n. 2.3.1., acima.

⁸⁵ O Executivo inclui o presidente e o aparato presidencial (Gabinete Executivo do Presidente, que reúne dezenas de instituições) e os órgãos administrativos, que englobam tanto as agências executivas, cujos chefes podem ser demitidos à vontade pelo presidente, e as agências independentes, cujos chefes só podem ser demitidos por justa causa (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 6).

⁸⁶ Além de entender que há uma superação relativa da separação de poderes, os autores defendem que o Executivo legalmente restrito é uma curiosidade histórica (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 4). Destaca-se que a separação de poderes que os autores criticam é aquela defendida que exterioriza compreensão de separação rígida de poderes.

⁸⁷ A tese principal é que, atualmente, o governo é centrado no Executivo – inclusive diante das delegações concedidas – e a separação de poderes foi atrofiada, em que os limites legais não têm mais razão de existir, ao passo em que os limites políticos são suficientes para controlar o Poder Executivo e, assim, prevenir abusos. Esta lógica se aplica tanto em emergências (ou exceções, na linguagem schmittiana) como em situação de normalidade (VERMEULE; POSNER, 2010).

maximizada nem tratada como uma restrição lateral inviolável (VERMEULE, 2016, p. 1).^{88 89}

Nesse sentido, a mesma legislação clássica, por meio do mesmo sistema clássico de separação de poderes, resultou na criação de instituições que não seguem o padrão das próprias instituições criadoras. Elas fizeram criaturas não à sua própria imagem. Assim, a Constituição suplantou-se por dentro, em um gigantesco ato de autoabnegação (VERMEULE, 2016, p. 42).

O Direito decidiu, por boas razões jurídicas internas, que a separação clássica de poderes era idólatra, era concebida como uma ordem inviolável, quaisquer que fossem os sacrifícios exigidos para respeitá-la, mesmo que esses sacrifícios trabalhassem para o detrimento da própria lei. A separação de poderes não deve ser estritamente obedecida em uma compreensão rígida, deve ser otimizada (VERMEULE, 2016, p. 56).⁹⁰

O regime resultante, em direção ao qual a lei tateou, é algo como uma separação de poderes sem idolatria. A questão é que a lei é melhor entendida, do ponto de vista interno, como envolvida em um processo contínuo de equilibrar preocupações concorrentes, um processo que negocia e equilibra várias

⁸⁸ Para o Autor, a lei abnegou sua autoridade aos arranjos governamentais, inclinando-se firmemente para a deferência, que foi livremente escolhida pelas instituições do Estado administrativo. Os juízes e tribunais deram lugar ao Estado administrativo. Ainda assim, continuam a revisar a tomada de decisão administrativa, mas de forma deferente. O Direito Administrativo goza de autorização válida. Se as agências administrativas exercerem quaisquer poderes que possuem sob a autoridade de concessões estatutárias válidas, então elas agem legalmente. Ademais, o processo de abnegação surge dentro do sistema clássico de separação de poderes. As próprias instituições legislativas clássicas que geraram uma solução emergente e que parcialmente compromete a separação de poderes, equilibrando-a com a busca de outros bens. Nesse contexto, o ideal clássico de separação de poderes é apenas uma estrutura de tomada de decisão, que deve ser otimizado e negociado com uma gama de outros bens (VERMEULE, 2016).

⁸⁹ Um dos opositores ao Estado administrativo é Jeremy Waldron, que ofereceu uma análise profundamente considerada na separação de poderes, a qual teria um valor que é conceitualmente distinto dos valores que sustentam os freios e contrapesos, a divisão de poderes ou mesmo o império do direito, que seria a ideia de que a tomada de decisões funcionalmente separada tem um valor intrínseco ou inerente do ponto de vista da moralidade política. Mas não está claro se Waldron identificou qualquer valor intrínseco, em termos distintos, ou apenas meramente descreveu a própria separação. Para Vermeule, Waldron transformou um padrão institucional particular e altamente contingente, a clássica separação de poderes, em uma espécie de ídolo (VERMEULE, 2016, p. 69-71).

⁹⁰ Segundo os autores, nos EUA, a crise de segurança pós-11 de setembro e o colapso econômico de 2008 revelaram, de forma extrema, a debilidade básica da separação de poderes no Estado administrativo (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 19).

considerações e que todas têm posição perfeitamente legítima, inclusive aquelas de ordem não normativa (VERMEULE, 2016, p. 57).⁹¹

Assim, o Estado administrativo requer ajustes contínuos rápidos em questões políticas complexas, ajustes que os processos legislativos e judiciais são incapazes de fornecer. O principal motor de ajuste é a delegação ao Executivo,⁹² que deve tomar medidas para se vincular por meio de mecanismos institucionais que gerem credibilidade (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 13 e 19),⁹³ totalmente viável em relação ao controle de constitucionalidade.

Essa compreensão da separação de poderes na contemporaneidade, menos rígida e mais adequada à descentralização do poder e compartilhamento integrado de funções, assim como do papel da Administração Pública em uma realidade cada vez mais dinâmica e instável, que precisa evocar, mediante delegação, competências para resolver as questões cada vez mais complexas e imediatas, também parece ser o estado de coisas presente no Brasil.

A separação de poderes antes idealizada por Montesquieu e desenvolvida pelos federalistas, concomitantemente com o seu elemento indissociável, o sistema de freios e contrapesos,⁹⁴ não tem as mesmas feições da época. A história é implacável e determina o desenho institucional de cada momento.

Na contemporaneidade, a Administração Pública tem, no Brasil, uma magnitude sem comparação com os demais poderes, mormente porque exerce a competência de prestar serviços públicos e administrar a máquina estatal, além de regular e fiscalizar setores importantes da atividade econômica.

⁹¹ Competindo com o objetivo de prevenir abusos governamentais, usado como justificativa para combater o Estado administrativo, estão muitos outros objetivos, incluindo a prevenção de abusos “privados” por atores que detêm poderes de direito delegados; encorajar um nível de atividade desejável por parte dos agentes públicos; e garantir que os agentes públicos estejam bem-informados. No último, há uma compensação (*trade-off*) bem conhecido entre preconceito, de um lado, e expertise e informação, de outro (VERMEULE, 2016, p. 57).

⁹² A delegação é uma característica definidora do Estado administrativo. A demanda por regulação nos EUA e no Brasil ultrapassou a capacidade dos legisladores, exigindo a delegação a órgãos administrativos. A complexidade da formulação de políticas e o ritmo rápido de mudanças no ambiente político contribuíram para isso. As emergências também são uma característica definidora do Estado administrativo. O Estado administrativo em expansão testemunha uma série contínua de “pequenas emergências” e uma sucessão episódica de grandes emergências cujo tempo e natureza são imprevisíveis, mas cuja existência não (VERMEULE; POSNER, 2010, p. 31-32).

⁹³ Nesse sentido, há necessidade de se pensar na propositura de uma medida que pode contribuir para institucionalizar e procedimentalizar o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, que já é uma realidade no Brasil. Neste trabalho, adianta-se, o debate é iniciado na Seção n. 4.2.

⁹⁴ Nesse sentido, ver a Seção n. 2.2.1., em que se consignou a indissociabilidade da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos.

Nesse sentido, um parâmetro de comparação pode ser encontrado no informativo do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) da União para 2023 (BRASIL, 2022, p. 3) (ANEXO A), que previu os limites individuais orçamentários definidos pela Emenda Constitucional n. 95/2016.⁹⁵

Para o Poder Executivo da União, a previsão do limite de 2023 era de R\$ 1.722.412.700.000,00 (um trilhão e setecentos e vinte e dois bilhões e quatrocentos e doze milhões e setecentos mil reais). Já para todos os demais poderes e órgãos estatais somados, a previsão do limite, também para 2023, era de R\$ 77.866.300.000,00 (setenta e sete bilhões e oitocentos e sessenta e seis milhões e trezentos mil reais).

Isso reflete a seguinte proporção: o limite do orçamento de 2023 previsto apenas para o Poder Executivo da União era vinte e duas vezes maior que o limite do orçamento previsto para todos os outros poderes e órgãos do Estado, o que reflete a configuração de um Estado administrativo no Brasil.

Outrossim, com relação aos vínculos de trabalho com os poderes da União, tem-se, segundo dados do Atlas do Estado Brasileiro de 2019: (i) 34.640 (trinta e quatro mil e seiscentos e quarenta) vínculos com o Legislativo federal; (ii) 136.470 (cento e trinta e seis mil e quatrocentos e setenta) vínculos com a Judiciário federal; e 767.610 (setecentos e sessenta e sete mil e seiscentos e dez) vínculos com o Executivo federal.

Ademais, há uma relação inversamente proporcional entre o nível do ente federado e a discrepância entre a quantidade de vínculos de trabalho, isto é, a diferença entre os vínculos do Poder Executivo em face dos outros poderes é maior tanto quanto menor for o nível da Federação que o ente se encontra.

Por fim, é notório o déficit brasileiro no que tange o controle de constitucionalidade, inclusive diante da necessidade de ajustes que os processos legislativos e judiciais são incapazes de fornecer, o que possibilita o seu exercício pela Administração Pública, ou melhor, evidencia a necessidade de se pensar alternativas para viabilizar esse exercício.

⁹⁵ A Emenda Constitucional n. 95/2016, também conhecida como teto de gastos, fixou os limites individuais aplicáveis às despesas primárias do Poder Executivo, dos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público da União (MPU), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da Defensoria Pública da União (DPU).

Conforme visto, na vigência da Constituição de 1824, o Poder Executivo assumiu a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade, mesmo sem amparo normativo, diante de uma necessidade presente naquele contexto. Aparentemente, o momento atual, considerado no bojo do Estado administrativo, induz que a tomada de decisões seja cada vez mais célere, apesar de mais complexa, o que pode ser representado pelo papel das agências reguladoras nos setores em que atuam.

Outrossim, trata-se de uma prática já existente,⁹⁶ que merece a atenção devida para que certas balizas sejam consolidadas no âmbito institucional, objetivando, concomitantemente, permitir a atuação legal da Administração Pública e restringir essa mesma atuação, no sentido de se resguardar as garantias e direitos fundamentais.⁹⁷

2.6 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Diante da configuração de um Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, há a vigência da supremacia da Constituição, que demanda a observância da norma jurídica hierarquicamente superior, por todos os poderes de todos os entes federados.

Nessa toada, existe o controle de constitucionalidade, que visa resguardar a integridade da Constituição em face dos atos infraconstitucionais. Por ser um mecanismo do sistema de freios e contrapesos, está presente desde a origem da teoria da separação tripartida de poderes, ainda que não denominado inicialmente dessa forma.

Historicamente, o Brasil não possui uma tradição diferente do controle judicial de constitucionalidade. Acompanhou essa tendência desde a primeira constituição republicana. Todavia, em um passado remoto, durante a vigência da Constituição de 1824, a Assembleia Geral detinha a prerrogativa constitucional de defender a Constituição (art. 15, inciso IX), mas foi o Poder Executivo que, em larga medida, realizou o controle de constitucionalidade, mesmo sem amparo normativo, diante de uma necessidade da época.

⁹⁶ Conforme se verá no Capítulo 3, em que são apresentados exemplos qualitativos dessa prática existente.

⁹⁷ Essa atenção é conferida ao tema na Seção 4.2.

Outrossim, a competência atribuída ao órgão ou entidade para exercer o controle de constitucionalidade, de forma definitiva ou provisória, advém de uma decisão política, que não pressupõe a competência de um ou outro sujeito institucional, inclusive do Poder Judiciário; se origina da deliberação do soberano, titular último do poder, ainda que através de seus representantes.

Por outro lado, a Administração Pública é legítima para exercer o controle de constitucionalidade, o que corresponde à justa titularidade do poder, sem isso seja suficiente para o justo exercício do controle, visto que, para isso, também é necessária a legalidade. Do mesmo modo, para além da legitimidade, há o dever de cumprir as normas constitucionais.

Existe uma diferença conceitual entre controle administrativo de constitucionalidade, que indica o controle de constitucionalidade exercido pelas instâncias administrativas de todos os poderes, órgãos e entidades que compõem o aparato institucional brasileiro, e controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, enfoque deste estudo, que representa o controle de constitucionalidade exercido pelo conjunto de sujeitos que compõem especificamente a Administração Pública.

Por fim, no Brasil há a configuração de um Estado administrativo, em que a Administração Pública corresponde a uma parcela gigantesca do Poder Público, situação que exige a reflexão sobre o estado de coisas atual e a possibilidade de se instituir novas práticas que viabilizem a otimização da atuação administrativa.

3 LIMITES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Capítulo anterior, tratou-se de apresentar alguns fundamentos que justificam e legitimam o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Neste Capítulo, serão enfrentados os argumentos contrários, que podem obstar ou impedir o exercício do controle.

Assim, são abordados cinco princípios que balizam a atividade administrativa e, conseqüentemente, o exercício do controle de constitucionalidade, que são os princípios da legalidade, do devido processo legal, da transparência, da impessoalidade e da segurança jurídica;⁹⁸ e que, por orientarem a atuação da Administração Pública, acabam por limitá-la.

Em seguida, a análise se desloca para os limites propriamente ditos, também na ordem de cinco e cuja abordagem se mostrou indispensável, que são a reserva de jurisdição, a presunção de constitucionalidade da lei, o mérito do ato administrativo e a discricionariedade, a competência legislativa dos entes federados e a abrangência territorial e o risco de responsabilização dos agentes públicos.

3.1 PRINCÍPIOS QUE LIMITAM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO

A atuação administrativa é orientada e limitada por uma quantidade infindável de normas jurídicas, pela reserva do possível, pelas dinâmicas político-institucionais, pelas relações entre os sujeitos que interagem entre si, enfim, por um sem-número de circunstâncias que impedem a propositura de um rol taxativo de limitações.

Mesmo assim, em uma pesquisa é imprescindível que se façam escolhas, para que o tema pesquisado se desenvolva, resultando na versão final, mas não definitiva, da pesquisa. Nessa toada é que se identificou cinco princípios, os quais se considera serem alguns dos mais relevantes no sentido de conduzirem o agir

⁹⁸ Destaca-se que estes foram os princípios de maior destaque nas referências bibliográficas e na banca de qualificação, mas não são os únicos a incidirem sobre a atividade administrativa, incluindo o controle de constitucionalidade. Ademais, todos os demais princípios detêm eficácia normativa e produzem efeitos sobre o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Por fim, em razão da quantidade de princípios (dentre eles, moralidade, eficiência, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, indisponibilidade etc.), foi necessário limitar quantos e quais seriam analisados.

administrativo no controle de constitucionalidade, tratados doravante, sendo: (i) legalidade; (ii) devido processo legal; (iii) transparência; (iv) impessoalidade; e (v) segurança jurídica.

Por fim, destaca-se que a concepção de *princípio* utilizada é adotada de Robert Alexy (2015), para o qual essa espécie normativa é compreendida como um mandamento de otimização. Os princípios são normas jurídicas de caráter *prima facie*, isto é, podem indicar uma relação de precedência apriorística, sem que isso influencie decisivamente na análise do caso concreto (relação de precedência condicionada), assim como podem ser satisfeitos em graus variados. Quando há uma colisão entre princípios, a resolução do confronto não invalida algum deles, diferente das regras. O que acontece é a criação de uma relação de precedência condicionada, em que há a prevalência de um(ns) em relação ao(s) outro(s), conforme as condições estabelecidas pelo caso concreto.⁹⁹

3.1.1 Legalidade

Considerado uma norma fundamental do Direito, o princípio da legalidade está positivado no art. 37, *caput*, da CRFB/1988, além de diversas outras normas, constitucionais e infraconstitucionais. Teve sua origem no processo de transição dos estados absolutistas para os estados liberais, no bojo das revoluções constitucionalistas. Sua função primordial, desde seu limiar até os dias atuais, é a de limitar o exercício do poder pela lei (exercício justo do poder), objetivando coibir o abuso ou desvio de poder.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 103) expõe que

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso) (grifo do autor).

⁹⁹ Diferentemente, as regras são tidas como mandamentos definitivos, ou seja, contêm uma determinação objetiva. O conflito entre si, quando existente, gera a invalidade de alguma delas. Também pode haver uma cláusula de exceção que exclua o conflito entre as regras (ALEXY, 2015, p. 92).

Dessa forma, o princípio da legalidade submete a atividade administrativa às normas emanadas pelos poderes legislativos. Assim, “Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do *Estado de Direito*, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 20, grifo do autor).¹⁰⁰

Com a quebra do paradigma absolutista, a função administrativa do Estado ficou intensamente vinculada às leis, como um modo de limitar a acumulação, o desvio e o exercício abusivo do poder. A partir disso, o princípio da legalidade tornou-se a diretriz básica da conduta dos agentes públicos, em que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, sob pena de ser caracterizada como ilícita (CARVALHO FILHO, 2016, p. 20).

Importante destacar que o princípio da legalidade tem duas faces, a depender do destinatário de sua imperatividade. Enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, por força do art. 5º, *caput*, inciso II, da CRFB/1988, à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei prescreve.

Com isso, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei, de forma antecipada, autorizar. Administrar é prover aos interesses públicos, na conformidade dos meios e formas estabelecidos segundo suas disposições. Consiste na produção de decisões e comportamento que, na formação escalonada do Direito, agregam maiores níveis de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis (MELLO, 2015, p. 108).

Ademais, tem-se que a atividade administrativa é hierarquicamente inferior às leis, ou seja, está subordinada a um controle de legalidade por parte da própria Administração Pública, pela sociedade em geral, inclusive através do Poder Legislativo, e, de forma mais intensa na contemporaneidade brasileira, pelo Poder Judiciário.¹⁰¹

¹⁰⁰ Inclusive, o “*Direito, a Ciência Jurídica como tal, tem, teve e não pode ter outro objeto senão um sistema de normas*” (MELLO, 2017, p. 57), ainda que não seja um objeto único ou exclusivo do Direito.

¹⁰¹ Esse comportamento do Poder Judiciário corresponde ao que Adrian Vermeule (2014, p. 28-30 e 47-49) denominou de constitucionalismo de precaução, o qual propõe a institucionalização de precauções *ex ante* como forma de se evitar riscos políticos (riscos-alvo), como o abuso de poder por parte de agentes públicos, a tirania do legislativo ou a ditadura executiva, opressão majoritária, opressão minoritária, a morte do federalismo ou a abolição dos estados, mas que são considerados de forma míope por focar nas consequências e não na probabilidade de ocorrência. O constitucionalismo de precaução se identifica com o neoconstitucionalismo brasileiro, pois ambos se baseiam em normas

Nessa senda, a atividade administrativa deve conformar a autonomia dos particulares, promovendo a satisfação dos direitos fundamentais, nos limites estabelecidos pelo princípio da legalidade. A atividade administrativa, em uma democracia republicana, deve ser compreendida como uma atuação infralegal (JUSTEN FILHO, 2015, p. 206).

Todavia, esse é justamente o problema central do princípio da legalidade como limitador do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública. Se há a obrigatoriedade de se observar a lei, e a atividade administrativa está em nível hierárquico inferior à legislação, como seria possível afastar a aplicação de uma determinada lei?

A resposta para a questão exige maiores reflexões. Até a primeira metade do século XX, o princípio da legalidade imprimia uma necessidade objetiva de se cumprir a lei em sentido estrito, isto é, existia a supremacia da lei, por ser o resultado da vontade do soberano, o povo, através de seus representantes.¹⁰² No que tange a legalidade administrativa, entendia-se que a Administração Pública somente pode agir se autorizada por lei (CRISTÓVAM, 2015, p. 247).

Contudo, o princípio da legalidade, como era compreendido na época, passou a ser questionado, em especial na segunda metade do século XX.¹⁰³ No Brasil, esse movimento tomou envergadura após a promulgação da Constituição de 1988

constitucionais de caráter principiológico com o objetivo de limitar a atividade política das instituições representativas e, por consequência, expandir a seara dos tribunais às custas de políticos e/ou administradores, transferindo-se a decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário (OLIVEIRA, FURLAN, 2019, p. 222-226).

¹⁰² Sobre a superação da supremacia da lei pela supremacia da constituição, ver Seção 2.1, em que se tratou sobre a transição do Estado (legal) de Direito para o Estado Democrático (constitucional) de Direito.

¹⁰³ Sobre a reviravolta da noção de lei, Heinrich Scholler (1999, p. 93) explica que “[...] O postulado de que a lei é genérica e abstrata, valendo para todos, não traduzia, em verdade, a idéia de vinculação do legislador, mas integrava a própria definição de lei. Que a própria noção de generalidade da lei não tinha validade universal, restou demonstrado pela discussão posterior em torno das assim denominadas leis-medida (Massnahmegesetze), consideradas como tais as leis que se aplicam a determinado número de pessoas (leis individuais), a determinado número de casos ou conjunto de situações fáticas, ou mesmo com sua vigência temporalmente limitada. Uma vinculação jurídica do legislador apenas teve condições de se desenvolver a partir da trágica experiência histórica vivenciada pela humanidade sob o signo dos regimes totalitários e da II Guerra Mundial, quando os juristas se deram conta de que existem leis injustas. Neste contexto, cumpre referir a literatura da época de Weimar, onde já se sustentava a vinculação do legislador ao princípio da isonomia, mas especialmente os escritos de GUSTAV RADBRUCH publicados depois de 1945, como no seu famoso ensaio sobre o direito supralegal e as leis injustas. De acordo com esta concepção, a legislação formalmente perfeita e editada conforme as regras procedimentais previstas no ordenamento jurídico poderia estar em tamanha contradição com a idéia de justiça que perderia completamente a sua vinculatividade”.

(CRISTÓVAM, 2015, p. 217-218). A lei não é perfeita e pode promover injustiças, desigualdades e, no limite, a própria barbárie.

Assim, surgiu o que os administrativistas chamaram de princípio da juridicidade, ampliativo e, ao mesmo tempo, restritivo da legalidade administrativa, em que, resumidamente, à Administração Pública só é permitido (e, muitas vezes, obrigatório) fazer ou deixar de fazer o previsto em norma jurídica, compreendendo a hierarquia normativa do ordenamento jurídico e incorporando o componente axiológico (moral) que acompanhou o neoconstitucionalismo.

Contudo, não é necessário substituir o significante para o que significado seja alterado,¹⁰⁴ como efetivamente ocorreu, ainda que a utilização do termo *legalidade* encontre resistência até os dias atuais, tanto por aqueles que a entendem de forma estrita, como por quem defende a precariedade semântica do significante. Essa noção inflexível restou atribuída apenas ao que se denomina de legalidade formal, que significa o respeito ao conteúdo da lei (KUSTER, 2016, p. 244).

Por conseguinte, a legalidade incorporou em seu conteúdo semântico o respeito aos preceitos do Estado Democrático de Direito, como a supremacia da Constituição e as normas jurídicas em geral (KUSTER, 2016, p. 244), que estão inseridas dentro de um sistema que pressupõe a hierarquia entre normas e os critérios de resolução das antinomias,¹⁰⁵ que também servem para justificar a obrigatoriedade de deferência à Constituição.

Assim, o conteúdo da legalidade, atualmente, contém dois fundamentos que, ao invés de excluírem mutuamente a possibilidade do controle de constitucionalidade, o justificam: (i) a supremacia da Constituição, fundamento do Estado Democrático de Direito; e (ii) o respeito pelas normas contidas no grau mais elevado da hierarquia normativa, que devem prevalecer quando em conflito com normas de grau inferior.

¹⁰⁴ Isso porque, além de outros argumentos, na linguística existe a figura do neologismo semântico, em que uma palavra já existente no léxico de determinada língua adquire um novo significado. É o que ocorreu, por exemplo, com o significado de *lei*, que atualmente corresponde ao significado tradicional de lei aprovada pelo parlamento (em sentido estrito), mas também significa qualquer norma jurídica (em sentido amplo). Um exemplo mais trivial é o significado de *gato*, que pode corresponder à ligação elétrica clandestina. Com o neologismo semântico de *lei*, pode-se inferir que também houve o neologismo semântico de *legalidade*, abrangendo também os novos significados daquela e, por conseguinte, ampliando sua noção.

¹⁰⁵ Estes, inclusive, oriundos do positivismo jurídico no que tange as regras (BOBBIO, 2006, p. 203-207). São três os critérios formulados pela doutrina para resolver as antinomias: (i) cronológico, em que a norma posterior prevalece sobre a norma anterior; (ii) hierárquico, segundo o qual a norma de grau superior prevalece sobre aquela de grau inferior; e (iii) especialidade, no qual a norma especial prevalece sobre a norma geral. O da hierarquia é o mais forte deles e prevalece em todos os conflitos com os demais critérios.

Por conseguinte, o princípio da legalidade, inclusive na sua vertente administrativa, manteve a exigência de se respeitar as leis formais (ou em sentido estrito), mas incorporou em seu conteúdo a obediência à supremacia da Constituição e ao sistema organizado e hierárquico de normas – o que, ao invés de ilidir, fundamenta a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade.

O problema que implica em um impasse é quando há a aplicação da versão tradicional do princípio da legalidade, em sentido meramente formal, que, apesar de superada, serve cotidianamente para negar o exercício da sindicabilidade constitucional pela Administração Pública – essa sim uma prática que tem o condão de limitar o controle, e limita.

3.1.2 Devido processo legal

O devido processo legal nasceu com feições apenas processuais (*procedural due process*), como uma garantia de que a privação de bens jurídicos (como a liberdade e a propriedade), somente seriam possíveis mediante um processo regular. Ademais, é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, tutelando os bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico (MESQUITA, 2006, p. 210).¹⁰⁶

Entretanto, a visão era restrita, longe de corresponder ao conceito atual, limitando-se ao plano da existência e sem adentrar no conteúdo do Direito. Mesmo assim, já incorporava a necessidade de se seguir um procedimento adequado. Posteriormente, ainda nessa perspectiva procedimental, idealizou um contraditório amplo, a “igualdade de armas”, a proibição de tribunal de exceção e a independência e imparcialidade como norteadores da atuação judicial, cuja preocupação se

¹⁰⁶ O devido processo legal nasce na Inglaterra, quando os barões exigem do rei João I o respeito às leis da terra (*law of the land*), exigindo um julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra, em 1215. A expressão “devido processo legal” (*due process of the law*) ocorre pela primeira vez em 1354, quando o rei Eduardo III confirma as leis da terra e, entre elas, a Magna Carta das Liberdades, empregando a expressão como a garantia de que ninguém seria privado de seus bens jurídicos, “[...] sem ser antes levado a responder a um devido processo legal” (RAMOS, 2007, p. 103; SOARES e CARABELLI, 2019, p. 24). Nos Estados Unidos, foi inserido expressamente na V Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que entrou em vigor em dezembro de 1791, na qual estava previsto que ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, a qual fez parte das dez emendas que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*. Contudo, a V Emenda somente vinculava o Governo Federal e, após a Guerra da Secessão, que abalou a unidade do estado federativo, foi criada a XIV Emenda, em 1868, na qual previu-se que nenhum Estado-membro privará a vida, a liberdade ou a propriedade de alguém sem o devido processo legal (RAMOS, 2007, p. 105; CRISTÓVAM, 2016, p. 220).

direcionava a existência de um processo justo (SOARES e CARABELLI, 2019, p. 28).¹⁰⁷

A versão substantiva do princípio (*substantive due process*) foi paulatinamente desenvolvida ao longo da história¹⁰⁸ e hoje é conteúdo semântico indispensável do devido processo legal, que exige a razoabilidade¹⁰⁹ e a justiça no mérito dos procedimentos e ações estatais, inclusive mediante o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade desses atos. A tarefa assumida pela versão substantiva é a de aferir a justiça da lei (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 44-45).

Assim, “[...] a cláusula do devido processo substancial evoluiu para exigir a legalidade durante todo o desenrolar desse procedimento, passando a incluir também o controle do conteúdo desses atos, acessando um amplo controle de constitucionalidade” (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 26).¹¹⁰

¹⁰⁷ Com a sua aplicação desenvolvida ao longo da história, o devido processo legal incorporou e foi incorporado por diversos princípios e regras, que objetivam a garantia a um processo justo e adequado. Assim, veio o direito a um defensor no processo perante o juiz ou tribunal, a necessidade de uma decisão fundamentada, o direito à prova, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da adequação (processo regular e justo), do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, da motivação das decisões (SOARES E CARABELLI, 2019, p. 28-44).

¹⁰⁸ Ainda que o contexto seja imprescindível para estudar a história, que não pode ser vista apenas nas lentes do presente, existem eventos históricos que são extremamente tristes de rememorar, ainda que seja necessário para não os repetir. Um exemplo é o primeiro caso em que a Suprema Corte estadunidense julgou inconstitucional uma lei com base em uma versão substancial do devido processo legal (*Dred Scott v. Standford*, 1856), em que o juiz-presidente Taney apresentou a decisão da Corte fundamentando que: “a) os fundadores dos EUA não tencionaram tratar o negro como ser humano; b) conforme a tradição do direito estadunidense, portanto, negro não é ser humano, é coisa; c) viola o princípio do devido processo legal uma lei que considerasse o negro um ser humano e, com isso, privasse alguém de sua propriedade; d) o Congresso não poderia ter editado lei que contraria a tradição jurídica dos EUA; e) a Lei do Compromisso do Missouri (*Missouri Compromise Act*, 1820) é inconstitucional, por violação da 5ª emenda; f) sendo coisa, o negro não tem capacidade de ser parte; correta, portanto, a decisão que o considerou uma coisa, e não um ‘cidadão dos Estados Unidos’” (RAMOS, 2007, p. 106-107).

¹⁰⁹ Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34), a razoabilidade é a exigência de legitimidade dos objetivos pretendidos e a compatibilidade entre estes e os meios empregados. Assim, é um critério de correlação entre os meios e os fins. Diferentemente, Humberto Ávila (2011, p. 164-170) apresenta a estrutura da razoabilidade como um postulado normativo aplicativo de três critérios: equidade, congruência e equivalência. O primeiro estabelece a conformidade entre a norma geral e o caso individual, impõe a subsunção; o segundo exige a compatibilidade entre as normas e as condições externas de sua aplicação, ou seja, entre o mundo empírico e o jurídico; e o terceiro verifica se há o mesmo grau entre a medida adotada e os critérios de sua utilização.

¹¹⁰ Inclusive, os autores entendem que essa evolução se manifestou no Brasil com maior força no controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Segundo eles, ao Poder Judiciário incumbe a extirpação de arbitrariedades dentro do âmbito administrativo, através de um amplo controle de constitucionalidade (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 45). Evidentemente, entendem que o Poder Judiciário detém preponderância sobre os demais, o que parece uma conclusão que, apesar de se manifestar por vezes na realidade, parece uma premissa equivocada, que se coaduna com uma visão romantizada do Judiciário.

Ademais, o devido processo legal conjuga dois postulados, a segurança jurídica¹¹¹ e a efetividade, com a função de harmonizar diversos princípios fundamentais na aplicação do Direito, conforme destacam Marcelo Negri Soares e Thaís Andressa Carabelli (2019, p. 26):

O conceito de devido processo legal é, portanto, circunstancial, cunhado na conjugação da segurança jurídica com a efetividade, e, no afã da harmonização desses dois postulados, harmonizam-se diversos princípios fundamentais na aplicação do direito. Essa harmonização também não é tarefa fácil: ora se utiliza o contraditório diferido, sobressaindo a celeridade, noutra caso se dita o privilégio à instrumentalidade das formas em detrimento da rigidez da adequação, com fundo numa igualdade substancial em privilégio ao princípio da inafastabilidade. A fina sintonia na aplicação de um dos princípios ou da associação deles, diante do caso concreto, é que dá o tom do que seja o devido processo legal em específico – princípio-síntese, que não deve ser afastado, sendo sempre aplicável em sua inteireza –, aquele que se traduza na outorga do verdadeiro ‘acesso à ordem jurídica justa’.

Assim, o devido processo legal possui sentido genérico e contém duas feições, o devido processo substantivo (*substantive due process*) e o devido processo procedimental (*procedural due process*). No primeiro, orienta a criação e aplicação das normas de direito material. No segundo, tutela direitos por meio de um processo regular (MESQUITA, 2006, p. 210-211).

Em sentido amplo, o princípio implica que o ato estatal não pode ser considerado legítimo se não atender ao “pacto social”, seja proferido pela função judicial, administrativa ou legislativa.¹¹² Se o ato incorrer na falta de razoabilidade ou de racionalidade, será considerado arbitrário e fora dos limites impostos pelo devido processo legal. Em sentido estrito, busca atender as mudanças histórico-culturais do entendimento da lei, pautada numa hermenêutica por critérios de razoabilidade e proporcionalidade¹¹³ (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 46-47).

¹¹¹ Sobre a segurança jurídica, ver Seção 3.1.5., adiante.

¹¹² Para os autores, o devido processo legal substantivo representa uma limitação ao mérito das ações estatais, “[...] sobretudo aos Poderes Legislativo e Executivo, devendo as leis e os atos manifestar a razoabilidade e a justiça desde sua elaboração” (SOARES; CARABELLI, 2018, p. 44). Discorda-se dessa posição, na medida em que o Poder Judiciário deve estar igualmente vinculado e limitado pelo devido processo legal, inclusive na versão substancial.

¹¹³ Destaca-se que os autores parecem tratar a razoabilidade e a proporcionalidade como sinônimos, mas não o são. A confusão é comum na doutrina brasileira. Enquanto a razoabilidade surgiu no bojo dos sistemas de *common law*, justamente a partir do devido processo substantivo, a proporcionalidade foi um instrumento que surgiu em países com o sistema de *civil law* (Alemanha inicialmente, Suíça Holanda, Bélgica e outros (MESQUITA, 2006, p. 219; SANTOS, 2017, p. 68-71). Mesmo assim, ambos têm a função de limitar a atuação do Estado e são normas de interpretação e aplicação do Direito. Sobre o tema, ver Virgílio Afonso da Silva (2002) e José Sérgio da Silva Cristóvam (2016, p. 218-227).

No Brasil, a primeira constituição a fazer menção expressa ao devido processo legal foi a Constituição de 1988, no art. 5º, *caput*, inciso LIV (RAMOS, 2007, p. 106; KUSTER, 2016, p. 240).¹¹⁴ Apesar disso, o princípio não depende de participação na legislação escrita, pois é considerado um “macroprincípio” ou “princípio-síntese”, que fundamenta, norteia e permeia vários outros, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e o acesso à justiça (SOARES E CARABELLI, 2019, p. 24-25).

Com isso, o devido processo legal, em suas duas vertentes, exige a garantia de um procedimento justo e adequado, bem como o cumprimento das normas sobre direito material que envolvem a questão analisada, com o objetivo de conferir justiça ao processo. Não se limita ao procedimento, conjugando o conteúdo normativo substantivo (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 47).

A partir do seu desenvolvimento, o princípio virou um guarda-chuva de vários outros princípios e garantias, que foram incorporados pelo devido processo legal e sem os quais não se tem justiça, como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição, o direito de petição, dentre inúmeros outros.

Há um ótimo exemplo da quantidade de garantias que o devido processo legal exige para que seja efetivado, no processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. Segundo o art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999, a Administração Pública federal deve obediência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, sem excluir a necessidade de observância de outros.

Percebe-se que todos os princípios e garantias que o devido processo legal incorpora têm fundamento na Constituição de 1988, que podem ser encontrados de forma expressa, como nos artigos 5º, *caput*, incisos II, XXXIV, XXXV e LV, e 37, *caput*, ou implícita, como nos artigos 5º, *caput*, incisos XXXVI, LVI e LVII, e 93, inciso IX.

¹¹⁴ Apesar disso, parte da doutrina já defendia a aplicação do devido processo legal no direito constitucional e no direito processual brasileiro, com base no art. 153, § 4º, da Constituição de 1969 (SOARES E CARABELLI, 2019, p. 24). Estava previsto que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, mas a redação foi alterada posteriormente pela Emenda Constitucional n. 7/1977, conjugando aquela frase a outra, que a sucedeu: “[...] o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. Aparentemente, o texto constitucional tratou sobre o acesso à justiça e a inafastabilidade da apreciação judicial, que são decorrências do devido processo legal, mas não de identificam na sua totalidade.

Assim, a orientação expressada pelo devido processo legal pode ser compreendida como a defesa e o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais, cuja observância implicaria, logicamente, na possibilidade de o administrado alegar a inconstitucionalidade de lei no âmbito do processo administrativo, sem ficar adstrito a argumentos infraconstitucionais (KUSTER, 2016, p. 241).¹¹⁵

Contudo, ainda que essa conclusão seja possível, cumpre reconhecer que o devido processo legal pode, de maneira efetiva, limitar o controle de constitucionalidade pela Administração Pública, em especial se, no exercício da sindicabilidade constitucional, não se cumprir todas as garantias inerentes ao princípio guarda-chuva, como possibilitar o contraditório e a ampla defesa, incluindo os direitos dos sujeitos que eventualmente pretendem defender a constitucionalidade do ato impugnado.

Por conseguinte, o devido processo legal orienta para um problema, qual seja: deve-se garantir que os administrados e a Administração possam arguir a inconstitucionalidade de um ato do Poder Público no bojo do processo administrativo, como concretização do devido processo legal, ao mesmo tempo em que se deve possibilitar que seja oportunizada a defesa da constitucionalidade do ato no mesmo processo, sob pena de incorrer em violação às garantias decorrentes do mesmo princípio.

Com isso, o grande desafio que o devido processo legal impõe ao controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública é a equalização entre as duas conclusões do problema, de modo a viabilizar a arguição de inconstitucionalidade de um ato estatal no âmbito do processo administrativo e, concomitantemente, possibilitar a defesa da constitucionalidade no mesmo processo, com a concessão das garantias inerentes.

Por fim, não confere óbice ao exercício do controle de constitucionalidade no que se refere ao contraditório e à ampla defesa. Isso porque, ainda que não se oportunize essas garantias no bojo do processo que culmina na decisão sobre (in)constitucionalidade, há a presença do contraditório eventual, em que o exercício

¹¹⁵ Mesmo fazendo essa afirmação, analisando a questão no bojo do processo administrativo fiscal, o Autor reconhece e demonstra que nos julgados do Conselho dos Contribuintes do Ministério da Fazenda a conclusão era pela incompetência da Administração Pública (KUSTER, 2016, p. 241). O tema é mais bem desenvolvido na Seção n. 4.1.6.

dessas garantias pode ser feito em outro processo, dessa vez judicial ou correicional, em que as posições das partes são invertidas, conferindo o contraditório e a ampla defesa ao impugnante (NUNES, 2016, p. 12).¹¹⁶

3.1.3 Transparência

O princípio da transparência adquiriu previsão normativa expressa no art. 4º da Lei n. 13.460/2017,¹¹⁷ que trata da defesa dos usuários dos serviços públicos, e, em seguida, pelo art. 6º, inciso VI, da Lei n. 13.709/2018, a Lei de Proteção Geral de Dados Pessoais (LGPD). A despeito disso, já era encontrado em diversas normas, sem alusão à categoria normativa de princípio, com destaque especial para a Lei n. 12.527/2011, que dispõe sobre o acesso à informação.¹¹⁸ Sua função primordial é a de promover o acesso às informações relacionadas aos atos estatais e à sua fiscalização¹¹⁹ e às informações de natureza pessoal.

Excepcionalmente, haverá o sigilo das informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, que podem ser classificadas em ultrassecretas, secretas ou reservadas, assim como das informações pessoais de agentes públicos legalmente autorizados e às pessoas as quais se referem os atos (art. 5º, *caput*, inciso XXXIII, da CRFB/1988; e art. 21 a 31 da Lei n. 12.527/2011).¹²⁰

Contudo, são apenas exceções,¹²¹ pois a publicidade e a cultura da transparência das informações continua sendo a regra geral (art. 3º, *caput*, incisos I e

¹¹⁶ Isso através de ação que objetive o desfazimento ou a nulidade do ato que decidiu sobre a (in)constitucionalidade, na qual também pode haver decisão liminar.

¹¹⁷ A transparência enquanto espécie normativa de princípio não tinha previsão expressa em norma jurídica, apesar de poder ser extraído de forma implícita, por exemplo, no art. 37, *caput*, da CRFB/1988, ou no art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/1995. A Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020 chegou a prever a inclusão expressa do princípio da transparência no *caput* do art. 37 da CRFB/1988. Contudo, por significar mais retrocesso que avanço, o texto original sofreu alterações substantivas, excluindo também a transparência.

¹¹⁸ Como, por exemplo, nos artigos 3º, *caput*, inciso IV, 5º, 6º, 8º, *caput* e § 3º, inciso I, 31, 41, *caput*, incisos I e II.

¹¹⁹ Assim, o prestador do serviço público é obrigado a dar acesso aos registros contábeis, registro dos bens vinculados ao serviço, prestando contas à sociedade, cujos indivíduos poderão obter estas informações a qualquer tempo. Outrossim, o prestador tem o dever de permitir o livre acesso e trânsito dos prepostos do ente federado concedente às instalações e aos bens relacionados à atividade (CARVALHO FILHO, 2016, p. 424).

¹²⁰ O rol de informações sujeitas ao sigilo está previsto nos incisos do art. 23 e no art. 31, § 1º, inciso I, da Lei n. 12.527/2011, sem prejuízo de outras hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça ou industrial, decorrentes da exploração direta ou indireta de atividade econômica pelo Estado (art. 22).

¹²¹ Nos últimos quatro anos, ainda que de forma minoritária se comparada com a quantidade de atos públicos, houve um aumento considerável da decretação de sigilo, pelo Governo Federal sob o

IV, da Lei n. 12.527/2011). Assim, é proibida a negativa de acesso à informação que seja necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, ou que verse sobre condutas praticadas por agentes públicos, ou, ainda, a mando de autoridade pública que implique em violação de direitos humanos (art. 21 da Lei n. 12.527/2011).

Ademais, salienta-se que o princípio da transparência possui um caráter instrumental importante, tornando-se um meio para a realização concreta e eficaz do direito ao acesso à informação pessoal ou de interesse público (art. 5^a, *caput*, incisos XIV e XXXIII, e art. 37, § 3^o, inciso II, da CRFB/1988), cuja proteção é dever do Estado (art. 216, § 2^o, da CRFB/1988, e art. 5^o da Lei n. 12.527/2011).¹²²

Assim, tem-se que o princípio da transparência visa tutelar o direito ao acesso à informação, o qual compreende: (i) o direito à informação propriamente dito, que implica na garantia aos sujeitos de obterem efetivamente as informações de caráter público ou pessoal; e (ii) o direito ao acesso a essas informações, em que a Administração Pública e os delegatários têm o dever de disponibilizar as informações de modo compreensível.

Com isso, para ser transparente, o conteúdo das informações deve ser: (i) preciso, transmitindo-se as informações com exatidão, sem prolixidades; (ii) simples, para ser compreendido pelo maior número de pessoas possível; e (iii) ostensivo, de forma a se apresentarem de plano ao sujeito – sem ocultar ou dificultar o acesso a qualquer parte da informação –, ou seja, de caráter manifesto e, quando possível, instantâneo.¹²³

comando do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, em especial no que se refere às informações pessoais de agentes públicos (art. 31, *caput*, § 1^o, inciso I, da Lei n. 12.527/2011).

¹²² O direito ao acesso à informação poderá ser resguardado mediante *habeas data*, para assegurar o conhecimento de informações pessoais ou de caráter público, assim como retificá-las (art. 5^o, *caput*, inciso LXXII, da CRFB/1988) ou qualquer outra medida idônea que garanta a defesa deste direito. É ilícita qualquer conduta praticada por agente público, civil ou militar, que de alguma forma venha a cercear o direito ao acesso à informação, podendo o agente responder por transgressão militar média ou grave, infração administrativa e/ou improbidade administrativa (art. 32 da Lei n. 12.527/2011). Ademais, ao agente público que negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, poderá responder por crime de abuso de autoridade e ser aplicada a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (art. 32 da Lei n. 13.869/2019).

¹²³ O caráter da instantaneidade é relativo, visto que um sem-número de informações necessitam de tempo para serem angariadas, em especial dentro do sistema jurídico brasileiro, burocrático em demasia, muitas vezes com a necessidade de instauração de processo administrativo, prazos a serem cumpridos, interlocução entre diversos órgãos estatais etc. Mesmo assim, são várias as informações que podem ser fornecidas instantaneamente, como acontece com as certidões negativas de débitos fiscais, por via digital ou física, em muitos entes federados.

Outrossim, visando o acesso efetivo, as informações devem ser disponibilizadas em diversos meios comunicacionais, dentre eles o escrito, inclusive em Braile, o de Língua Brasileira de Sinais (Libras), o audiovisual, promovendo, outrossim, o direito à inclusão e à acessibilidade das pessoas com deficiência.¹²⁴

Por fim, visando alcançar a maior quantidade de pessoas, é necessário que a difusão se dê através de várias formas, ou seja, em diversos canais disponíveis à população, através de aplicativos, da internet, de cartazes ou panfletos, presencialmente, por telefone, dentre outros modos igualmente capazes de divulgá-las.

Inclusive, há o que se denominou de transparência ativa,¹²⁵ que significa justamente a transmissão de ofício das informações pela Administração Pública nos canais adequados. Já a transparência passiva caracteriza-se pelo procedimento em que o interessado formula sua postulação ao órgão que detém a informação desejada (CARVALHO FILHO, 2016, p. 28).¹²⁶

¹²⁴ Neste sentido, o Brasil editou a Lei n. 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (art. 1º) e prevendo, em título específico (Título III), o direito das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida à acessibilidade (artigos 53 a 62) e, principalmente, o direito ao acesso à informação e à comunicação (art. 63 a 73) e à tecnologia assistiva (art. 74 e 75). O § 3º do art. 5º da CRFB/1988, que foi inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que os tratados internacionais de direito humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, exigindo, portanto, o mesmo procedimento das emendas. Nessa senda, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada pelo Brasil em Nova York, em 30 de março de 2007, foi o primeiro instrumento internacional aprovado pelo procedimento legislativo exigido para alcançar o patamar constitucional. Com isso, após votação em dois turnos no Senado Federal e mais dois turnos na Câmara dos Deputados, aprovada pelo quórum exigido de cada casa legislativa, houve a edição do Decreto Legislativo n. 186/2008, o qual formalizou a ratificação da CDPD. Depois de aprovada pelo Congresso Nacional, a Convenção foi publicada pelo Presidente da República através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, o que consolidou o *status* constitucional deste importante instrumento internacional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado como qualquer outra norma constitucional editada pelo Constituinte derivado.

¹²⁵ Inclusive, a Lei n. 14.129/2021, que dispõe sobre o Governo Digital, trouxe o conceito de transparência ativa no art. 4º, *caput*, inciso XI, significando a “disponibilização de dados pela administração pública independentemente de solicitações”.

¹²⁶ O Autor fala que são duas formas de publicidade. Contudo, trata-se de princípio diverso e, aparentemente, com mais relevância para a sociedade, pois pressupõe aquele. Basicamente, o princípio da publicidade determina que os atos administrativos – assim como todos os atos estatais, ressalvados os atos sigilosos – devem aparecer para o público, ou seja, precisam estar disponíveis para conhecimento da sociedade. Todavia, o caráter público dos atos estatais não decorre do princípio da publicidade, mas advém diretamente do princípio republicano, pois os agentes públicos manejam a coisa pública, de titularidade do povo (art. 1º, *caput* e parágrafo único, da CRFB/1988) e, por isso, seus atos são designados como atos de caráter público, o que não pode ser confundido como decorrência do princípio da publicidade. Isso porque, em proposital tautologia, o princípio da publicidade exige que os atos estatais, que já têm o caráter público, sejam publicados, mas não confere o caráter público dos

Contudo, não há somente o objetivo de disponibilizar as informações de modo acessível. Paralelamente, o princípio da transparência tem a finalidade de oportunizar o controle social efetivo dos atos do Estado pela sociedade em geral. Por conseguinte, está intimamente ligada às práticas de prestação de contas (*accountability*) e governança, nas quais tem a condição de princípio norteador da atividade administrativa (LIMA; BRANDÃO, 2020, p. 67-69).¹²⁷

Assim, o princípio da transparência busca trazer efetividade ao princípio republicano, com a finalidade de ampliar o acesso das pessoas às informações sobre a coisa pública. Por conseguinte, visa promover a soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/1988), com o aumento da participação da população e o alargamento do controle social, mediante o acesso amplo às informações, ressalvadas aquelas consideradas sigilosas (art. 21 a 31 da Lei n. 12.527/2011).

Ademais, o princípio da transparência é fundamento da exigência de motivação dos atos administrativos, que deve ser explícita, clara e congruente, com especial relevância para os atos decisórios ou que impliquem sanções. Esses atos devem ser divulgados oficialmente, com a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão e com a adoção de formas simples, propiciando adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (art. 2º, *caput*, incisos V, VII e IX, e art. 50 da Lei n. 9.784/1999).

Portanto, no que tange o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, o princípio da transparência orienta para a utilização de linguagem acessível e a divulgação nos canais adequados a conferirem o amplo acesso pela sociedade, inclusive e principalmente da motivação das decisões, com o objetivo de tornar as informações acessíveis e possibilitar o controle social efetivo.

Nesse sentido, nada há de novo no horizonte, referente aos demais atos estatais. As balizas que o princípio da transparência confere aos atos proferidos no

atos estatais (até porque, como exemplo, os atos sigilosos não deixam de ter o caráter público, mas deixam de ser publicados). Diferentemente, o princípio da transparência tem maior relevância, do qual o princípio da publicidade é apenas uma das suas diversas facetas. Ora, para que haja transparência, é necessário que se tenha a publicação dos atos. Contudo, a recíproca é falsa, pois é possível ter publicidade sem existir transparência.

¹²⁷ Nesse sentido, o Decreto n. 9.203/2017 dispõe que a transparência é princípio da governança pública (art. 3º, inciso VI). Outrossim, a Lei n. 14.129/2021 prevê como princípio e diretriz do Governo Digital e da eficiência pública a “transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços” (art. 3º), além de outras normas que determinam a transparência (artigos 25, 29, 36 e 45, inciso V).

exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública são as mesmas em comparação com qualquer outro ato administrativo.¹²⁸

3.1.4 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, previsto expressamente no art. 37, *caput*, da CRFB/1988, dispõe que a Administração Pública deve tratar as pessoas sem discriminações, benéficas ou detrimementosas, favoritismos, perseguições, simpatias e animosidades. Trata-se de expressão do princípio da igualdade e da isonomia (MELLO, 2015, p. 117). É decorrência direta da evolução do processo civilizatório das sociedades, sob a égide do constitucionalismo, no que se refere à limitação de poderes da Administração Pública (ABBOUD, 2016, p. 46).

Com relação aos administrados, o princípio objetiva a igualdade de tratamento que deve ser dispensado aos que se encontram em situação jurídica idêntica (princípio da igualdade).¹²⁹ Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade,

¹²⁸ Apesar disso, durante a pesquisa tiveram atos proferidos pela Administração Pública no exercício do controle de constitucionalidade que não foram sequer públicos, quiçá transparentes, pois não se conseguiu o acesso. Isso evidencia a necessidade de se buscar parâmetros para o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública. Nessa senda, ver Seção 4.1.3, na qual não se conseguiu acesso ao Decreto n. 175/2015 de Macaé/RJ, ao Decreto n. 4.832/2016 de Teresópolis/RJ e ao Decreto n. 4.944/2019 de Santo Antônio do Descoberto/GO.

¹²⁹ José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 21-22) afirma que são admitidas exceções à aplicação do princípio da isonomia. Para exemplificar, refere-se ao sistema de cotas, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, pois traduz política de inclusão social com o objetivo de suplantar as desigualdades oriundas do processo histórico do país, fazendo sobrelevar a igualdade material sobre a formal, “[...] muito embora os destinatários obtenham maiores vantagens que os demais interessados”. Por fim, destaca que existe o entendimento de setores da sociedade que outras políticas deveriam ser executadas para a inclusão étnico-social, abonando esse posicionamento, e conclui que a política de cotas erige o critério da raça como elemento diferencial da sociedade, e não como fator de agregação, o que seria desejável em termos sociológicos. Discorda-se do Autor, com destaque para três pontos: (i) a raça é sim um fator de diferenciação das pessoas, o que não reduz em nada a condição humana das pessoas negras, cujo reconhecimento serve justamente para tratar os desiguais desigualmente, na medida da sua desigualdade (isonomia ou igualdade material, concebida desde Aristóteles); (ii) os destinatários não obtêm mais vantagens que os demais interessados, pois as condições históricas determinaram as condições presentes, em que estatisticamente (e evidentemente, sem necessidade de maiores digressões) o povo negro é extremamente mais vulnerável e sofre de condições precárias, em que os “demais interessados” não se encontram em igualdade de condições, em especial socioeconômicas, e sim em condições majoritariamente superiores; e (iii) o “desejável em termos sociológicos” não significa absolutamente nada no contexto das considerações (inclusive pressupõe a igualdade jurídica como parâmetro, e não sociológica, econômica, política etc.) e a condição e reconhecimento do negro como tal é fator que insere a sua característica fisionômica a uma posição de destaque e a ressignifica, possibilitando explorar os campos do conhecimento com o enfoque na negritude, o que, de forma massiva nas universidades, expõe as injustiças históricas e reconhece o papel indispensável de diversas pessoas negras ao longo do tempo.

a Administração Pública deve se voltar exclusivamente para o interesse público¹³⁰ (princípio da finalidade)¹³¹ (CARVALHO FILHO, 2016, p. 20-21).

Uma análise peculiar do princípio da impessoalidade é feita por José Afonso da Silva (2015, p. 667), para qual “O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário [...]”.¹³²

Nesse sentido, atribui-se um caráter interno aos efeitos da impessoalidade,¹³³ que é importante, mas insuficiente, para sua compreensão. O Autor entende a impessoalidade nos exatos termos que expõe, e somente neles. Assim, ignora o caráter externo da impessoalidade, que produz efeitos em relação aos administrados, para os quais a Administração Pública também deve agir de forma impessoal.

Outra decorrência direta é o impedimento à promoção pessoal do agente público (art. 37, § 1º, da CRFB/1988). Além de ter o dever de cumprir as finalidades gerais do Direito e específicas das normas jurídicas, não pode se promover pessoalmente através da publicidade institucional.

Por conseguinte, a impessoalidade pode ser destinada: (i) aos administrados, que devem ser tratados igualmente em condições idênticas (igualdade formal) e, em alguns casos,¹³⁴ desigualmente em condições desiguais (igualdade material ou

¹³⁰ Por se tratar de um conceito indeterminado e polissêmico, o interesse público não será aprofundado. Sobre o tema, ver José Sérgio da Silva Cristóvam (2015, p. 63-117).

¹³¹ O princípio da finalidade “[...] impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpra-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrangida na lei a que esteja dando execução [...]” (MELLO, 2015, p. 110).

¹³² O Autor destaca que a personalização ou individualização do agente público pode ser recomendável, quando atue como expressão de veleidade, capricho ou arbitrariedade pessoal, e não como expressão da vontade do Estado, o que valeria para imputar-lhe uma falta, visando a sua responsabilização perante a Administração Pública, que deve impor a sanção cabível (SILVA, 2005, p. 668). Nota-se que é justamente o que o art. 37, § 6º, da CRFB/1988 dispõe. O Estado é responsável perante o terceiro prejudicado, mas tem o direito de responsabilizar pessoalmente o agente que agiu com dolo ou culpa, ainda que de modo regressivo.

¹³³ Essa característica da impessoalidade é relevante, em especial porque, quando há um sujeito que corporifica algum órgão da Administração Pública, trata-se do exercício de uma apresentação. Esse instituto é apresentado por Pontes de Miranda (1973, p. 318-319) e significa a forma pela qual se personifica um órgão, como se materializa uma entidade abstrata, uma pessoa jurídica ou um ente despersonalizado. Portanto, quem apresenta atua em nome do órgão e defende os direitos inerentes ao órgão. Dessa forma, defende direito próprio em nome próprio. Diferentemente, a representação consiste na outorga de poderes um sujeito para outro, pela lei ou por instrumento próprio, em que se atua em nome próprio para a defesa de interesses e direitos alheios ao representante.

¹³⁴ Refere-se a “em alguns casos” porque não é toda e qualquer condição de desigualdade em que há, necessariamente, o dever de tratar desigualmente os envolvidos.

isonomia);¹³⁵ e (ii) à Administração Pública, seus agentes só podem agir de modo a objetivar o cumprimento das finalidades do Estado, sendo-lhes vedada a promoção pessoal através da publicidade institucional, sob pena de incorrer em abuso ou desvio de poder.

Assim, relacionando o princípio da impessoalidade ao controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, também não há grandes diferenças aparentes em relação à aplicação dessa norma jurídica aos atos administrativos em geral. Os atos e, em especial, as decisões administrativas, devem respeito ao princípio da impessoalidade.

Contudo, uma característica que talvez lhe seja particular, ou ao menos mais intensa, é a impossibilidade do exercício do controle de constitucionalidade em decisões com efeito entre as partes (*inter partes*) em face da independência funcional dos órgãos decisórios em relação aos seus pares. Caso haja a prevalência da Constituição na decisão, ela é soberana e deve ser aplicada a todos, sem distinção.¹³⁶

Nesse sentido, o exercício do controle de constitucionalidade é limitado, de forma absoluta, aos procedimentos que conferem eficácia geral à decisão administrativa, sem exceções. Assim, como exemplo, em princípio não é possível realizar o controle de constitucionalidade no âmbito de um processo administrativo com efeito entre as partes. Isso ainda que haja a possibilidade de edição de súmula administrativa (art. 30 da LINDB), pois pressupõe decisões pretéritas com efeitos entre as partes.

A decisão proferida no exercício do controle deve ter eficácia para todos (*erga omnes*) pois, se admitida da outra forma, causará não só insegurança jurídica, tratada em seguida, mas também injustiça formal e material com quem não foi beneficiado ou prejudicado com a decisão.

¹³⁵ Em resumo, a igualdade formal é a fórmula consagrada no art. 5º, *caput*, inciso I, da CRFB/1988, ao referir que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. “Já igualdade material — ou igualdade de fato — é definida por alguns doutrinadores² como aspecto da igualdade destinado à realização concreta e efetiva da igualdade. No âmbito da igualdade material é que se costuma apresentar a fórmula ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades’. Diversos autores atribuem tal formulação a Aristóteles, denominando-a, assim, de ‘noção aristotélica de justiça’. É possível dizer que a expressão ‘princípio da isonomia’ equivale à expressão ‘princípio da igualdade’. Contudo, a referência ao termo isonomia é normalmente feita com o intuito de enfatizar o aspecto material da igualdade” (MACERA, 2016, p. 1487-148). Nesse artigo, o Autor propõe a adoção do que chama de discriminação positiva inclusiva, com o objetivo de alcançar um Direito Administrativo inclusivo, desde que atenda os critérios propostos no texto e considerando as limitações inerentes.

¹³⁶ Conforme visto na Seção n. 2.1. acima, que trata da supremacia da Constituição.

3.1.5 Segurança jurídica

De todos os princípios abordados, não há dúvida que o da segurança jurídica é o mais tradicional. Remete à própria concepção do Direito, inserida no contexto dos estados modernos, em especial após a Revolução Francesa e o processo de codificação.¹³⁷ Como todo princípio, é sintagma polissêmico, mas o adjetivo delimita o campo do substantivo, no sentido de que a segurança jurídica é inerente ao (Estado de) Direito, quer no sentido objetivo, quer no subjetivo (COUTO E SILVA, 2017; e SANTOS; MAIA, 2021, p. 96).

Atualmente, o princípio da segurança jurídica permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro, tanto de forma geral como em previsões normativas específicas, por exemplo as disposições contidas no art. 5º, *caput*, inciso XXXVI, da CRFB/1988, no art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999 e nos artigos 6º e 30 da LINDB.¹³⁸

Também denominado de princípio da estabilidade das relações jurídicas, comporta dois vetores básicos quanto às expectativas dos cidadãos, relacionado com o Direito Administrativo: (i) a certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas; e (ii) a estabilidade, consolidando as ações administrativas no tempo, do mesmo modo que oferece novos mecanismos de defesa ao administrado, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (CARVALHO FILHO, 2016, p. 38).

Constitui-se enquanto princípio geral do Direito, cuja relevância é descrita cirurgicamente por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 128):

[...] O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais

¹³⁷ Sobre o tema, ver Norberto Bobbio (2006, p. 63-89). Talvez o ápice da tentativa iluminista de racionalizar por completo o Direito tenha sido a escola da exegese. De algumas das suas características fundamentais, é possível extrair a segurança jurídica, com as seguintes características: concepção rigidamente estatal do direito, interpretação de lei fundada no legislador, culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade (BOBBIO, 2006, p. 83-89).

¹³⁸ Diferentemente, salienta-se que o princípio da segurança, previsto no art. 4º da Lei n. 13.460/2017, não se confunde com o princípio da segurança jurídica. Isto porque o princípio da segurança, específico dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública, tem feição material, configurando-se como uma norma balizadora da conduta dos prestadores dos serviços públicos e dos órgãos fiscalizadores, no sentido de garantirem a integridade física, psíquica e patrimonial dos usuários.

porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Ademais, o princípio da segurança jurídica tem dois aspectos: (i) o objetivo, da estabilidade das relações jurídicas; e (ii) o subjetivo, da proteção da confiança (ou confiança legítima) (DI PIETRO, 2019). No Brasil, somente em 2003 e 2004 que houve o reconhecimento da segurança jurídica na espécie da proteção à confiança, através de decisões proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (MC 2.900/RS; MS 24.268/MG e MS 22.357/DF) (COUTO E SILVA, 2017).

Com relação ao Direito Administrativo, a proteção da confiança leva em conta a boa-fé do cidadão que acredita e espera que os atos do Poder Público sejam lícitos (DI PIETRO, 2019), mormente no que tange os atos administrativos, diante da presunção de legitimidade e a aparência de legalidade (CARVALHO FILHO, 2016, p. 38).

Exemplo disso são os artigos 53 a 55 da Lei n. 9.784/1999. O primeiro se dirige ao dever da Administração Pública em anular seus atos quando ilegais e a prerrogativa de revogá-los, respeitados os direitos adquiridos. O segundo conjuga aspectos de tempo e boa-fé como limitadores à anulação, quando o ato for favorável ao destinatário. Por fim, o terceiro visa, essencialmente, a estabilização das relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos com vício relativo de legalidade, desde que não acarrete lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros (CARVALHO FILHO, 2016, p. 39).¹³⁹

Ademais, uma consequência da segurança jurídica presente no âmbito administrativo é que as orientações firmadas pela Administração Pública em dada matéria não podem ser modificadas em casos concretos para sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar pretensões, sem a prévia e pública notícia da orientação, que somente se aplica aos casos ocorridos após a publicidade do posicionamento (MELLO, 2015, p. 128-129).¹⁴⁰

Outrossim, entende-se atualmente que a tutela da confiança legítima produz efeitos, inclusive, sobre o poder normativo da Administração Pública, e não apenas

¹³⁹ O Autor faz referência apenas ao art. 54 da Lei n. 9.784/1999, apesar de se inferir que também tratou dos artigos 53 e 55 em suas colocações.

¹⁴⁰ Nesse sentido é o art. 26 da LINDB.

sobre os atos concretos. Isso em razão da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade, o que impede a ruptura inesperada da disciplina vigente e a imprevisibilidade das modificações (CARVALHO FILHO, 2016, p. 40).

Recentemente a legislação foi ampliada, com a finalidade de se conferir mais segurança jurídica à atividade administrativa. Esse foi o caso da inclusão dos artigos 20 a 30 na LINDB, promovida pela Lei n. 13.655/2017, que conferiu uma série de possibilidades à disposição do Poder Público, no sentido de viabilizar o equacionamento das mudanças necessárias em um mundo extremamente dinâmico em face da estabilidade das relações jurídicas.

Além disso, a inclusão normativa, para além de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência,¹⁴¹ tratou as disposições inseridas na LINDB como normas gerais de criação, interpretação e aplicação do direito público, que devem balizar toda a atividade administrativa, controladora e judicial de todos os poderes de todos os entes federados (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2015, p. 7-8).

Merece destaque o art. 30 da LINDB, que dispõe expressamente o dever das autoridades públicas em atuar para aumentarem a segurança jurídica na aplicação das normas, podendo se utilizar de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Houve a normatização, por mais uma vez, da obrigatoriedade de se respeitar a segurança jurídica, o que parece demonstrar uma preocupação especial com a estabilidade e a confiança das relações jurídicas atualmente.

Indo além, o art. 30 da LINDB foca no dever de instauração da segurança jurídica, mediante a criação de precedentes em sentido amplo, apresentando-se como critérios de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da atividade decisória pública. Assim, criou-se um dever de estabilidade, uniformidade, integridade e coerência na criação do Direito (MOREIRA, PEREIRA, 2018, p. 247 e 261-264).

Por outro lado, no que tange o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, outros artigos da LINDB têm igual relevância, com destaque para: (i) art. 21, que condiciona o controle à exposição das consequências jurídicas e administrativas e impede que produza aos sujeitos envolvidos ônus ou perdas anormais ou excessivos; (ii) art. 23, que determina a imposição de um regime de

¹⁴¹ Tanto no Projeto de Lei n. 349/2015 como na Lei n. 13.655/2018 há referência expressa na ementa sobre a finalidade de incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

transição quando indispensável para que o dever ou condicionamento do direito seja proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais; (iii) art. 24, que fortifica o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido; e (iv) art. 26, que permite a celebração de compromisso com os interessados quando eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público.

Por fim, uma consideração a um questionamento se faz pertinente neste momento: o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública gera insegurança jurídica em razão da alta probabilidade (certeza) de existirem decisões conflitantes? A princípio não.

Isso porque, se a existência de decisões conflitantes fosse fundamento suficiente para impedir o exercício do controle de constitucionalidade, seria necessário elidir o controle judicial difuso, em que também é altamente provável (melhor, certo) que haja decisões conflitantes, pois exercido (ou, ao menos, com a capacidade de ser exercido) por todos os órgãos do Poder Judiciário.

3.2 LIMITES PROPRIAMENTE DITOS

Além dos princípios tratados acima, que, verdadeiramente, orientam (não limitam apenas, em um sentido rígido) a atuação administrativa, existem alguns argumentos que constituem limites propriamente ditos, ou seja, têm direta e primordialmente a capacidade de limitar o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, assim como a atividade administrativa em geral.

Lembrando que a pesquisa, inevitavelmente, depende de escolhas do pesquisador, foram selecionados cinco limites propriamente ditos, com a capacidade de obstar ou impedir a atuação administrativa, especificamente em relação ao controle de constitucionalidade, que serão tratados adiante: (i) reserva de jurisdição em matéria de controle de constitucionalidade; (ii) presunção de constitucionalidade de lei não declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal; (iii) mérito do ato administrativo como fator impeditivo da revisão judicial; (iv) competência legislativa e territorial dos entes federados; e (v) risco de responsabilização dos agentes públicos.

3.2.1 Reserva de jurisdição

A reserva de jurisdição em matéria de controle de constitucionalidade é o primeiro limite que merece ser aprofundado. Mesmo que seja possível o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, o controle último, a prerrogativa de dar a palavra final (ainda que provisória¹⁴²), cabe exclusivamente ao Poder Judiciário, diante da opção normativa que o Constituinte originário adotou no Direito brasileiro.¹⁴³

Essa limitação é exógena à Administração Pública e não impossibilita, de forma absoluta, o exercício do controle de constitucionalidade. Pode ser preventiva, com a capacidade de constituir óbice a uma ação futura da Administração, ou repressiva, que tem o condão de desconstituir uma decisão anterior, mas nenhuma desconfigura a legitimidade para o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, percebe-se que é um limite e, ao mesmo tempo, uma etapa dentro da atuação estatal em geral. Quando há o exercício preventivo, limita, substantivamente, a atuação da Administração Pública, desde o início. Quando há o repressivo, no caso de desconformidade da decisão administrativa, desconstitui posteriormente o ato de controle. Em ambos os casos, tanto a ação administrativa não impede a revisão judicial como esta é etapa provável após o controle de constitucionalidade exercido pela Administração. Portanto, complementam-se ao invés de se excluírem.

Inclusive, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 124) fala sobre o princípio do controle judicial dos atos administrativos, aludindo ao art. 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB/1988, em relação à unidade e à inafastabilidade da jurisdição, o que implica que nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, o qual tem a competência última para resolver definitivamente sobre quaisquer litígios sobre constitucionalidade.

Essa norma jurídica deve ser respeitada e tem fundamento na tradição brasileira do controle judicial de constitucionalidade, desde a Constituição de 1891. Contudo, não exclui prévia e peremptoriamente a possibilidade de outros poderes ou entes federados de exercerem a sindicabilidade constitucional. É o que se infere, por

¹⁴² Nesse sentido, ver nota de rodapé n. 54.

¹⁴³ Conforme visto na Seção n. 2.3., que tratou da legitimidade da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade.

exemplo, do art. 102, *caput*, da CRFB/1988, quando diz que compete precipuamente (e não exclusivamente) ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.¹⁴⁴

Portanto, a prerrogativa do Poder Judiciário de aferir a constitucionalidade dos atos jurídicos é relativa, comportando a análise por outros poderes. Somente será absoluta em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, por disposição constitucional expressa (art. 102, *caput*, inciso I, alíneas “a” e “p”, e §§ 1º e 2º, da CRFB/1988), estatuída pelos representantes do soberano do poder.

Inclusive, se a reserva de jurisdição fosse absoluta, a Administração Pública restaria impedida de cumprir o disposto nos artigos 53 a 55 da Lei n. 9.784/1999, pois não teria a competência para revisar os próprios atos em matéria constitucional.

Por conseguinte, é um limite que não impede o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, visto que não configura prejuízo à prerrogativa do Poder Judiciário de ser o último a dizer sobre a constitucionalidade dos atos estatais, tendo em vista a capacidade de reverter a decisão administrativa ou impedir que uma decisão seja tomada pela Administração Pública.

3.2.2 Presunção de constitucionalidade da lei

A presunção de constitucionalidade da lei é decorrência direta do princípio da separação de poderes, que pressupõe a especialização funcional para cada um dos poderes constituídos. Nela, o Poder Judiciário teria a função de proferir o direito com grau de definitividade, enquanto o Poder Executivo apenas cumpriria as leis, que detêm a presunção relativa de constitucionalidade (LOPES, 2011, p. 54; DAVID, 2011 p. 191).

Trata-se de uma presunção relativa porque se fosse absoluta não teria a possibilidade jurídica de ser declarada inconstitucional, nem pelo Poder Judiciário. Mesmo assim, há a incidência do ônus argumentativo, em que o intérprete deve fundamentar a decisão para ilidir a presunção. Os principais fundamentos teóricos da presunção de constitucionalidade são a democracia, a separação de poderes, a segurança jurídica e o respeito aos princípios constitucionais, mormente os que regem a Administração Pública (ARIGONY, 2019, p. 25-26 e 28).

¹⁴⁴ Outrossim, os artigos 97 e 125, § 2º, da CRFB/1988, não excluem a possibilidade de os demais poderes e entes federados exercerem o controle de constitucionalidade.

Destaca-se, no ponto, a mutabilidade da acepção da presunção de constitucionalidade, que pode sofrer alterações se analisada em contextos diferentes. Ainda que se tenham as mesmas normas jurídicas, é o contexto em que estão inseridas que determina o grau da elasticidade da definição (ARIGONY, 2019, p. 45).¹⁴⁵

Hodiernamente, existem duas correntes sobre os efeitos da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil. Segundo Priscila Abreu David (2011, p. 191):

Atualmente, a questão mais discutida sobre o assunto é se pode o Chefe do Executivo – ou outra autoridade administrativa – se negar a cumprir uma lei que repute manifestamente inconstitucional, existindo duas correntes sobre o assunto. A primeira defende que, em virtude do Princípio da Presunção de Constitucionalidade, na qualidade de corolário da Separação de Poderes, não poderia um membro de outro Poder (no caso, do Executivo) se recusar a aplicar uma norma até então em vigor. Já o entendimento majoritário, que é também o esposado por diversos julgados do STF, defende a possibilidade de o Chefe do Executivo se recusar a cumprir uma lei manifestamente inconstitucional. Por esse ponto de vista, o papel de zelar pelo texto constitucional não seria privativo do Poder Judiciário, registrando-se, no entanto, que, ao agir assim o agente do executivo deve-se ter em conta a regra de que toda norma goza de uma presunção de validade. Por isto, a recusa de cumprimento da norma deve ocorrer somente nos casos de manifesta inconstitucionalidade, sob pena de posterior responsabilização do agente público.

Segundo a corrente majoritária, há a possibilidade do Chefe do Poder Executivo de se recusar a cumprir uma lei manifestamente inconstitucional.¹⁴⁶ Entretanto isso traz um risco ao agente público, no exercício do controle de constitucionalidade, que é a possibilidade de ser responsabilizado por uma decisão que seja revertida posteriormente na seara judicial.¹⁴⁷

Outrossim, entende-se que a ponderação a fim de realizar o cotejo de compatibilidade da lei com a Constituição deve ser feita por meio da proporcionalidade, que tem a finalidade de harmonizar princípios e valores em rota de

¹⁴⁵ O Autor faz uma análise jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos para chegar nessa conclusão, posteriormente analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ARIGONY, 2019, p. 45-71).

¹⁴⁶ Nesse sentido, tem-se como exemplo a Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, no bojo da Ação Originária n. 1.415/SE, julgada em 15/08/2006 e publicada em 23/08/2006, na qual consignou que, “entendendo ser *inconstitucional* a lei estadual à qual a Administração Pública estadual deve respeito, o Governador do Estado, na qualidade de *Chefe do Poder Executivo*, tem plenos *poderes* para *recusar* o seu cumprimento e, ato contínuo, ajuizar a ação destinada à instauração do controle em abstrato da constitucionalidade dessa lei” (grifos no original).

¹⁴⁷ Sobre o risco de responsabilização do agente público, ver Seção n. 3.2.5.

colisão,¹⁴⁸ através das suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁴⁹ (ARIGONY, 2019, p. 58-59).¹⁵⁰

Aparentemente, não é só a ponderação o critério possível de aplicação para aferir a conformidade constitucional. Isso porque é apenas um dos critérios de resolução de conflito normativo entre princípios, que não podem ser desconsiderados. Não serve, outrossim, para a resolução de antinomias entre regras, incluindo regras constitucionais em face de regras infraconstitucionais – em que se deve utilizar o critério hierárquico,¹⁵¹ prevalecendo a norma constitucional.

¹⁴⁸ Diverge-se do autor nesse ponto, pois entende-se que a proporcionalidade, longe de ter o fim de harmonizar princípios e valores em rota de colisão, serve como regra de resolução do conflito normativo, para chegar a um resultado concreto do próprio conflito. Enquanto regra de aplicação, não pretende harmonizar princípios conflitantes, e sim resolver a antinomia no caso concreto, em que um ou alguns haverão de prevalecer sobre outro ou outros, mas sem implicar em invalidade de um. A harmonia pode existir no sentido de conferir racionalidade ao processo de aplicação das antinomias principiológicas, sem a aplicação dos critérios tradicionais, que praticamente só conseguem resolver conflitos entre regras.

¹⁴⁹ Essas sub-regras têm uma relação de sucessividade e interdependência, isto é, devem respeitar um procedimento criterioso para sua aplicação. A ordem obrigatória é o exame da adequação, depois da necessidade e por fim da proporcionalidade em sentido estrito. Outrossim, para que a sub-regra posterior seja empregada, é imprescindível que a anterior não tenha sido suficiente para a resolução da colisão (SILVA, 2002, p. 34), ou seja, utilizando-se do conectivo lógico bicondicional, pela expressão *se e somente se* a sub-regra anterior não resolver o problema. A adequação e a necessidade estão ligadas a uma relação meio-fim (ALEXY, 2015, p. 588 e 591), a uma máxima realização das possibilidades fáticas. Essas duas sub-regras são expressão da ideia de eficiência de Pareto (ALEXY, 2015, p. 589 e 591; SILVA, 2002, p. 39, nota de rodapé n. 56). Já a proporcionalidade em sentido estrito está relacionada a uma otimização dos princípios, na colisão entre si ou entre estes e restrições, pelo critério do sopesamento propriamente dito ou lei de colisão (ALEXY, 2015, p. 593-594). Portanto, essa sub-regra é utilizada para dar um maior grau de efetividade na aplicação dos princípios (possibilidades fáticas e jurídicas). A adequação “exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim” (ÁVILA, 2011, p. 177). Dessarte, essa sub-regra também é denominada como *conformidade*, pois tem a função de remover aquilo que não guarda uma correlação entre a finalidade pretendida e os meios utilizáveis (CRISTÓVAM, 2016, p. 236-237). A necessidade ou exigibilidade, por sua vez, é um critério comparativo, que analisa a equivalência dos fins e o grau de restrição das medidas, para se chegar àquela com menor potencial restritivo, que igualmente fomenta a finalidade almejada (CRISTÓVAM, 2016, p. 238-239). Com isso, a necessidade “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”, mas igualmente efetivo (ALEXY, 2015, p. 590), sendo que é composta de “duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados” (ÁVILA, 2011, p. 182, grifos do autor). Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é o critério que analisa os argumentos favoráveis e desfavoráveis, para se chegar a um resultado que garanta a eficiência da medida com a menor intensidade possível de restrição aos direitos em colisão. Para tanto, ela impõe a incidência de três critérios distintos, em que “No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio” (ALEXY, 2015, p. 594).

¹⁵⁰ De acordo com o Autor esse é o posicionamento da doutrina majoritária.

¹⁵¹ Sobre o critério hierárquico, ver nota de rodapé n. 105, que tratou resumidamente dos critérios tradicionais de resolução de antinomias.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, não há uma metodologia padrão para a análise da força da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, apesar de existirem determinados casos em que há a instituição de parâmetros definidos, ainda que mais sutis que os *standarts* firmados nas decisões da Suprema Corte estadunidense (ARIGONY, 2019, p. 61).¹⁵²

Por fim, uma hipótese que parece derruir a presunção de constitucionalidade das leis e atos estatais é quando já houve pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, quanto à inconstitucionalidade da matéria veiculada.

Nesse sentido, a atribuição da Advocacia-Geral da União (AGU) de defender o ato ou texto impugnado através de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 3º, da CRFB/1988), no exercício da curadoria da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais, é relativizada, podendo opinar pela inconstitucionalidade.^{153 154}

¹⁵² Atualmente, no que se refere às medidas provisórias, o Supremo firmou uma jurisprudência deferente em relação aos critérios de relevância e urgência, previstos no *caput* do art. 62, *caput*, da CRFB/1988. A intensidade do controle judicial é baixa, ao ponto de ser possível somente quando houver inexistência cabal dos requisitos, para invalidar uma medida provisória, como decidido no Recurso Extraordinário n. 592.377/RS. No outro extremo, a Corte constitucional adota parâmetros rigorosos para o exame acerca da presunção de constitucionalidade das normas, como no caso de superação de jurisprudência pela promulgação de emendas constitucionais ou leis, notadamente estas últimas, cuja presunção de constitucionalidade se verifica como fraca. Na verdade, as leis que colidam frontalmente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já nasceriam com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, principalmente quando a jurisprudência tem fundamento em cláusula pétreia, em que pode haver até a inversão do ônus da prova, para que o legislador demonstre a necessidade de correção do precedente ou que os pressupostos que lastream o posicionamento não mais subsistem, posicionamento encontrado no Acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.105/DF (ARAGONY, 2019, p. 62-63).

¹⁵³ Conforme decidido na ADI n. 2.744/ES, em que se consignou: “[...] ATUAÇÃO PROCESSUAL ORDINÁRIA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO COMO “CURADOR DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE” DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS ESTATAIS – DESNECESSIDADE, PORÉM, DESSA DEFESA QUANDO O ATO IMPUGNADO VEICULAR MATÉRIA CUJA INCONSTITUCIONALIDADE JÁ TENHA SIDO PRONUNCIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA JULGADA PRECEDENTE” (ADI 2744, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, publicado em 28/08/2018).

¹⁵⁴ Em que pese a atribuição da AGU de defender o ato ou texto impugnado aparentar violar a supremacia da Constituição, o objetivo desta prerrogativa parece ter finalidade dialógica, no sentido de contribuir para o debate em sede de controle concentrado de constitucionalidade e se utilizar de argumentos para defender os atos proferidos pelos poderes da União Federal, os quais detêm legitimidade democrática e presunção de constitucionalidade. Contudo, essa atribuição é discutível se a supremacia da Constituição tem, efetivamente, força vinculante. Por fim, as constituições estaduais podem (devem) prever função semelhante, diante do princípio da simetria, como ocorre com as constituições de São Paulo (art. 90, § 2º) e Santa Catarina (art. 85, § 4º).

Assim, a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos é identificada como um limite ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Todavia, há uma limitação que não é absoluta e cuja relativização é aceita pelo próprio Supremo Tribunal Federal em casos determinados, com destaque para decisão do Chefe do Poder Executivo e quando há pronunciamento da Corte constitucional pela inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado.

3.2.3 Mérito do ato administrativo e discricionariedade

O mérito do ato administrativo é entendido de forma geral como uma referência aos critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária da Administração Pública¹⁵⁵ (CARVALHO FILHO, 2016, p. 129). Do mesmo modo, o Poder Judiciário utiliza corriqueiramente o mérito administrativo como justificativa para não intervir no conteúdo dos atos administrativos, salvo nos casos em que fundamenta haver manifesta teratologia.^{156 157}

¹⁵⁵ Conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 438), “Um das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e ‘discricionários’. Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como ‘atos praticados no exercício de competência discricionária’. Com efeito, a dicção ‘ato discricionário’, só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricionária’ e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos”.

¹⁵⁶ Nesse sentido: [...] 3. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento firmado no âmbito do STJ de que a concessão da promoção por ato de bravura está adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato administrativo submetido exclusivamente à conveniência e à oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de bravura não ocorre por meio de elementos meramente objetivos. Precedentes: AgRg no RMS 39.355/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.3.2013; RMS 19.829/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ30/10/2006; 4. Recurso Ordinário não provido. (RMS 55.707/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017). 4 – Desse modo, é defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão de diploma legal, dada a possibilidade de imposição de limites e de controle de legalidade dos atos discricionários, que deverá interferir caso de atos teratológicos [...]” (ARE 1.387.202, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 10/06/2022 e publicado em 13/06/2022).

¹⁵⁷ A proibição de o Poder Judiciário intervir no mérito dos atos administrativos, no que tange os critérios de conveniência e oportunidade, assim como a possibilidade de reconhecimento de ilegalidade de ato praticado no exercício da competência discricionária em razão de incompetência ou excesso de poder, já estavam previstos no art. 13, § 9º, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 221/1894 (CRISTÓVAM, 2005, p. 2).

Algumas considerações são necessárias. A primeira é que a discricionariedade administrativa em relação aos critérios de conveniência e oportunidade é relativa e, em alguns casos, inexistente. A margem de liberdade deve sempre estar balizada por norma jurídica e a Administração Pública deve avaliar as circunstâncias do caso concreto e decidir pela solução que realiza, na maior medida possível, as finalidades públicas (CRISTÓVAM, 2005, p. 1).

Por conseguinte, em face do caso concreto, pode ser que a discricionariedade, hipoteticamente concebida na norma jurídica, desapareça por completo, restando apenas uma só medida a ser tomada pelo agente público (CRISTÓVAM, 2005, p. 1).

Isso é, verificando-se a presença dos dois critérios, o agente público tem a obrigação de praticá-lo, em decorrência da natureza jurídica de dever-poder das competências administrativas. A doutrina elenca esses dois critérios como integrantes da discricionariedade administrativa porque há a utilização, ainda que ínfima, de subjetividade para aferir se o ato administrativo é conveniente e oportuno.

Nas palavras de José Sérgio da Silva Cristóvam (2005, p. 1),

Discricionariedade administrativa, por conseqüência, somente subsiste quando na subsunção do fato concreto à norma, pela existência de expressões vagas e imprecisas ou mesmo por disposição expressa da norma, restar mais de uma solução legítima a ser tomada pela Administração, ambas satisfazendo plenamente a finalidade legal. Neste caso, se a decisão tomada pela Administração se encontrar dentro dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais, fica vedado ao Poder Judiciário anular a medida discricionariamente praticada, sob o fundamento da existência de outra medida também legítima e razoável. Do contrário, o juiz estaria fazendo às vezes de administrador.

Assim, a moldura que delimita a discricionariedade administrativa é, atualmente, menor do que já fora outrora, cujo espectro de possibilidades de ação foi reduzido para alinhar as práticas públicas aos interesses e finalidades insculpidos na Constituição de 1988. Contudo, esses interesses e finalidades são exteriorizados por princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, o que também enseja certa margem de discricionariedade na sua interpretação e aplicação.

Ademais, é sempre importante afirmar e reafirmar que esse estreitamento das possibilidades de atuação administrativa discricionária não as reduz a um só caminho, na esmagadora maioria das vezes. Do mesmo modo, não é justificativa apta a permitir a intervenção indevida e corriqueira do Poder Judiciário nos atos administrativos.

Há sim o acréscimo de balizas que servem para aferir a conformidade do ato administrativo ao ordenamento jurídico, mas não se retira a necessária deferência à atuação do agente público,^{158 159} desde que seja uma interpretação razoável da norma jurídica e em conformidade com o ordenamento jurídico.¹⁶⁰

Uma segunda questão a ser abordada é que a discricionariedade administrativa não se limita aos critérios de conveniência e oportunidade.¹⁶¹ Atualmente, esses critérios estão previstos, por exemplo, no art. 53 da Lei n. 9.784/1999, mas como requisitos alternativos para a revogação dos atos administrativos pela Administração Pública.

Nesse sentido, a discricionariedade administrativa, apesar de conter esses critérios, não se limita a eles. No que tange os critérios de conveniência e oportunidade, a discricionariedade está associada ao motivo¹⁶² dos atos administrativos, ou seja, refere-se à “[...] causa jurídica eleita pelo agente para produzir o ato” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 386), ainda que essa causa possa ser apenas a configuração da conveniência e oportunidade.

Inclusive, a ausência normativa do motivo para a prática do ato administrativo também enseja a discricionariedade do agente público, restrita pelas particularidades

¹⁵⁸ Já há um tempo, os autores administrativistas do Brasil discutem bastante a Doutrina Chevron (*Chevron Doctrine*), que foi construída a partir do caso Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984), julgado pela Suprema Corte estadunidense, em que se criou um teste bifásico, do seguinte modo: “[...] A primeira etapa é determinar se o texto da lei a ser interpretado é ambíguo, ou se o significado da disposição é claro, utilizando-se ferramentas tradicionais de interpretação legal. Se o sentido da disposição é claro, esse é o fim da questão, e o tribunal declara o significado claro da lei. Se, no entanto, após o uso de ferramentas tradicionais de interpretação da lei, o significado da disposição não pode ser considerado claro, mas sim permanece ambíguo, em seguida, o tribunal vai para a segunda etapa. A segunda etapa é determinar se a interpretação da agência é razoável ou admissível, ou se a interpretação está fora do âmbito de ambiguidade da disposição legal. Se a interpretação que a agência faz é razoável ou admissível, o tribunal mantém a interpretação da agência, *mesmo que ele (tribunal) entenda que não se trata da melhor interpretação*” (SILVEIRA, 2017, p. 132, itálico no original).

¹⁵⁹ Salienta-se que, da mesma forma que o estreitamento das possibilidades de atuação não implica em eliminação da faculdade do agente público, o princípio da deferência não significa outorgar imunidade total aos atos administrativos, afastando-os da sindicabilidade inerente ao Estado Democrático de Direito, mas simplesmente reconhece que, dentro de um limite de razoabilidade das interpretações e decisões, não cabe aos controladores interferirem na atuação administrativa.

¹⁶⁰ Inclusive, é neste sentido o Enunciado n. 16 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), o qual determina que, “Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor”.

¹⁶¹ Os critérios de conveniência e oportunidade são associados a uma análise mais política (ou de mérito) que jurídica (de legalidade). Nesse sentido, ver a Seção 4.1.1, que trata do controle dos próprios atos pela Administração Pública e a autotutela.

¹⁶² Sobre a diferença entre motivo, motivação, causa e mérito dos atos administrativos, ver Luiz Guilherme Vieira dos Santos (2017, p. 52-55).

do caso e pelas finalidades públicas (MELLO, 2015, p. 405), sem que isso implique necessariamente em uma única decisão possível.

Além disso, a discricionariedade administrativa, ainda associada ao motivo do ato administrativo, pode se dar por outros critérios, como, por exemplo, a nomeação e a exoneração de ministros de Estado pelo Chefe do Poder Executivo federal, que é livre e dispensa a observância de qualquer verificação de conveniência e oportunidade, bastando a vontade de nomear¹⁶³ e desde que preenchidos os requisitos do art. 87, *caput*, da CRFB/1988.¹⁶⁴

Outrossim, a discricionariedade não se limita ao motivo dos atos administrativos. Com relação à motivação – exposição dos motivos, fundamentação – , sempre pode haver algum subjetivismo, o que implica na necessidade de fundamentação expressa do ato para se permitir a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade, exigida, inclusive, nos atos vinculados (CARVALHO FILHO, 2016, p. 119; MELLO, 2015, p. 408).

Ademais, há discricionariedade não só no motivo ou na motivação. As finalidades mediatas, aquelas que correspondem aos objetivos (princípios) da Administração Pública, sempre são discricionárias, em razão de sua composição por conceitos jurídicos indeterminados, assim como em outros pressupostos ou elementos dos atos administrativos.¹⁶⁵

Por outro lado, as finalidades imediatas, ou seja, a consequência almejada com a produção do ato administrativo, são em regra vinculadas. Por exemplo, a

¹⁶³ Não se ignora entendimento diverso, como o exteriorizado nas decisões liminares nos autos das Medidas Cautelares nos Mandados de Segurança (MS) n. 34.070/DF e 34.071/DF, em que o Ministro Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil no governo Dilma, sob o argumento principal de que a nomeação teria a finalidade de deslocar o foro da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para o Supremo Tribunal Federal, exclusivamente com o propósito de lhe conferir foro por prerrogativa de função, o que violaria princípios administrativos, principalmente o da moralidade, previsto no *caput* do art. 37 da CRFB/1988. Ressalta-se que, posteriormente, em entrevista ao programa Roda-Viva, o Ministro afirmou que teria dúvidas sobre que decisão tomaria sobre a nomeação (COELHO, 2019).

¹⁶⁴ Um dos requisitos é ser brasileiro, incluindo o nato e o naturalizado, com exceção do Ministro de Estado da Defesa, que necessariamente deve ser nato (art. 12, *caput*, incisos I e II, e § 3º, inciso VII, da CRFB/1988).

¹⁶⁵ Sobre a amplitude da discricionariedade, ver Luiz Guilherme Vieira dos Santos (2017, p. 56-60), que identifica a discricionariedade no pressuposto de validade *formalidade* e nos elementos de validade *objeto*, *finalidades* e *motivação*, assim como os que não ensejam discricionariedade, que são o pressuposto de validade *competência* e os elementos de validade *motivo* e *forma* (este último com a exceção nos casos de ausência de prescrição normativa).

aposentadoria compulsória de agente público ao completar setenta e cinco anos de idade deve sempre buscar, obviamente, a aposentação.^{166 167}

Também há casos em que as normas jurídicas preveem mais de uma finalidade imediata possível, como na remoção de servidor público federal a seu próprio pedido, que pode se dar em três situações distintas (art. 36, parágrafo único, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei n. 8.112/1990).¹⁶⁸

Exemplificando-se, a desapropriação por utilidade pública, prevista no Decreto n. 3.365/1941, tem como finalidade imediata a desapropriação e como finalidade mediata a utilidade pública, pois se desapropria para a utilização pública. No art. 5º deste Decreto, estão previstas dezesseis finalidades mediatas que são consideradas de utilidade pública (alíneas “a” a “p”)¹⁶⁹ e que são discricionárias, sem a necessidade de se avocar os critérios de conveniência e oportunidade, mas sim de identificar sua presença específica no caso concreto.

Por conseguinte, a discricionariedade não se limita à análise dos critérios de conveniência e oportunidade, é mais ampla e comporta uma diversidade de possibilidades de decisões e de razões para decidir. Mesmo assim, esses critérios

¹⁶⁶ A idade de setenta e cinco anos está prevista no art. 40, § 1º, inciso II, da CRFB/1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 88/2015. Essa Emenda originou a Lei Complementar n. 152/2015, que padronizou a idade da aposentadoria compulsória no âmbito de todos os entes federados, revogando tacitamente o art. 186, *caput*, inciso II, da Lei n. 8.112/1990. Do mesmo modo, está em tramitação o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 2.635/2022, de autoria da Senadora Soraya Thronicke, que visa aumentar a idade para a aposentadoria compulsória de empregados dos consórcios públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, visto que não estão contidos no art. 2º, *caput*, inciso I, da Lei Complementar n. 152/2015.

¹⁶⁷ Não se pode deixar de comentar sobre o aumento da idade para a aposentadoria compulsória, através da aprovação da chamada PEC da Bengala, que teve o objetivo explícito de impedir a Presidente da República à época, Dilma Rousseff, de nomear cinco ministros, caso ficasse no mandato até 2018. Isso porque dependia de regulação por lei complementar, mas criou o art. 100 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs) para conferir eficácia imediata no que tange a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 2º da EC n. 88/2015). No governo de Jair Bolsonaro, a iniciativa foi para fazer o caminho contrário, mas restou infrutífera. A Deputada Bia Kicis apresentou a PEC n. 159/2019, com a finalidade de retornar à idade de setenta anos para a aposentadoria compulsória, o que permitiria ao Presidente a nomeação de mais dois ministros (

¹⁶⁸ A remoção a pedido do servidor pode se dar: para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; e em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

¹⁶⁹ Dentre elas, estão previstas a segurança pública, a defesa nacional, o socorro público em caso de calamidade, a salubridade pública. Percebe-se que a maioria contém conceitos jurídicos indeterminados, mesmo sendo finalidades mediatas específicas, inseridas na acepção de utilidade pública.

podem ser usados como justificativa para impedir o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, mormente diante do comportamento do Poder Judiciário, de não intervenção no mérito administrativo – salvo em casos teratológicos –, o que impediria a apreciação judicial da decisão administrativa, violando-se o art. 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB/1988.

Todavia, outra leitura é possível: a decisão sobre a (in)constitucionalidade de ato estatal está total e irrestritamente submetida à apreciação judicial, inclusive em relação ao mérito administrativo, pois, conforme visto, deve haver a exposição da motivação e esta deve estar congruente com o resultado obtido.¹⁷⁰ Outrossim, no caso do controle de constitucionalidade, não há conveniência ou oportunidade, e sim o dever de aplicar as normas constitucionais no momento em que se verifique sua violação.

Assim, ainda que tenha a capacidade de ensejar argumentos no sentido de impedir o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, o mérito administrativo, os critérios de conveniência e oportunidade e a discricionariedade administrativa não justificam o impedimento, visto que não excluem da apreciação judicial os atos proferidos sobre controle de constitucionalidade.

3.2.4 Repartição das competências legislativas dos entes federados e o alcance territorial

O penúltimo limite propriamente dito ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública é a repartição das competências legislativas dos entes federados e o alcance territorial, previstas, em suma, nos artigos 22, 24, 25, §§ 1º e 3º, 30, incisos I e II, e 32, § 1º, da CRFB/1988.

Sabe-se que o federalismo demanda uma divisão do poder entre os entes federados, em que a competência determina a esfera de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, que representa o ponto fulcral de uma Constituição e condiciona a fisionomia do Estado federativo, determinando os graus de centralização e descentralização do poder federal (MOHN, 2010, p. 215-216).

¹⁷⁰ Inclusive, isso é necessário para a análise decorrente da teoria dos motivos determinantes, a qual exige, justamente, a compatibilidade entre os motivos e a decisão, sob pena de invalidação. Sobre a teoria, ver Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 412).

Assim, instituiu-se na República Federativa do Brasil um sistema de repartição de competências, através da Constituição de 1988, sobre o qual, em face da concentração de poder no governo central, de origem histórica e dimensão acentuada durante a Ditadura, havia uma expectativa de ressurgimento de um federalismo de equilíbrio, de modo a consolidar um processo de descentralização do poder (MOHN, 2010, p. 219).

Ainda que tenha alcançado parte dessa expectativa, a redistribuição das competências pela Constituição de 1988 resultou em um intrincado sistema de repartição, aglutinando praticamente tudo que já se experimentou na prática federativa, na tentativa de distribuição do poder. Seu princípio geral é o da predominância de interesse, pelo qual cabe à União as matérias de interesse nacional, aos estados as de interesse regional, aos municípios as de interesse local e ao Distrito Federal a acumulação das dos estados e municípios (MOHN, 2010, p. 219; TORRES, 2014).

Desse modo, as leis produzidas pelos entes federados produzem efeitos na circunscrição territorial de cada um, seguindo o princípio da predominância de interesse. Com isso, as leis e atos da União têm eficácia nacional, as dos estados eficácia regional e as dos municípios eficácia local, abrangendo apenas o próprio território. Ademais, não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, o que prevalece é a distribuição das competências explicitada na Constituição de 1988 (FERNANDES, 2013, p. 710).

O que tem a capacidade de limitar o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública é justamente a abrangência territorial. Está claro que um ente federado não pode decidir sobre a constitucionalidade da lei de outro ente que pertença ao mesmo nível da Federação. Nesse sentido, um município não pode decidir sobre a constitucionalidade da lei de outro município, do mesmo modo que ocorre com os estados. Também não é possível que um município decida sobre a constitucionalidade da lei de um estado diverso do qual pertence.

A principal questão é se um ente federado de nível inferior¹⁷¹ pode decidir sobre a constitucionalidade da lei de um ente de nível superior, ou seja, se os

¹⁷¹ Destaca-se que a diferença entre os níveis das unidades federativas não corresponde à subordinação de um ente federado de nível inferior em relação a outro de nível superior, tratando-se apenas da repartição das competências entre si. Portanto, os níveis são de caráter meramente organizativo, e não hierárquico.

municípios podem analisar a constitucionalidade das leis e atos dos estados aos quais pertence e das leis União, e se os estados e o Distrito Federal podem aferir a constitucionalidade das leis da União.

São duas respostas iniciais, cada uma com um fundamento principal diverso: (i) é possível o controle de constitucionalidade da lei de um ente de nível superior, desde que a decisão tenha efeito no âmbito do ente federado de nível inferior, o que tem fundamento na supremacia da Constituição; e (ii) não é possível o controle, pois configura intervenção indevida de um ente federado sobre outro, em razão da separação de poderes que culminou com a repartição de competências prevista na Constituição de 1988.

Assim, a resposta vai depender diretamente de qual princípio o intérprete vai atribuir maior relevância na análise da possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Ou a Constituição ocupa a posição de norma jurídica suprema no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, deve ser cumprida em toda e qualquer situação; ou a repartição de competências, oriunda da separação de poderes e prevista na própria Constituição, deve ser cumprida de forma rígida, impedindo o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração.

Por fim, destaca-se que a última alternativa parece exteriorizar um paradoxo: a repartição de competências e a separação de poderes estão previstas na Constituição de 1988 e devem ser observadas, mas sua aplicação rígida seria impeditiva da aplicação da mesma Constituição, ou seja, cumpre-se as normas constitucionais de organização do poder para se descumprir as demais normas constitucionais. A Constituição torna-se suprema para negar a aplicação da mesma Constituição e o princípio da supremacia constitucional.

3.2.5 Risco de responsabilização dos agentes públicos

Como último limite ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública trabalhado aqui, o risco de responsabilização dos agentes públicos é o que mais restringe a atuação administrativa, não necessariamente no âmbito normativo, mas certamente nos efeitos concretos em relação às práticas institucionais e expectativas dos agentes públicos diante de seus atos.

Com o objetivo de resguardar a atuação administrativa perante os órgãos de controle externo, sobreveio a Lei n. 13.655/2018, que inseriu os artigos n. 20 a 30 na LINDB, visando promover a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público, sem se furtar de reagir ao controle excessivo e descomedido.

Dentre estes dispositivos normativos inseridos na LINDB, que positivaram diversos instrumentos que objetivam a concretização do princípio da deferência,¹⁷² está o art. 28, que dispõe a “cláusula geral do erro administrativo” (BINEMBOJN; CIRYNO, 2018, p. 203 e 221), cuja redação determina que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Do texto normativo, extrai-se as balizas objetivas e subjetivas que orientam os órgãos de controle, em especial o Poder Judiciário, na aferição da responsabilização dos agentes públicos no exercício de suas atribuições de natureza decisória e opinativa, exigindo para a responsabilização, obrigatoriamente, a configuração de dolo ou erro grosseiro.

Nesta senda, pela racionalidade da norma posta, há uma concepção alargada de agente público, que engloba todos os sujeitos que estão descritos no art. 2º da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA);¹⁷³ ou seja, inclui todos os sujeitos que exerçam função pública, ainda que transitoriamente e sem remuneração, todos considerados agentes públicos pelo art. 28 da LINDB (BINEMBOJN; CIRYNO, 2018, p. 203 e 221).

¹⁷² Um dispositivo que visa promover o princípio da deferência é o art. 22 da LINDB. Ao comentar sobre o texto do art. 22, Eduardo Jordão (2018, p. 78) explica que “Do lado do controlador, esta dificuldade jurídica [interpretativa] terá que ser ‘considerada’, na expressão do caput do art. 22. Se o controlador a entender ‘real’, ela impactará o controle. Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica *real*, o controlador se limite a avaliar a *razoabilidade* da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá *prestar deferência* a esta escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão”. Ainda, o Autor afirma que a proposta formulada sobre o art. 22 é adicional ao art. 28, visto que este pretende afastar a responsabilidade do agente público no caso de interpretações razoáveis estabelecidas em contexto de “indeterminação jurídica” ou “dificuldade jurídica”, ao passo que aquela, para além do afastamento da responsabilidade pessoal dos agentes, pretende admitir a validade jurídica da interpretação, com a sua consequente manutenção.

¹⁷³ Já considerando sua alteração pela Lei n. 14.230/2021.

Com isto, o art. 28 da LINDB abrange os atos decisórios em sentido amplo, que englobam uma grande parcela dos atos administrativos, os quais, em sua considerável maioria, têm uma carga decisória, ainda que relativamente baixa; e as opiniões técnicas, incluída a atividade consultiva.

Por fim, exige-se a configuração de dolo (compreendido o dolo direto, em que há a intenção de lesar, e o dolo eventual, no qual admite o risco que pode ser produzido com a conduta) ou de erro grosseiro (ação ou omissão manifesta, evidente e inescusável, praticada com culpa grave, isto é, elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia), para a responsabilização dos agentes públicos,¹⁷⁴ inclusive a título regressivo, nos termos do § 6º da CRFB/1988.¹⁷⁵

Destarte, percebe-se que o art. 28 da LINDB configura um importante reforço à deferência judicial aos atos administrativos, inclusive àqueles proferidos no exercício do controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração, porquanto afasta da responsabilização pessoal os agentes públicos que proferem decisões ou emitem opiniões técnicas sem dolo ou erro grosseiro.

Assim, admite-se que o agente público erre, o que é inerente ao comportamento humano, desde que o erro – o qual, para fins de responsabilização, exige a aferição da culpabilidade –, não seja de natureza grave, isto é, que o erro não seja de conhecimento técnico, inclusive pressuposto, que o agente conhece ou deveria conhecer.

Desse modo, provavelmente o maior benefício trazido pelo art. 28 da LINDB é o de resgatar um ambiente propício à inventividade, protegendo os agentes públicos que buscam inovar os meios de gestão pública. Se suas tentativas de inovação não forem bem-sucedidas, apenas haverá a possibilidade de responsabilização por dolo ou erro grosseiro.

Concomitantemente, o dispositivo normativo reforça a deferência judicial aos atos administrativos, inclusive aqueles praticados no exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, ao passo em que veda a responsabilização do agente público pelo Poder Judiciário nas situações que

¹⁷⁴ Estas definições estão previstas no regulamento do art. 28 da LINDB, em especial no art. 12, *caput* e § 1º, do Decreto n. 9.830/2019.

¹⁷⁵ Nesse sentido é o Enunciado n. 18 do IBDA, o qual dispõe que “O art.28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.”.

extrapolam os limites objetivos da norma jurídica, em conjunto com seu regulamento, previsto nos artigos 12 a 17 do Decreto n. 9.830/2019.

Portanto, ainda que constitua um limite ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, principalmente no sentido material, o risco de responsabilização do agente público foi reduzido, mormente pelo art. 28 da LINDB e seu regulamento, com o objetivo de se permitir atitudes proativas, em que somente haverá a aplicação de sanção no caso de dolo ou erro grosseiro.

Mesmo assim, o risco não chega a zero. A redação atual do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, faz referência à prática de improbidade administrativa a conduta comissiva dolosa que viole o dever de legalidade, princípio fundamental da Administração Pública. O problema é a utilização de uma concepção atrasada do princípio da legalidade, que exclui indevidamente as demais espécies de norma jurídica do conceito de legalidade, atualmente concebido em sentido amplo.¹⁷⁶

Do mesmo modo, no que tange os chefes dos poderes executivos dos entes federados, tem-se a possibilidade de serem responsabilizados por crime de responsabilidade. Nos Executivo federal, há previsão constitucional expressa de configuração de crime de responsabilidade os atos que atentarem contra o cumprimento das leis (art. 85, *caput*, inciso VII, da CRFB/1988).

Todavia, o *caput* do art. 85 da CRFB/1988 aparenta sobrelevar a violação à Constituição como mais grave que a violação à lei, em que esta pode ser desconsiderada se a decisão privilegia a norma constitucional. Outrossim, o parágrafo único determina que os crimes de responsabilidade serão definidos em lei especial, o que implica, logicamente, na possibilidade de descumprimento de lei reputada inconstitucional (CYRINO, 2013, p. 315-316).

Do mesmo modo, ainda que a Lei n. 1.079/1950 seja aplicada aos governadores dos estados e aos seus secretários (art. 74), deve prevalecer a disposição constitucional que determina a observância principal à Constituição de 1988, inclusive em detrimento da lei formal.

Ainda que estejam previstas hipóteses de crime de responsabilidade quando se permitir a infração de lei federal de ordem pública ou de dispositivo de lei orçamentária (art. 8º, 7, e 10, 4, da Lei n. 1.079/1950), não há a prevalência da lei

¹⁷⁶ Nesse sentido, ver Seção 3.1.1, que tratou do princípio da legalidade e da incorporação semântica da legalidade em sentido amplo, compreendendo todas as espécies de norma jurídica, incluindo as normas constitucionais.

sobre a disposição constitucional que considera, de forma óbvia, a violação à Constituição mais grave que a violação à lei em sentido estrito.

Por fim, os prefeitos e vereadores estão sujeitos à prática de crime de responsabilidade quando negarem execução à lei federal, estadual ou municipal, sem darem o motivo por escrito da recusa ou da impossibilidade à autoridade competente (art. 1º, inciso XIV, da Lei n. 201/1967).

Entretanto, as considerações tecidas aos demais chefes dos poderes executivos dos outros entes federados se aplicam no caso, no sentido de que o respeito às normas constitucionais, ainda que em detrimento de lei, não constitui infração administrativa. O diferencial é que terão que encaminhar por escrito o motivo da recusa ou da impossibilidade à autoridade que praticou o ato.

3.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Para verificar a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade, é inevitável que se enfrente os argumentos que tenham a capacidade de interferir nessa prática, de modo a restringir ou impedir o exercício do controle. Com isso, não seria prudente tratar do tema sem antes analisar essas barreiras.

Com relação aos cinco princípios que orientam a atividade administrativa no geral, e o controle de constitucionalidade no particular, ainda que se tenha a sua utilização como argumento para justificar a impossibilidade de exercer o controle, viu-se que, ainda que constituam limites à atuação da Administração Pública, não têm o condão de impedir o controle.

O princípio da legalidade administrativa manteve a exigência de se respeitar as leis formais e incorporou em seu conteúdo a obediência à supremacia da Constituição e ao sistema organizado e hierárquico de normas – o que, ao invés de impedir, fundamenta a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade.

Já a orientação expressada pelo devido processo legal pode ser compreendida como a defesa e o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais, cuja observância implicaria, logicamente, na possibilidade de o

administrado alegar a inconstitucionalidade de lei no âmbito do processo administrativo, sem ficar adstrito a argumentos infraconstitucionais.

O grande desafio que o devido processo legal impõe ao controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública é a equalização entre a arguição de inconstitucionalidade de um ato estatal no âmbito do processo administrativo e, concomitantemente, a possibilidade de defesa da constitucionalidade no mesmo processo, com a concessão das garantias inerentes.

Com relação ao princípio da transparência, orienta-se para a utilização de linguagem acessível e a divulgação nos canais adequados a conferirem o amplo acesso pela sociedade, inclusive e principalmente da motivação das decisões, com o objetivo de tornar as informações acessíveis e possibilitar o controle social efetivo, sem inovação em relação aos demais atos administrativos.

No que tange o princípio da impessoalidade, há uma limitação substancial, que consiste na impossibilidade do exercício do controle de constitucionalidade em decisões com efeito entre as partes (*inter partes*). Existindo a prevalência da Constituição na decisão, ela é soberana e deve ser aplicada a todos, sem distinção, sob pena de causar injustiça formal e material com quem não foi beneficiado ou prejudicado com a decisão.

Por fim, o princípio da segurança jurídica, também denominado de princípio da estabilidade das relações jurídicas, comporta dois vetores básicos quanto às expectativas dos cidadãos, que são a certeza e a estabilidade. Ademais, comporta o aspecto o objetivo, da estabilidade das relações jurídicas; e o subjetivo, da proteção da confiança.

Recentemente a legislação foi ampliada, com a finalidade de se conferir mais segurança jurídica à atividade administrativa, com a inclusão dos artigos 20 a 30 na LINDB, promovida pela Lei n. 13.655/2017, que conferiu uma série de possibilidades à disposição do Poder Público, no sentido de viabilizar o equacionamento das mudanças necessárias em um mundo extremamente dinâmico em face da estabilidade das relações jurídicas.

Já os cinco limites propriamente ditos são características inerentes à dinâmica jurídica brasileira, que potencialmente interferem no exercício do controle de constitucionalidade, do mesmo modo que têm a capacidade de interferirem em todas as práticas administrativas.

Diante da reserva de jurisdição, tem-se uma limitação exógena à Administração Pública, mas que não impossibilita, de forma absoluta, o exercício do controle de constitucionalidade. Há a incidência do art. 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB/1988, em relação à unidade e à inafastabilidade da jurisdição, o que implica que nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Mas não exclui, previa e peremptoriamente, a possibilidade de outros poderes ou entes federados de exercerem o controle de constitucionalidade. É o que se infere, por exemplo, do art. 102, *caput*, da CRFB/1988, quando diz que compete precipuamente, e não exclusivamente, a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, somente havendo a prerrogativa absoluta em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, por disposição constitucional expressa (art. 102, *caput*, inciso I, alíneas “a” e “p”, e §§ 1º e 2º, da CRFB/1988).

No que se refere à presunção de constitucionalidade das leis, há uma presunção relativa, com a incidência do ônus argumentativo, em que o intérprete deve fundamentar a decisão para ilidir a presunção. Trata-se de um limite ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, mas não é absoluto e cuja relativização é aceita pelo próprio Supremo Tribunal Federal em casos determinados, com destaque para decisão do Chefe do Poder Executivo e quando há pronunciamento da Corte constitucional pela inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado.

Com relação ao mérito do ato administrativo e à discricionariedade, pode haver sua utilização como justificativa para impedir o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, mormente diante da possibilidade de impedir a apreciação judicial da decisão administrativa, violando-se o art. 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB/1988.

Todavia, a decisão sobre a (in)constitucionalidade de ato estatal está total e irrestritamente submetida à apreciação judicial, inclusive no que tange o mérito administrativo, pois deve haver a exposição da motivação e esta deve estar congruente com o resultado obtido. Outrossim, no caso do controle de constitucionalidade, não há conveniência ou oportunidade, e sim o dever de aplicar as normas constitucionais, sem excluir da apreciação judicial os atos proferidos em sede de controle.

O que tem a capacidade de limitar o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública é a abrangência territorial. Mesmo assim, é possível o controle de constitucionalidade da lei de um ente de nível superior, desde que a decisão tenha efeito no âmbito do ente federado de nível inferior, com fundamento na supremacia da Constituição.

Por último, em relação à segurança jurídica, tem-se que o art. 28 da LINDB reforçou a deferência judicial aos atos administrativos, inclusive àqueles praticados no exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Ainda que constitua um limite ao exercício do controle, mormente pelo seu efeito empírico na atuação dos agentes públicos, principalmente no sentido material, o risco de responsabilização do agente público foi reduzido, com o objetivo de se permitir atitudes proativas, em que somente haverá a aplicação de sanção no caso de dolo ou erro grosseiro.

Portanto, apesar de serem argumentos substantivos, verificou-se que não obstam, por completo, o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Condicionam o agir administrativo, mas não constituem justificativa suficiente para ilidir a supremacia constitucional, vigente no Brasil.

4 EXTENSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUMAS POSSIBILIDADES

Nesse momento, os temas trabalhados nos capítulos anteriores serão abordados reiteradamente, ainda que de forma indireta, pois constituem a racionalização e a justificação dos temas desenvolvidos neste Capítulo, tanto no sentido de fundamentar o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública e suas possibilidades, como no sentido de desconstituir eventual argumento desfavorável às conclusões.

Diante da constatação da supremacia da Constituição de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro e da legitimidade da Administração Pública para exercer a interpretação e a guarda da Constituição, tem-se que há a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade.

O problema permanece quando se pretende identificar a legalidade e, conseqüentemente, a extensão do controle, visto que está condicionada a uma série de fatores, variando de acordo com o sujeito que decide, a matéria sobre a qual dispõe o ato impugnado, a origem ou espécie do ato, dentre outros, em que cada característica altera o grau de amplitude e profundidade da sindicabilidade constitucional exercida pela Administração Pública.

Assim, serão abordadas as formas de exercício do controle de constitucionalidade de acordo com os critérios que foram identificados ao longo da pesquisa, os quais impactam a extensão do controle, para mais, para menos ou para nada.

Nesse sentido, tem-se o controle: (i) dos próprios atos da Administração Pública; (ii) de lei de outros entes federados; (iii) exercido pelo Chefe do Poder Executivo; (iv) em matéria concorrencial; (v) com fundamento em precedente judicial; (vii) no processo administrativo fiscal; e (viii) por órgãos administrativos hierarquicamente superiores.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Essas formas de controle foram retiradas das referências bibliográficas e não foram conjugadas, quando viável. Seria possível, por exemplo, aglutinar os itens I, III e VIII, com graus de escalonamento, com o Chefe do Poder Executivo acima, os órgãos administrativos hierarquicamente superiores abaixo e o controle dos próprios atos da Administração Pública no final. Entretanto, não se procedeu assim com a finalidade de se trabalhar essas hipóteses do mesmo modo que foram trazidas na literatura. Com isso, há confusão entre sujeitos e conteúdos, sem que isso denote prejuízo à abordagem.

Outrossim, verifica-se uma necessidade do exercício do controle, tendo em vista a exigência do tempo atual de maior celeridade nas decisões públicas, o que, inclusive, alça o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública à condição de inovação, no sentido de que, mesmo já verificado na prática, são necessários novos instrumentos que viabilizem o exercício dessa atividade, já realizada na concretude.

Nessa senda, o contexto do Estado administrativo, a constatação de que quem decide sobre quem decide a constitucionalidade dos atos estatais é uma decisão política tomada pelo soberano (o povo, pelos seus representantes) e a experiência histórica brasileira no Brasil Império, em que o Poder Executivo exercia de fato o controle de constitucionalidade das leis, são argumentos que, no mínimo, fomentam o debate sobre a criação de um procedimento próprio de controle de constitucionalidade no âmbito administrativo, como uma tentativa de suprir as necessidades e contingências presentes.

Portanto, este Capítulo, com várias seções, tem dois componentes principais distintos: (i) na primeira parte, serão abordados os casos em que é possível o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, a sua extensão; e (ii) na segunda, apresenta-se uma proposta de reflexão, para que se pense na possibilidade de se criar um procedimento específico para o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública.

4.1 EXTENSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As classificações têm, dentre outros propósitos, a finalidade de conferir didática e sistematização ao estudo, mormente quando se trata de questões técnicas, próprias de uma determinada dimensão do conhecimento. Do mesmo modo, ainda que se possa ter algum nível de padronização das classificações, há um grau de escolha e utilização pelo pesquisador, por vezes em detrimento de outras.

No que tange a extensão do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, inicialmente se pensou em uma classificação que tornasse o tema mais didático, mas um tempo depois, ao se identificar outras formas de controle,

o efeito positivo de uma classificação se esvaiu, ao menos até o momento da conclusão da pesquisa.

Das espécies tratadas, tem-se variações em relação ao sujeito que profere a decisão (Chefe do Poder Executivo, órgãos superiores e inferiores), à matéria sobre a qual o ato impugnado trata (concorrência, precedente judicial, tributário) ou à origem do ato impugnado (ato administrativo próprio, lei própria ou de outro ente federado).

Assim, as espécies de controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública não são apresentadas em uma ordem de classificação, ao passo em que se entendeu ser improdutiva essa forma de estruturar o trabalho.

Por conseguinte, são apresentadas em uma ordem que foi adotada a partir de um critério lógico-hierárquico, no sentido de que há uma ordem decrescente em relação à extensão do controle, salvo nos casos em que há uma vinculação direta entre uma espécie e outra, em que se trata desta imediatamente após àquela.

4.1.1 Controle dos próprios atos e a autotutela

A possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade sobre os próprios atos não é só possível, como é um dever (CARVALHO FILHO, 2016, p. 35),¹⁷⁸ ¹⁷⁹ ao passo em que implica na invalidação de um ato administrativo por razões de inconstitucionalidade,¹⁸⁰ amparado no princípio da autotutela.¹⁸¹ Cada poder de cada ente federado tem a competência para decidir sobre a constitucionalidade e validade dos próprios atos.

¹⁷⁸ Destaca-se que o Autor fala sobre o dever da Administração Pública de rever seus atos, mas o relaciona com a observância do princípio da legalidade, no sentido de cumprimento da lei em sentido estrito, sem mencionar algo que justifique especificamente o controle de constitucionalidade (CARVALHO FILHO, 2016, p. 35-36).

¹⁷⁹ Inclusive no sentido da competência como um dever-poder, conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, apresentada na Seção 2.3.3., deste trabalho.

¹⁸⁰ O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro, fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *“the unconstitutional statute is not law at all”*, em que significativa parcela da doutrina brasileira se posicionou em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade (MENDES, 1995, p. 284-285).

¹⁸¹ Salienta-se que se discorda da configuração da autotutela como um princípio, um mandamento de otimização. Trata-se de um dever-poder da Administração Pública e parece ter a estrutura normativa de regra, a qual comporta exceções. Diferentemente, José Cretella Júnior (1972, p. 62) entende que a autotutela pode ser um princípio, mas sua noção sobre o que é um princípio não se relaciona com estrutura normativa, pois, para ele, *“Se princípio é toda proposição que se põe como pressuposto, na base de um sistema, informando-o e legitimando-o; se o princípio é ponto de referência necessário de uma série de proposições, corolários da primeira, premissa inicial do sistema construído, a autotutela pode ser apresentada sob a forma de sentença mandamental [...]”* (grifos no original). Se a noção deste que vos escreve fosse esta, admitir-se-ia a autotutela como princípio.

Assim, a autotutela é regra no Direito Público, corresponde ao controle interno de atos internos e significa que a Administração Pública deve fiscalizar continuamente os atos administrativos e os bens públicos, interferindo nos primeiros quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes, e zelando pela integridade dos segundos, quando ameaçados em sua utilização (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 48 e 62).

Inclusive, muito mais que apenas uma norma jurídica, a autotutela corresponde ao “conjunto de normas de direito público que rege a ação administrativa dirigida à vigilância dos próprios atos e dos bens públicos recebe o nome de *regime jurídico da autotutela*”, alcançando atos, bens e processos (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 48-49).

Outrossim, a autotutela envolve dois aspectos, o da legalidade, em que a Administração revisa atos ilegais, e o de mérito, que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade, pois há o interesse do Estado que seus atos observem esses requisitos (CARVALHO FILHO, 2016, p. 35-36; CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 50).

Além disso, a autotutela representa o poder de polícia da Administração Pública dirigido aos atos administrativos e se sujeita ao controle pelo Poder Judiciário (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 51). Com relação aos efeitos, o exercício da autotutela pode culminar na preservação do ato administrativo ou no seu desfazimento.

Na primeira, tem-se a convalidação, que culmina com o delineamento de três figuras: (i) ratificação, suprindo requisito ausente ou sanando vício anterior; (ii) reforma, em que repele o elemento ilegal de um ato administrativo, conservando o restante da estrutura; e (iii) conversão, na qual reaproveita os elementos do ato anterior para compor novo ato, perfeito e válido (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 51-55).

Já no segundo, existem duas espécies: (i) anulação, que visa eliminar a ilegalidade, retirando o ato do mundo jurídico; e (ii) revogação, que tem por finalidade desfazer total ou parcialmente os efeitos de ato administrativo anterior, quando ocorrem motivos de conveniência ou de oportunidade (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 55-57; CASSOLI, 2013, p. 421).

É no bojo do regime jurídico da autotutela que há a possibilidade (e dever) da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade sobre os próprios atos. Não poderá ser realizado pelo aspecto do mérito, ou seja, pelos critérios de

conveniência e oportunidade, pois a decisão sobre a constitucionalidade de um ato está relacionada estritamente com a legalidade do ato.

Não há dúvida que a Administração Pública pode realizar o controle de constitucionalidade sobre os próprios atos. Outrossim, essa possibilidade, exercida através da autotutela, é argumento utilizado por quem defende a impossibilidade de exercer o controle sobre as leis ou atos em geral, produzidos pelos demais poderes, com base na acepção tradicional e ultrapassada do princípio da legalidade,¹⁸² em que estaria se imiscuindo nas competências dos outros poderes (KUSTER, 2016, p. 246-247; SANTOS, 2013, p. 79-81).

Ademais, tendo em vista a correspondência entre a inconstitucionalidade e a nulidade, as súmulas n. 346¹⁸³ e 473¹⁸⁴ do Supremo Tribunal Federal vão no sentido de legitimar o controle de constitucionalidade dos próprios atos pela Administração Pública, ressaltando, inclusive, a possibilidade superveniente de apreciação judicial da decisão sobre a (in)constitucionalidade do ato.

Do mesmo modo, o art. 53 da Lei n. 9.784/1999 determina o dever da Administração Pública de anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, a qual, na perspectiva contemporânea que a concebe em sentido amplo, incorpora todas as normas jurídicas e, conseqüentemente, comporta a inconstitucionalidade.

Por outro lado, ainda que possível a convalidação dos atos que apresentarem defeitos sanáveis e que não acarretarem lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros (art. 55 da Lei n. 9.784/1999), essa prática não é possível em relação a ato inconstitucional, devido à sua equiparação à nulidade (vício absoluto), e não à anulabilidade (vício relativo e sanável) (MENDES, 1995, p. 284-292).

Por fim, a autotutela não é absoluta e deve ser equalizada com as demais normas jurídicas. No que tange a limitação do exercício da autotutela, em nome do princípio da segurança jurídica – e, conseqüentemente, da estabilidade das relações jurídicas¹⁸⁵ –, foram criados limites ao exercício da autotutela, como a decadência do direito de anular atos que produzam efeitos favoráveis aos destinatários, salvo nos

¹⁸² Conforme visto na Seção n. 3.1.1.

¹⁸³ “A administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

¹⁸⁴ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

¹⁸⁵ Nesse sentido, ver a Seção 3.1.5, que tratou da segurança jurídica e de sua faceta enquanto estabilidade das relações jurídicas.

casos de comprovada má-fé, prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 (CARVALHO FILHO, 2016, p. 36).

Desse modo, à Administração Pública é conferida a competência para exercer o controle de constitucionalidade dos próprios atos, através do regime jurídico da autotutela, representando o controle interno de constitucionalidade dos atos internos. Não é possível a convalidação, somente a anulação, quando constatada a inconstitucionalidade.

4.1.2 Controle de lei de outros entes federados

A questão pertinente sobre a possibilidade da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade sobre as leis que o mesmo ente federado emana será tratada em Seção específica. O controle da lei produzida pelo mesmo ente federado tem particularidades que se relacionam com as espécies de controle que serão abordadas posteriormente, sem prejuízo do conteúdo abordado doravante.

Já se consignou em seção própria que a abrangência territorial da repartição de competências legislativas tem a capacidade de impedir o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, mormente em relação às leis (em sentido amplo) proferidas por outro ente federado. Da mesma forma, identificou-se que não há a possibilidade de que um ente decida sobre a constitucionalidade da lei de outro ente do mesmo nível federativo, assim como um município não pode avaliar a constitucionalidade de um ato de um estado ao qual não pertença.¹⁸⁶

O que é controverso e, por conseguinte, passível de se debater, é se um ente federado de nível inferior pode decidir sobre a constitucionalidade da lei de um ente de nível superior. A princípio, o que prevalece é a possibilidade do controle de constitucionalidade da lei, desde que fique circunscrito ao território do ente que decidiu, com supedâneo na supremacia da Constituição. Inclusive, a razão que tem conclusão contrária constitui um paradoxo e é passível de contestação, pois usa um argumento constitucional para negar a aplicação da Constituição.

Ademais, pode-se tentar infirmar a possibilidade, sob a justificativa de que o controle de constitucionalidade de lei proferida por ente federado de nível superior

¹⁸⁶ Ver Seção 3.2.4, que tratou da repartição das competências legislativas dos entes federados e o alcance territorial.

gera insegurança jurídica, fundamento que, a princípio, impediria o controle. Trata-se de um argumento plausível, pois a diversidade de decisões e a contrariedade entre si, caso verificada, teria o condão de gerar insegurança jurídica e, portanto, estaria proibida.

Contudo, o controle judicial difuso de constitucionalidade, capaz de gerar o mesmo efeito, não é objeto de contestação nos mesmos termos, diante da tradição constitucional e da posição de quem faz a arguição. Ou a lógica impera, no sentido de se aplicar as mesmas premissas às mesmas condições, guardadas as devidas proporções, ou as pretensões subjetivas prevalecem, no sentido de se aplicar as premissas àquilo que o intérprete julgar pertinente. Em sentido contrário, esse argumento deve ser utilizado para todos os poderes, incluindo o Judiciário, ou para nenhum.

De acordo com o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros, documento produzido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, havia 18.168 (dezoito mil e cento e sessenta e oito) magistrados à época. Conforme se verá, as hipóteses de controle de constitucionalidade pela Administração Pública são relativamente restritas, ainda que existentes.

Considerando que os municípios tenham essa competência, conforme abordado na Seção seguinte, e que são atualmente 5.570 (cinco mil e quinhentos e setenta) municípios, segundo informações do IBGE,¹⁸⁷ ainda se constata um número de magistrados que supera em três vezes o número de municípios, todos com a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, se o argumento de que a quantidade de órgãos da Administração Pública dos entes federados com competência para realizar o controle de constitucionalidade geraria o risco de se produzir insegurança jurídica, em razão da possibilidade de decisões conflitantes, o argumento é ainda mais forte se direcionado ao Poder Judiciário, com maior quantidade de órgãos com essa competência, o que potencializaria esse suposto risco.

Portanto, é possível que um ente federado decida sobre a constitucionalidade da lei de outro, desde que esteja em nível federativo inferior e que a decisão tenha efeito circunscrito à delimitação territorial. Ademais, não será possível que um ente

¹⁸⁷ Lembrando que o site do IBGE foi acessado e as informações foram colhidas, mas a forma pela qual foram obtidas não possibilita que se coloque a referência ao lado da citação, havendo a indicação, nas referências ao final do trabalho, de onde essas informações foram obtidas.

decida sobre a constitucionalidade da lei do ente de mesmo nível, assim como os municípios não podem realizar o controle de constitucionalidade de lei de estado ao qual não pertença.

Igualmente, haverá a necessidade de se padronizar o entendimento no âmbito da Administração Pública que praticou o ato decisório, mormente em razão dos princípios da transparência e da impessoalidade. Independentemente disso, haverá a possibilidade de escrutínio judicial, com fundamento no art. 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB/1988.

4.1.3 Controle pelo Chefe do Poder Executivo

A terceira possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade, orientada pelas duas primeiras, é através do Chefe do Poder Executivo do ente federado. É possível o controle de constitucionalidade através do veto, instrumento normativo que existe historicamente nas constituições do Brasil e na teoria política/jurídica, assim como por intermédio da negação de aplicação da lei inconstitucional.

Por óbvio, o controle interno de constitucionalidade de atos internos também pode ser exercido pelo Chefe do Poder Executivo, de nível hierárquico máximo dentro da estrutura hierárquica da Administração Pública. O que interessa nesta Seção, e que se diferencia do que já foi abordado, é a possibilidade de controle sobre as leis (reitera-se, em sentido amplo) que entender inconstitucionais.

Nessa senda, o controle de constitucionalidade da lei pelo Chefe do Poder Executivo pode ser exercido através do veto,¹⁸⁸ o qual, em âmbito federal, tem amparo no art. 66, § 1º, da CRFB/1988,¹⁸⁹ configurando-se como uma competência da

¹⁸⁸ Um exemplo de controle de constitucionalidade exercido pelo Chefe do Poder Executivo foi o Veto ao Projeto de Lei da Câmara n. 28/2015, que visava alterar o Plano de Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União, com a finalidade de aumentar a remuneração dos servidores e magistrados. No Veto, através da Mensagem n. 263/2015, a Presidência da República entendeu que o Projeto era inconstitucional porque não levou em consideração o art. 37, inciso XII, da CRFB/1988, nem foi precedido pela dotação orçamentária e pela autorização específica tratadas pelo art. 169, § 1º, incisos I e II, da CRFB/1988, além de gerar um impacto financeiro significativo ao Estado. Em 17 de novembro de 2015, o Veto apostado à matéria foi submetido à Sessão Conjunta do Congresso Nacional e foi mantido, e o Projeto de Lei da Câmara n. 28/2015 foi arquivado em 22/02/2016.

¹⁸⁹ Em razão do princípio da simetria, os chefes dos poderes executivos dos estados, do Distrito Federal e dos municípios também detêm a competência para vetar projetos de lei que considerem inconstitucionais. A título ilustrativo, o art. 54, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina de

Presidência da República de vetar total ou parcialmente o projeto de lei, com fundamento na inconstitucionalidade.^{190 191}

O fundamento da inconstitucionalidade abrange praticamente qualquer argumento que seja juridicamente razoável.¹⁹² Contudo, essa possibilidade é ampliada no controle através do veto, em que um argumento fraco de inconstitucionalidade se sujeita à apreciação do Congresso Nacional e pode ser derrubado (art. 57, § 3º, inciso IV, e 66, § 4º e 5º, da CRFB/1988), configurando-se como uma negativa de sanção de caráter relativo, presente na tradição republicana (CANOTILHO *ET. AL.*, 2018, p. 2.208).

Por outro lado, ainda que seja tema mais controverso, também é possível que o Chefe do Poder Executivo exerça o controle de constitucionalidade ao se negar a aplicar a lei inconstitucional. Outrossim, a negativa de cumprimento do Chefe do Poder Executivo não se limita apenas à lei em sentido estrito, pode ser exercido em relação a qualquer ato normativo que pareça inconstitucional (lei em sentido amplo).¹⁹³

Antes da Constituição de 1988, prevaleceu o entendimento segundo o qual seria legítimo o Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar lei que considerasse inconstitucional, pois era a única possibilidade de ação no sentido de privilegiar a supremacia da Constituição (CYRINO, 2013, p. 312).

1989 dispõe que “Se o Governador do Estado considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará dentro de quarenta e oito horas ao Presidente da Assembleia os motivos do veto”. Em nível municipal, tem-se a possibilidade de veto por razões de inconstitucionalidade, como no Município do Rio de Janeiro, no art. 79, § 1º, da Lei Orgânica do Rio de Janeiro, com redação quase idêntica à transcrita antes, que também é quase idêntica à redação da Constituição de 1988 (art. 66, § 1º). No âmbito do Distrito Federal, a previsão está contida no art. 74, § 1º, da Lei Orgânica distrital.

¹⁹⁰ O veto já aparecia nas teorizações da separação de poderes como mecanismos de freios e contrapesos, mas não com a alcunha de controle de constitucionalidade propriamente dito – ainda que se possa presumi-lo –, e sim como o controle de poder, exercido pelo executivo sobre o legislativo (MADISON, 1993, p. 351). No mesmo sentido era a faculdade de impedir, de Montesquieu (1996, p. 172 e 175).

¹⁹¹ Percebe-se que o veto pode ter dois fundamentos, a inconstitucionalidade e a violação ao interesse público. O primeiro é a justificativa jurídica do veto e o segundo, a política (BRASIL), ainda que se reconheça não haver a separação absoluta entre ambos, e sim uma diferença de grau, de preponderância. No caso do controle de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo, somente o primeiro pode ser utilizado. Inclusive, há relação entre o fundamento em ilegalidade ou em conveniência e oportunidade, abordado na Seção 3.2.3.

¹⁹² Inclusive, esse é o primeiro teste da Doutrina Chevron, sobre a deferência judicial aos atos administrativos. O maior problema é identificar o que se entende por razoável. Sobre a Doutrina Chevron, ver nota de rodapé 158.

¹⁹³ Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “O Poder Executivo deve negar a execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (Recurso Especial n. 23.121/GO, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06/10/1993 e publicado em 08/11/1993).

Nesse sentido era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal à época. Por exemplo, julgou improcedente a Representação n. 980/SP, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, por solicitação do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, arguindo a inconstitucionalidade do Decreto n. 7.868/1964, em que o Governador determinou o não cumprimento de lei inconstitucional, por vício de iniciativa.

Em votação por maioria, os magistrados seguiram o voto do Relator, Ministro Moreira Alves, com a seguinte ementa:

É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto nº 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente (BRASIL, 1979).

Contudo, a situação foi alterada com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe legitimidade ativa aos chefes dos poderes executivos federal, distrital e estadual para a propositura de ação em controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, *caput*, incisos I e V, da CRFB/1988), o que gerou novamente o questionamento sobre a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional (CYRINO, 2013, p. 313).

Mesmo assim, a proposta de mudança do entendimento não prevaleceu, pois o fundamento para o descumprimento de lei inconstitucional não residia na legitimidade para a propositura de ação no controle concentrado, e sim em razão do princípio da supremacia constitucional, pois todos os poderes da República estão vinculados à Constituição e são intérpretes da mesma, sem que isso importe em exclusão da apreciação última pelo Poder Judiciário (CYRINO, 2013, p. 313-314).¹⁹⁴

Outrossim, os prefeitos não são legitimados ativos para ajuizar ação em controle concentrado de constitucionalidade, mas podem deixar de aplicar lei que reputarem inconstitucional. Caso o argumento da legitimidade fosse adotado, haveria a criação de uma posição mais vantajosa aos prefeitos que ao Presidente da

¹⁹⁴ Inclusive, houve manifestação de ministros do Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988, em que consignaram a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo, como na Ação Originária n. 1.415/SE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 221/DF, cujo relator também foi o Ministro Moreira Alves, onde consignou que “Os poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na *ação direta* de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”.

República e aos governadores dos estados, no que tange a inaplicabilidade da lei inconstitucional, a qual seria viável apenas para os primeiros (CYRINO, 2013, p. 314-315), seguindo a lógica da argumentação.

No que tange os prefeitos, um exemplo ilustra essa possibilidade. O Prefeito de Macaé/RJ editou o Decreto n. 175/2015, suspendendo o pagamento de determinados benefícios a servidores, por considerá-los inconstitucionais. O Sindicato da categoria impetrou Mandado de Segurança (autuado sob o n. 001299-71.2015.8.19.0028) contra o ato normativo, no qual foi denegada a ordem, sob o argumento da existência da prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de negar a aplicação de lei inconstitucional (MALUF; BARCELLOS, 2017).^{195 196}

Contudo, ainda que seja possível, alguns requisitos são necessários para que o Chefe do Poder Executivo possa determinar o descumprimento da lei que reputar inconstitucional. O primeiro é que deve haver, necessariamente, manifestação do órgão jurídico, em especial da Procuradoria-Geral, que centraliza as interpretações sobre a validade e a aplicação das leis, no âmbito da esfera da Administração Pública que está contido, conforme se pode inferir dos artigos 131 e 132 da CRFB/1988 (CYRINO, 2013, p. 316-317).

Em segundo, a decisão que determina a não aplicação de lei reputada como inconstitucional deve ser proferida mediante decreto autônomo, subsidiado pela manifestação da Procuradoria-Geral, com a produção de efeitos em toda a Administração Pública do respectivo ente federado (CYRINO, 2013).

¹⁹⁵ O Município de Macaé/RJ ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o n. 0058153-02.2015.8.19.0000, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei que deixou de aplicar, mas houve a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para efeitos não retroativos, a partir da data da liminar, em 17/10/2016. Isso fez com que o Recurso de Apelação no Mandado de Segurança fosse suspenso. Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aplicou a decisão proferida no controle concentrado, dando parcial provimento ao recurso, no sentido da modulação dos efeitos.

¹⁹⁶ Outros exemplos de decretos emitidos por Chefe do Poder Executivo municipal são encontrados, justamente, em um Decreto que nega a aplicação da lei inconstitucional. Trata-se do Decreto n. 3.487/2019, da Prefeitura Municipal de Santa Luzia/MG, o qual se refere ao Decreto n. 175/2015 de Macaé/RJ, ao Decreto n. 4.832/2016 de Teresópolis/RJ e ao Decreto n. 4.944/2019 de Santo Antônio do Descoberto/GO, este último também negando a aplicação de Decreto Legislativo. O primeiro e o último caso são curiosos. Em notícia no site da Prefeitura, há a informação de que o Decreto proferido pela Prefeitura Municipal foi uma resposta ao Decreto n. 001/2019 da Câmara Municipal, que decretou estado de calamidade pública no ente federado e afastou por quarenta e cinco dias o Prefeito, o que é inconstitucional por não ser competência do Legislativo municipal, e sim do Executivo. O fundamento, segundo o Decreto n. 3.487/2019 de Santa Luzia/MG, seria a violação ao princípio da simetria constitucional. Realmente, a inconstitucionalidade é manifesta.

Ademais, a decisão pela inaplicabilidade de lei inconstitucional não desconstitui a lei, que continuará vigente até sua revogação ou invalidação. Apenas subsidia a não aplicação dentro do âmbito da Administração Pública à qual o Chefe do Poder Executivo pertence, vinculando toda a Administração, direta e indireta, incluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista (CYRINO, 2013, p. 321).

O terceiro requisito é relacionado ao fundamento de inconstitucionalidade da lei. Alguns entendem que essa possibilidade somente pode ocorrer se a lei for manifestamente inconstitucional (DAVID, 2011, p. 191). Outros defendem que o Chefe do Poder Executivo pode (e deve) descumprir a lei que repute fundamentadamente inconstitucional, ou seja, que o requisito é da motivação adequada da decisão (CYRINO, 2013, p. 315).

O primeiro entendimento, de não aplicação de lei manifestamente inconstitucional, é o mais óbvio no que tange à possibilidade de descumprimento, desde que preenchidos os demais requisitos. Já o segundo, apesar de ser possível, traz riscos aos agentes públicos que estão envolvidos na decisão, pois há chance de responsabilização pessoal.^{197 198}

Entretanto, a decisão fundamentada é o requisito para reduzir e muito a possibilidade de ser configurado crime de responsabilidade, o que parece indicar ser um critério suficiente para resguardar o gestor público da responsabilização, mormente tendo em vista que há a necessidade de manifestação expressa da Procuradoria-Geral do ente federado.

Com relação aos prefeitos, há mais um requisito, devem encaminhar por escrito o motivo da recusa ou da impossibilidade à autoridade que praticou o ato reputado como inconstitucional (art. 1º, inciso XIV, da Lei n. 201/1967), como, inclusive, já é previsto para o veto.¹⁹⁹

Por fim, admite-se que é prudente que a medida subsequente seja o ajuizamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade pelos poderes executivos da União, dos estados e do Distrito Federal, no sentido de obter uma

¹⁹⁷ Inclusive, o Chefe do Poder Executivo, ao deixar de aplicar a lei inconstitucional, submete-se às consequências de seus atos e a eventual decisão contrária do Supremo Tribunal Federal (CYRINO, 2013, p. 315).

¹⁹⁸ Sobre o risco de responsabilização, ver Seção n. 3.2.5.

¹⁹⁹ Nesse sentido, ver a Seção 3.2.5, que tratou do risco de responsabilização dos agentes públicos no exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública.

solução definitiva, compartilhar a guarda com o Poder Judiciário (CYRINO, 2011, p. 322), assim como para ilidir a possibilidade de ser processado por crime de responsabilidade.

Portanto, o Chefe do Poder Executivo pode exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (lei em sentido amplo), mediante a utilização do veto, diante da inconstitucionalidade de projeto de lei, ou por decreto autônomo, caso repute a lei como inconstitucional, desde que seja devidamente fundamentado e mediante manifestação expressa da Procuradoria-Geral vinculada ao respectivo ente federado.

4.1.4 Controle em matéria concorrencial (CADE)

Ainda que de forma implícita, a Constituição de 1988 é bastante incisiva no sentido de que a concorrência é um valor que existe, mas deve ser excepcionalmente afastado para instrumentar a implementação de políticas públicas voltadas a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, nos termos do seu art. 170, *caput* (TAUFICK, 2018, p. 62).

Nessa senda, a livre iniciativa, apesar de ser afirmada como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, inciso IV, e parágrafo único, da CRFB/1988), vem acompanhada da valorização do trabalho humano e, em conjunto com os outros oito princípios, deve assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Contudo, há dificuldade em se cumprir a disposição, em razão de lacunas procedimentais sobre como asseverar que a norma regulatória efetivamente instrumentalize políticas públicas que cumpram esses objetivos traçados na Constituição de 1988 (TAUFICK, 2018, p. 63).²⁰⁰

Com isso, a aplicação da análise concorrencial às ações políticas do Estado (fiscal e normativa) dependeria da atividade analisada, visto que, no caso de presença

²⁰⁰ Por ser o berço do antitruste, foi nas cortes americanas que a aplicação da defesa da concorrência em setores regulados foi testada primeiramente e, mais de meio século depois, um órgão administrativo internalizou essa doutrina no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O entendimento de que a concorrência seria afastada sempre que a regulação setorial instrumentalizasse uma política pública foi desenvolvido pela jurisprudência estadunidense, a partir do *Leading case*, *Parker v. Brown*, de 1943. A sua singular contribuição aos estudos dos pontos de enfrentamento entre concorrência e regulação, no Brasil, não é trivial, pois se trata da isenção antitruste conferida aos poderes Legislativo e Executivo, no exercício da soberana implementação de políticas públicas (TAUFICK, 2018, p. 63-64).

de uma política expressa de substituição da competição pela regulação e de uma supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações regulatórias e dos objetivos normativos, a atividade econômica não se sujeitaria à análise concorrencial (TAUFICK, 2018, p. 64).

Atualmente, o CADE tem deixado de interferir em assuntos regulatórios em razão da simples discordância da política externada pelas agências especializadas, passando a admitir a primazia da regulação quando o valor prioritário escolhido vier a ser implementado como política pública, com a fiscalização ativa dos regulados e da efetividade da norma regulatória (TAUFICK, 2018, p. 67).²⁰¹

Entretanto, cabe ao CADE a realização do controle difuso de constitucionalidade da norma primária ou da atuação dos reguladores setoriais.²⁰² Sob uma análise de incentivos, o CADE é, por certo, quem tem sua atuação mais afetada por uma política pública de natureza anticompetitiva e cujos incentivos estão mais desalinhados com aquele do regulador setorial (TAUFICK, 2018, p. 68).

Assim, em conjunto com a possibilidade de equacionamento entre política pública e concorrência, e com respeito institucional à decisão do regulador setorial, esse desalinhamento é essencial para que o CADE escrutine com atenção a especificação legal da imunidade concorrencial e a supervisão ativa pelo regulador setorial, aferindo se a regulação cumpre ou não a sua função de implementar uma política pública e se há a fiscalização ativa (TAUFICK, 2018, p. 68).²⁰³

Ainda que bastante falho,²⁰⁴ o papel de controle de constitucionalidade da regulação setorial vem sendo exercitado incidentalmente pelo CADE (TAUFICK, 2018,

²⁰¹ Destaca-se que esse entendimento do CADE é recente e inovador no âmbito interno, pois anteriormente intervinha, de forma generalizada, por não haver exceções concorrenciais escritas, o que possibilitava uma intervenção, ainda que indireta, nas políticas públicas setoriais. Contudo, bastaria a concepção da primazia da norma específica em face de norma geral de mesma hierarquia, para afastar a intervenção indevida do CADE (TAUFICK, 2018, p. 66-67).

²⁰² Dada a particular configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Autor também defende que esse papel pode ser desempenhado, de forma complementar, pelos órgãos do Ministério da Fazenda que sucedem a Secretaria de Acompanhamento Econômico no exercício da advocacia da concorrência (TAUFICK, 2018, p. 68).

²⁰³ Por exemplo, quando há vício de constrangimento ilegal por meio de um acordo ilícito entre competidores ou a captura do regulador, em que o CADE, servindo de contrapeso ao regulador setorial, pode avaliar se a concorrência está sendo afastada para a implementação de uma política pública ou se está inconstitucionalmente sendo afastada para o atendimento de interesses privados (TAUFICK, 2018, p. 68).

²⁰⁴ Isso porque historicamente o CADE dispendeu seus recursos impondo a sua decisão sobre mercados devidamente regulados, por faltarem avaliações concorrenciais sobre o processo formador da norma primária (lei em sentido estrito) ou a ausência de motivação adequada de suas decisões (TAUFICK, 2018, p. 71).

p. 71), que tomou posicionamento mais cauteloso contemporaneamente, mas que não pode deixar de fiscalizar os atos normativos das agências reguladoras.

Apesar de exercer função judicante, a natureza de suas decisões é administrativa, as quais são passíveis de escrutínio judicial superveniente e não formam coisa julgada material. Nessa senda, respeita o sistema constitucional vigente e a prerrogativa do Supremo.

Por fim, existem alguns precedentes nos quais o CADE tem aplicado diretamente o texto constitucional, realizando a interpretação conforme a Constituição de 1988, assim como realiza o controle de constitucionalidade mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, podendo proferir as mesmas decisões de inconstitucionalidade que aquelas proferidas no controle judicial difuso (ABBOUT, 2016, p. 663-664 e 668).

4.1.5 Controle com fundamento em precedente judicial

Dentre as práticas identificadas na atuação da Administração Pública que correspondem ao controle de constitucionalidade, há aquela cujo fundamento reside em precedente judicial. Nesta Seção, o enfoque é deslocado para o sistema de precedentes no Direito brasileiro e algumas de suas implicações em relação ao controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública.

O CPC/2015, apesar da pretensão de ser uma lei inovadora, acabou por não trazer tantas novidades como esperado, visto que repetiu técnicas e institutos já existentes na legislação anterior²⁰⁵ e atribuiu *status* legal a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, incorporando-os no texto normativo positivado.²⁰⁶ Apesar disso, o diploma processual civil consolidou um sistema de precedentes judiciais no Brasil, pois estruturou e organizou as decisões judiciais que têm relevância na atividade jurisdicional.

²⁰⁵ Os recursos repetitivos, por exemplo, foram inseridos pelas leis 11.418/2006 e 11.672/2008 nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

²⁰⁶ Por exemplo, o art. 966, *caput*, inciso V, do CPC/2015, que prevê a hipótese de cabimento de ação rescisória em face de decisão transitada em julgado quando “violar manifestamente norma jurídica”, superando a literalidade dos códigos anteriores, que previam textualmente o cabimento da ação rescisória quando a decisão “violava literal disposição de lei” (art. 485, *caput*, inciso V, do CPC/1973) ou for “contra literal disposição de lei” (art. 798, inciso I, alínea “c”, do CPC/1939), na perspectiva da separação entre texto da norma e norma propriamente dita. Tal disposição positivou o entendimento doutrinário e jurisprudencial, conforme destaca Humberto Teodoro Júnior (2015, p. 861-862).

4.1.5.1 Precedentes judiciais e vinculação da Administração Pública

Neste trabalho, adota-se uma definição ampla de precedente judicial, que corresponde a *uma decisão pretérita, proferida por um órgão judicial no exercício da atividade judicante, para subsidiar uma decisão presente*²⁰⁷. Assim, todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário no exercício da sua função primordial serão consideradas precedentes judiciais.

Isto porque o conceito brasileiro de precedentes não se limita apenas à noção restrita ou clássica, possuindo caráter genérico, o que inclui, por exemplo, a jurisprudência dominante (art. 926, § 1º, 927, § 5º, e 1.035, § 3º, inciso I, do CPC/2015) e as súmulas, vinculantes ou não (art. 926, § 2º, 927, *caput*, incisos II e IV, e 1.035, § 3º, inciso I, do CPC/2015), retratando a existência de um sistema de precedentes, ao menos para o ambiente jurisdicional (OLIVEIRA, 2019, p. 69-70).²⁰⁸

Por conseguinte, uma tipologia presente na doutrina é a que classifica os precedentes judiciais em persuasivos e vinculantes²⁰⁹. Os primeiros são utilizados como forma de motivação, sem caráter impositivo, cuja função é dar legitimidade e fundamentação à decisão presente. Já os segundos são os precedentes judiciais cuja observância é obrigatória, ou seja, possuem carga de normatividade abstrata e efeito pretensamente geral (OLIVEIRA, 2019, p. 58-60).^{210 211}

²⁰⁷ Essa definição é a reformulação do conceito amplo apresentado por Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 52), compreendendo o precedente como “[...] uma decisão pretérita utilizada como forma de subsidiar a decisão presente”. As diferenças conceituais presentes neste texto se justificam porque a definição adotada por Oliveira pode ser aplicada a qualquer decisão, ao passo em que o conceito adotado neste trabalho se refere aos precedentes judiciais, proferidos por um órgão vinculado ao Poder Judiciário e no exercício da função jurisdicional (se fosse no exercício de função administrativa, por exemplo, não seria considerado precedente judicial).

²⁰⁸ Os precedentes no Brasil têm características singulares, com a mescla de técnicas de aplicação e operacionalidade de precedentes e jurisprudência, que se compõe a partir da disciplina normativa, diferentemente do sistema de *common law*, em que há o desenvolvimento histórico e cultural dos precedentes (OLIVEIRA, 2019, p. 63, 64 e 75), com uma racionalidade particular de um sistema secular.

²⁰⁹ Outras tipologias podem ser encontradas na doutrina, em especial para se referir aos precedentes vinculantes, que também são chamados, por exemplo, de precedentes qualificados (LAMY, SCHMITZ, 2012, p. 211).

²¹⁰ Diz-se pretensamente geral porque, conforme se verá, em diversos precedentes judiciais vinculantes não há propriamente a eficácia *erga omnes*, mas sim a pretensão de se tornarem orientações gerais, visto que a vinculação é, em sua esmagadora maioria, interna ao Poder Judiciário e se dá apenas nas situações descritas pelo CPC/2015, assim como sua inobservância por parte dos magistrados não acarreta sanção.

²¹¹ No âmbito do Poder Judiciário, existem duas espécies de eficácias do precedente judicial, relacionadas à verticalidade da decisão: (i) a eficácia vertical do precedente, quando é proferido por órgão hierarquicamente superior em relação ao prolator da decisão presente; e (ii) a eficácia horizontal, nos casos em que a decisão utilizada é do próprio órgão prolator ou de órgão do mesmo nível hierárquico (OLIVEIRA, 2019, p. 59).

Ocorre que a classificação apresentada pela doutrina está inserida no bojo do processo judicial, em que a vinculação ou persuasão dos precedentes judiciais está circunscrita aos órgãos do próprio Poder Judiciário. Assim, o caráter vinculante ou persuasivo dos precedentes judiciais em relação à Administração Pública pode assumir uma dinâmica paralela e coexistente com a sistemática no Poder Judiciário.

Desse modo, complementa-se a classificação doutrinária para incluir o âmbito subjetivo interno e externo ao Poder Judiciário, em que se tem: (i) os precedentes judiciais meramente²¹² persuasivos, sem caráter impositivo e passíveis de utilização por qualquer sujeito de direito; (ii) os precedentes judiciais com vinculação interna, com efeito vinculante apenas aos órgãos do Poder Judiciário; e (iii) os precedentes judiciais com vinculação externa, que obriga um ou mais sujeitos de direito externos à estrutura judicial.²¹³

O que interessa para o desenvolvimento do tema é se há vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, o que vai determinar se a sua adoção é obrigatória²¹⁴, permitida ou proibida²¹⁵ no exercício do controle de constitucionalidade, assim como se existe alguma circunstância que sugira a adoção do precedente judicial, tornando-a preferencialmente aplicável.

Uma questão que é importante destacar é que no Brasil, por se tratar de um sistema jurídico de *civil law*, há a necessidade formal, histórica e cultural de previsão normativa para que o precedente judicial seja vinculante, mormente para que tenha a capacidade de produzir efeitos vinculantes sobre os sujeitos externos ao processo

²¹² Não se entenda “meramente” como designação pejorativa destes precedentes. O termo é utilizado no sentido empregado por Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 480-482), quando classifica as sentenças de mérito quanto ao seu conteúdo (compreendendo que conteúdo é interno à sentença e efeito é extrínseco) e adjetiva de “meramente declaratórias” aquelas sentenças de mérito de procedência do pedido do autor que têm exclusivamente o conteúdo declaratório. Isto porque todas as sentenças que reconhecem o pedido do autor têm efeito declaratório e se diferenciam das demais porque estas têm mais de um conteúdo, constitutivo e/ou condenatório. Da mesma forma, os precedentes judiciais meramente persuasivos são designados assim porque os demais precedentes (de vinculação interna e externa) também têm caráter persuasivo, no sentido de motivarem e legitimarem as decisões presentes.

²¹³ Destaca-se que Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 233-234) classifica estes 2 (dois) últimos em: (i) precedentes indiretamente vinculantes, correspondentes aos de vinculação interna; e (ii) precedentes diretamente vinculantes, que coincidem com os de vinculação externa. Entretanto, conforme se verá posteriormente, não se utiliza desta tipologia porque não há propriamente vinculação indireta, e sim permissão, em que a vinculação está condicionada à adoção pela própria Administração Pública do precedente judicial com vinculação interna ao Poder Judiciário. Vinculação indireta corresponde à ausência de vinculação. Por outro lado, permissão corresponde à faculdade de aplicação.

²¹⁴ Neste trabalho, adota-se obrigação e dever como sinônimos.

²¹⁵ Utiliza-se os conceitos básicos da lógica deôntica (ou lógica normativa) de obrigação, permissão e proibição, a partir dos conceitos obtidos de Robert Alexy (2015, p. 204 e seguintes).

judicial no qual a decisão foi proferida, incluindo a Administração Pública (OLIVEIRA, 2019, p. 63-64 e 75).

4.1.5.2 Precedentes e vinculação interna e externa

Os precedentes judiciais com vinculação externa e interna estão arrolados nos incisos do *caput* do art. 927 do CPC/2015,²¹⁶ todos passíveis de conter decisões sobre controle de constitucionalidade. Contudo, não há qualquer referência de vinculação aos demais poderes republicanos, fazendo menção apenas ao dever dos juízes e tribunais de observarem os precedentes, indicando apenas uma vinculação interna ao Poder Judiciário.

Por outro lado, na CRFB/1988, há referência expressa de vinculação da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes (art. 102, § 2º e art. 103-A, *caput*).²¹⁷

A natureza constitucional da previsão de vinculação da Administração Pública aos precedentes tem razão de existir. A separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, inscritos como princípios fundamentais da Constituição de 1988 no art. 2º, não podem sofrer um desequilíbrio da magnitude que é a vinculação de um poder em face da decisão de outro poder, que não seja pela via constitucional (e até pela via constitucional há problemas²¹⁸).

²¹⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...]”.

²¹⁷ Nesta senda, Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 62) aduz que essas decisões são consideradas fonte do direito, por serem obrigatórias também aos sujeitos externos ao Poder Judiciário. Diferentemente, os demais precedentes vinculantes, elencados no art. 927 do CPC/2015, não podem ser considerados fontes do direito, visto que são dirigidos apenas à jurisdição. O caráter vinculante destes precedentes é exclusivamente interno ao Poder Judiciário, restringindo-se ao campo processual (OLIVEIRA, 2019, p. 62-63).

²¹⁸ Isto porque a separação de poderes e, conseqüentemente, o sistema de freios e contrapesos, constitui-se como cláusula pétrea, conforme previsto no art. 60, § 4º, inciso III, da CRFB/1988, o que denota que deve haver o respeito ao equilíbrio (ou harmonia, na linguagem constitucional) no equacionamento entre a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos. Assim, uma emenda constitucional que se proponha a desestabilizar o equilíbrio deve ser compreendida como

A independência e harmonia insculpidas na Constituição significam que deve haver equilíbrio entre as 2 (duas) faces da moeda, tanto em relação à independência entre os poderes (separação de poderes), como na harmonia entre eles (sistema de freios e contrapesos), de modo que um poder republicano não pode se configurar como um suprapoder²¹⁹, em especial mediante a legislação infraconstitucional, sob pena de subverter de modo significativo o disposto nos artigos 2º e 60, § 4º, inciso III, da CRFB/1988.

Nesse sentido, ao se atribuir a vinculação da Administração Pública às decisões do Poder Judiciário que não estejam expressamente consignadas na CRFB/1988, estar-se-á violando o princípio constitucional da separação de poderes, razão pela qual, acredita-se, o legislador infraconstitucional foi contido e determinou apenas a vinculação interna do Poder Judiciário aos precedentes consignados no art. 927 do CPC/2015, que não pode ser estendida aos demais poderes (OLIVEIRA, 2019).

Pela mesma razão, entende-se que a decisão proferida na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) não vincula a Administração Pública, visto que o art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/1999, incompatível com a Constituição por estar contido apenas legislação infraconstitucional, é o fundamento que determina o entendimento de haver efeito vinculante destas decisões “aos demais órgãos do Poder Público”, nos termos do texto legal.²²⁰

Por conseguinte, dentro das decisões previstas no art. 927 do CPC/2015, são precedentes judiciais com vinculação externa: (i) as decisões definitivas de mérito,

constitucionalmente natimorta, pois incompatível com a separação de poderes. Neste sentido, ver a nota de rodapé abaixo.

²¹⁹ Neste sentido, aponta Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 552) que “A idéia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque as conseqüências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco as liberdades. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder”. Aqui cabe lembrar o que se consignou no Tópico 2.5., quando se tratou do Estado administrativo, pois essa intenção de evitar ditaduras deve ser mais bem compreendida.

²²⁰ Inclusive, pela literalidade do dispositivo, vincular-se-ia também o Poder Legislativo às decisões do Supremo Tribunal Federal, o que configuraria evidente teratologia jurídica. O Poder Legislativo, instância máxima do governo representativo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/1988), tem a prerrogativa constitucional de exercer o Poder constituinte derivado e, com a exceção de risco às cláusulas pétreas e aos direitos fundamentais, tem o poder de alterar entendimento jurisprudencial através de emenda constitucional.

proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade de nas ações declaratórias de constitucionalidade; e (ii) as súmulas vinculantes.

Talvez seja possível que as orientações do plenário ou dos órgãos especiais dos tribunais, previstos no inciso V do *caput* do art. 927 do CPC/2015, possam ser precedentes judiciais com vinculação à Administração Pública dos estados e municípios,²²¹ se houver a mesma previsão nas respectivas constituições estaduais,²²² sem obrigar a Administração Pública federal.

Por fim, todas as outras decisões previstas no art. 927 do CPC/2015²²³ são precedentes judiciais com vinculação interna, limitados aos órgãos do Poder Judiciário e de caráter meramente persuasivo para a Administração Pública fora do processo judicial – o que não exclui a sua relevância para o controle de constitucionalidade.

A partir das conclusões anteriores, analisa-se em seguida a aplicabilidade dos precedentes judiciais pela Administração Pública como fundamento do controle de constitucionalidade, a partir de dois critérios: (i) inicialmente, identificam-se os precedentes judiciais aos conceitos básicos da lógica deôntica, verificando-se se devem, podem ou estão proibidos de ser aplicados; e (ii) no segundo momento, investiga-se se há discricionariedade ampla (faculdade) em relação à utilização dos precedentes judiciais de aplicação permitida, ou se existem elementos que podem direcionar o agir administrativo para a preferência da aplicação desses precedentes no controle de constitucionalidade.

²²¹ A competência para organizar e manter o Poder Judiciário do Distrito Federal é da União, nos termos do art. 21, inciso XIII, da CRFB/1988, exercida mediante lei infraconstitucional. A despeito disto, há a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios de processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica, conforme o art. 8º, *caput*, inciso I, alínea “n”, da Lei n. 11.697/2008, mas não foi encontrada alguma disposição sobre vinculação externa.

²²² Apesar de ser o tipo de norma que deve respeitar o princípio da simetria constitucional, não foi encontrada qualquer disposição que corresponda ao art. 102, § 2º, da CRFB/1988 na Constituição do Estado de São Paulo de 1989 (art. 90) e na Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 (art. 85). Contudo, nesta última há a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por prefeito, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal (art. 85, *caput*, inciso VII).

²²³ São elas: (i) decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); (ii) acórdãos em incidente de assunção de competência; (iii) acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas; (iv) acórdãos em recursos extraordinário repetitivo; (v) acórdão em recurso especial repetitivo; (vi) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; (vii) enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (viii) orientação do plenário ou do órgão especial (quando não houver previsão constitucional de vinculação).

4.1.5.3 Precedentes judiciais com aplicação obrigatória, permitida ou proibida

A lógica deôntica (ou lógica normativa) contém três conceitos básicos, que são os conceitos de obrigação, de proibição e de permissão, utilizados para a construção de enunciados deônticos, ou seja, frases que enunciam um dever ser. Resumidamente, são enunciados deônticos relacionados com ações ou omissões, com fazeres ou não fazeres (ALEXY, 2015, p. 204-208).

Assim, são operados os conceitos deônticos relacionados a um fazer da Administração Pública (aplicar os precedentes judiciais), considerando que a conduta selecionada seja possível como um enunciado deôntico que se correlaciona com os conceitos de dever e permissão,²²⁴ visto que não foi identificado um caso de proibição de utilização de precedente judicial em relação ao controle de constitucionalidade.²²⁵

Evidentemente, a Administração Pública tem o dever de aplicar os precedentes judiciais com vinculação externa ao Poder Judiciário, por ser destinatária direta e imediata do efeito vinculante. Assim, a Administração Pública deve aplicar: (i) as decisões transitadas em julgado, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CRFB/1988); e (ii) as súmulas vinculantes²²⁶ (art. 103-A, *caput*, da CRFB/1988; e art. 2º da Lei n. 11.417/2006).²²⁷

²²⁴ Aqui, permissão é compreendida como a permissão de fazer (permissão positiva), já inferida do que foi apresentado, mas também como a permissão de não fazer (permissão negativa), o que constitui a faculdade (ALEXY, 2015, p. 207-208).

²²⁵ O único caso em que, por um critério lógico-argumentativo, a Administração Pública poderia estar proibida de utilizar um precedente judicial, pode ser identificado na atribuição da Advocacia-Geral da União (AGU) de defender o ato ou texto impugnado através de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 3º, da CRFB/1988), no exercício da curadoria da presunção de constitucionalidade das leis. Isso porque utilizar um precedente judicial contrário à defesa da constitucionalidade das leis vai de encontro à atribuição. Excepcionam-se aos casos em que o ato impugnado veicular matéria cuja inconstitucionalidade já tenha sido pronunciada pelo Supremo no exercício da jurisdição constitucional., conforme visto na Seção 3.2.2.

²²⁶ Cabe reclamação perante o Supremo Tribunal Federal no caso de descumprimento ou aplicação indevida do enunciado sumular (§ 3º do art. 103-A da CRFB/1988). Inclusive, como instrumento de controle de constitucionalidade no âmbito dos processos administrativos federais, quando houver recurso de decisão administrativa e o recorrente alegar violação a enunciado de súmula vinculante, a autoridade prolatora da decisão impugnada tem o dever de reconsiderá-la ou expor as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade do enunciado sumular, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior (art. 56, § 3º, da Lei n. 9.784/1999).

²²⁷ As orientações do plenário ou dos órgãos especiais dos tribunais (art. 927, *caput*, inciso V, do CPC/2015) sobre matéria constitucional, desde que haja previsão nas respectivas constituições estaduais de vinculação externa, foram excluídas porque não foram encontradas nas constituições estaduais analisadas (São Paulo e Santa Catarina).

Já os precedentes judiciais que a Administração Pública tem a permissão de aplicar no controle interno de constitucionalidade são os precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário e os precedentes judiciais meramente persuasivos, apresentados adiante.

A Administração Pública pode aplicar os demais precedentes judiciais arrolados no art. 927 do CPC/2015 no controle de constitucionalidade, que são: (i) decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); (ii) acórdãos em recursos extraordinários repetitivos; (iii) enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; e (iv) orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais, quando versarem sobre questão constitucional.²²⁸

Por fim, a Administração Pública tem a permissão de utilizar no controle de constitucionalidade os precedentes judiciais meramente persuasivos que versarem sobre questão constitucional, cujo exemplo paradigmático é encontrado nas decisões de mérito transitadas em julgado, proferidas nos autos de recursos extraordinários sem a sustação da execução pelo Senado Federal (art. 52, *caput*, inciso X, da CRFB/1988).²²⁹

4.1.5.4 Precedentes judiciais de aplicação facultativa ou preferencial

Assim, identificados os precedentes judiciais de aplicação permitida no controle interno de constitucionalidade pela Administração Pública, analisa-se se a sua utilização é amplamente discricionária (facultativa) ou se existem justificativas capazes de apontar para a preferência da adoção destes precedentes.

No que tange os precedentes judiciais de vinculação interna ao Poder Judiciário, há justificativas aptas a direcionar para uma preferência na sua aplicação pela Administração Pública no controle de constitucionalidade, dentre as quais: (i) a

²²⁸ Por razões óbvias, estas são as decisões capazes de serem utilizadas no controle de constitucionalidade. As outras decisões não foram arroladas porque não versam, a princípio, sobre questão constitucional. São elas: (i) acórdãos em incidente de assunção de competência; (ii) acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas; (iii) acórdão em recurso especial repetitivo; (iv) enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais, quando não versarem sobre questão constitucional.

²²⁹ Há quem defenda que a Administração Pública deve estar vinculada às decisões definitivas proferidas em sede de controle difuso pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, independentemente de sustação da execução pelo Senado Federal, como o professor Juarez Freitas (2010, p. 217-218).

promoção da estabilidade das relações jurídicas e da previsibilidade de comportamentos (segurança jurídica); (ii) a conformidade com o Direito, a partir de uma visão sistemática (coerência do sistema jurídico); e (iii) a potencial diminuição de recursos econômicos e humanos direcionados à litigiosidade interna e externa (economicidade ou eficiência).^{230 231}

Como exemplo, Juarez Freitas (2010, p. 228-229) cita o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional PGFN/CRJ/n. 492/2010 (ANEXO B), no qual se entendeu que os precedentes formados através da sistemática dos recursos repetitivos (com referência aos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973) assumiram uma força “persuasiva especial e diferenciada”.²³²

Portanto, aparentemente, os argumentos favoráveis à preferência da aplicação dos precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário pela Administração Pública têm o condão de direcionar a atividade administrativa para a sua adoção no controle interno de constitucionalidade.²³³ Contudo, trata-se apenas de uma preferência, em que a permissão não constitui dever.

²³⁰ Em sentido semelhante, Eduardo de Avelar Lamy e Leonard Ziesemer Schmitz (2012) identificam que se deve ter, no mínimo, uma forte carga persuasiva das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação à Administração Pública, aduzindo razões de garantia de isonomia jurisdicional, segurança jurídica e duração razoável do processo. Assim, identificam na repercussão geral uma razão para essa persuasão forte – que atualmente tem seu correspondente no recurso especial, com a criação do instituto da relevância pela Emenda Constitucional n. 125/2022. Contudo, divergem deste estudo ao defenderem a vinculação da Administração Pública aos tribunais superiores, apresentando argumentos fortes e consistentes para a vinculação, como a qualidade da Administração Pública de maior litigante do país e a morosidade processual. Já na época, identificaram vários casos em que a Administração Pública adotou os precedentes judiciais como orientação geral interna, para determinar a desistência de recursos pendentes ou então para instruir os órgãos internos para assumirem posições mais adequadas em face dos precedentes judiciais dos tribunais superiores.

²³¹ Ainda que pertinentes ao debate, não serão lançados os argumentos que subsidiam a limitação da aplicação dos precedentes judiciais pela Administração Pública, como o princípio da legalidade administrativa, o princípio democrático, a separação de poderes e a responsabilidade da Administração Pública. Para uma melhor compreensão destes argumentos como potenciais limitadores da adoção dos precedentes judiciais pela Administração Pública, ver Weber Luiz de Oliveira (2019, 180-192).

²³² Com isso, sugeriu-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: (i) não mais apresentasse recursos contra as decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional que se mostrassem em conformidade com os entendimentos firmados em julgamentos de recursos repetitivos; (ii) a não interposição de recurso extraordinário ou especial contra acórdãos proferidos em consonância com a jurisprudência reiterada e pacífica das instâncias extraordinárias; (iii) não interposição de agravo regimental contra decisão de relator que se respalda em jurisprudência pacífica e reiterada dos tribunais superiores e nega seguimento a recursos; e (iv) a não apresentação de impugnação ou contestação contra pedido formulado com respaldo em precedente judicial oriundo do julgamento de recursos repetitivos.

²³³ Nessa senda, Juarez Freitas entende que as decisões definitivas proferidas no controle difuso nos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos precisam ser observadas pela Administração Pública e adotadas em seus procedimentos internos, a fim de evitar, segundo o Autor, os processos judiciais temerários, fonte de prejuízo desnecessário ao erário, e o congestionamento da pauta judicial (FREITAS, 2010, p. 217-218).

Em contrapartida, os precedentes judiciais meramente persuasivos, que são representados pelas decisões de mérito transitadas em julgado nos autos de recursos extraordinários, por mais que se tenham dispositivos legais no CPC/2015 que possam justificar a preferência da aplicação em casos específicos,²³⁴ o horizonte sinaliza para a mera permissão de aplicação (faculdade ou discricionariedade),²³⁵ visto que são muito mais instáveis²³⁶ e plurais, o que indica de antemão maiores riscos em sua adoção.²³⁷

Nesse sentido, a Administração Pública pode se utilizar do art. 30 da LINDB, que condiciona o agir administrativo ao aumento da segurança jurídica na aplicação das normas, podendo ser efetivado por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, em que o órgão ou entidade destinatária ficará vinculada, até revisão posterior (OLIVEIRA, 2019).²³⁸

²³⁴ Obviamente que estes dispositivos devem ser considerados quando a Administração Pública fizer a análise sobre a aplicação ou não dos precedentes meramente persuasivos no controle interno de constitucionalidade. Nesse sentido, a título ilustrativo, dispensa-se a remessa necessária de sentença fundada em súmula de tribunal superior ou acórdão proferido pelo Supremo em julgamento de recursos repetitivos (art. 496, § 4º, do CPC/2015), assim como se considera inexigível a obrigação reconhecida em título executivo, ajuizado contra a fazenda pública, que seja fundada em lei, ato normativo ou interpretação tido como incompatível com a CRFB/1988 pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, nos casos de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública (art. 535, § 5º, do CPC/2015). Ademais, na atual sistemática estabelecida aos recursos extraordinários, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido pode negar seguimento a recurso extraordinário que o Supremo não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou que tenha sido interposto contra acórdão que esteja em conformidade com o entendimento pretoriano exarado no regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos; determinar o juízo de retratação quando o acórdão divergir do entendimento do Supremo exarado nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos (art. 1.030, *caput*, incisos I e II, do CPC/2015).

²³⁵ Lembrando que não se está considerando a suspensão da execução pelo Senado Federal, conforme exposto acima.

²³⁶ A instabilidade dos precedentes judiciais como um problema à sua utilização pela Administração Pública é apresentada por Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 218-222).

²³⁷ Mesmo assim, há casos expressos em norma jurídica da possibilidade de aplicação. No Município de Florianópolis, o Chefe do Poder Executivo pode suspender a aplicação da legislação tributária declarada inconstitucional por decisão irrecorrível do Poder Judiciário (art. 14 da Lei Complementar n. 7/1997).

²³⁸ Destaca-se que, diferentemente de Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 224 e seguintes), entende-se ser desnecessária a edição de lei, inclusive complementar, para a Administração Pública adotar os precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário, tendo em vista que o princípio da legalidade administrativa não condiciona o agir administrativo apenas à lei em sentido estrito, e sim a todo o plexo de normas jurídicas, oriundas da função legislativa e contidas no ordenamento jurídico, incluída a CRFB/1988, conforme visto na Seção 3.1.1. Dessarte, cabe à Administração Pública, dentro de suas competências, analisar a situação em cada caso e, havendo necessidade ou utilidade pública, adotar o precedente judicial. Inclusive, essa suposta necessidade de previsão legal parte de duas premissas substancialmente equivocadas: que a Administração Pública sempre usará o precedente judicial contra uma determinada lei em sentido estrito ou que o precedente vai contra essa lei. Fato é que, no exercício do controle de constitucionalidade, é possível essa ocorrência, em razão do próprio objeto controlado no caso das leis, o que também não obsta a aplicação dos precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário.

Ao comentarem sobre a Lei n. 13.655/2018, que incluiu os artigos 20 a 30 na LINDB, Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira (2018, p. 248) reforçam que se findou uma falsa polêmica, integrando o Código de Processo Civil ao cotidiano da Administração Pública, a qual também tem os deveres de justificação de suas decisões a partir de critérios de racionalidade e de desenvolvimento coerente e estável do Direito, que não se limitam ao processo judicial.

Por fim, a Administração Pública não estará vinculada eternamente aos precedentes judiciais de aplicação permitida, podendo, inclusive, negar-lhes a adoção. Inclusive, até quem defende a necessidade de adoção dos precedentes meramente persuasivos sugerem a não aplicação quando se mostrarem manifestamente equivocados, teratológicos, e desde que o ato que decide pela inaplicabilidade esteja devidamente motivado (FREITAS, 2010, p. 229).

4.1.6 Controle no processo administrativo fiscal

O controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública no processo administrativo fiscal encontra sérias limitações, ao menos normativamente. Em geral, as legislações que tratam sobre o tema determinam expressamente a vedação ao julgador administrativo de afastar aplicação de lei com fundamento em inconstitucionalidade, excepcionando-se algumas hipóteses de forma expressa no texto legal.

Em âmbito federal, a proibição aos órgãos de julgamento está contida no art. 26-A, *caput*, do Decreto n. 70.235/1976, o qual impede o afastamento da aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

No § 6º do mesmo dispositivo estão as exceções, que são: (i) norma declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; e (ii) norma que fundamente crédito tributário objeto de dispensa legal de constituição ou ato declaratório do Procurador-Geral, súmula da Advocacia-Geral da União ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.²³⁹

²³⁹ Juarez Freitas (2010, p. 223-224) ressalta a existência e o dever de cumprimento das hipóteses de exceção, assim como admite a possibilidade de o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais expedir súmulas vinculantes em defesa da Constituição de 1988 e, para além, sugere a proteção de ofício do sistema constitucional, observadas as cautelas da maturidade.

Das exceções, é possível inferir que a utilização da primeira não está condicionada à suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, assim como que a segunda pressupõe o controle de constitucionalidade pela Administração Pública federal, através da manifestação dos seus órgãos jurídicos.

Já nos casos dos estados e municípios, não há viabilidade para a analisar todas as normas que tratam sobre o processo administrativo fiscal, mesmo que fossem apenas aquelas correlacionadas com a vedação. A despeito disso, para ilustrar a proibição de afastamento de lei ou ato normativo sob argumento de inconstitucionalidade nesses entes federados, verificou-se a legislação dos estados de Santa Catarina e São Paulo, assim como das suas respectivas capitais.

No Estado de São Paulo, o art. 28 da Lei n. 13.457/2009 veda o afastamento da aplicação da lei sob alegação de inconstitucionalidade, salvo nos casos de inconstitucionalidade proclamada em ação direta de inconstitucionalidade, em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em via incidental, desde que haja a suspensão da execução pelo Senado Federal, e em enunciado de Súmula Vinculante. Também é possível a reforma de decisão contrária à Fazenda Pública, da qual não caiba a interposição de recurso, que afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade, observando-se o art. 28 (art. 50 da Lei Estadual n. 13.457/2009).

Em sua capital, há diferença em comparação com as outras leis analisadas, mas se trata de uma inovação negativa. Há a referência à incompetência do Conselho Municipal de Tributos para afastar a aplicação da legislação tributária por inconstitucionalidade ou ilegalidade, assim como é hipótese de pedido de reforma da decisão contrária à Fazenda municipal (respectivamente, art. 53, parágrafo único, e art. 50, *caput*, inciso I, da Lei n. 14.107/2005), sem fazer qualquer distinção ou excepcionar alguns casos.²⁴⁰

No caso de Santa Catarina, há a referência à incompetência das autoridades julgadoras para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou ato normativo de Secretário de Estado, excepcionando a possibilidade de o Tribunal Administrativo Tributário apreciar a alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade

²⁴⁰ Percebe-se o grau de inovação que a Câmara Municipal de São Paulo/SP imprimiu na Lei n. 14.107/2005. A lei tributária não pode deixar de ser aplicada por razões de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Criou-se uma configuração inovadora do escalonamento das normas jurídicas, na qual a legislação tributária (principalmente a municipal) é o diploma normativo de hierarquia máxima no ordenamento jurídico brasileiro, em que a Constituição de 1988 e as leis lhes são subordinadas.

reconhecida por entendimento manso e pacífico do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 4º da Lei Complementar Estadual n. 465/2009).

Essas disposições foram adotadas quase que literalmente pelo Município de Florianópolis, no qual somente há o afunilamento da autoridade que profere o ato normativo que não pode ser afastado por inconstitucionalidade, que é o Secretário Municipal da Fazenda, Planejamento e Orçamento, assim como faz referência, nas exceções, a entendimento pacificado ou sumulado dos tribunais superiores (art. 4º da Lei Complementar Municipal n. 574/2016).

Independentemente das vedações legais, sabe-se que a supremacia constitucional vige no Direito brasileiro e deve ser observada por todos. Nesse sentido, há quem defenda a possibilidade de se analisar a arguição de inconstitucionalidade em processo administrativo fiscal,²⁴¹ assim como há quem advogue pela impossibilidade, ressalvados os casos prescritos legalmente e quando se tratar de aplicação de decisão plenária definitiva do Supremo.²⁴²

Em um primeiro momento, parece ser prudente seguir o que as legislações determinam, inclusive para evitar a responsabilização dos agentes públicos. Isso por duas razões principais: (i) as legislações (analisadas) preveem a possibilidade de aplicação dos precedentes, que são um dos fundamentos mais fortes para o exercício do controle; e (ii) a negativa de aplicação de ato normativo por inconstitucionalidade exercida por órgão administrativo em processo com efeitos *inter partes* encontra dois obstáculos que parecem intransponíveis: a segurança jurídica e a impessoalidade.

Nos casos de aplicação dos precedentes com vinculação externa, não há maiores discussões no sentido de ser obrigatória a observância. Já no que tange os

²⁴¹ Por todos, ver Roberto Baumgarten Kuster (2016), segundo o qual, “[...] com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu no Brasil o fenômeno da jurisdicionalização do processo administrativo, fazendo constar que os administrados agora seriam beneficiados pelos princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, assim como a Administração deveria se atentar aos princípios da moralidade, eficiência e legalidade (ampla)”, implicando que “[...] a Administração judicante, para ser eficiente e moral, atenderá os anseios do contribuinte e analisará suas alegações, desde que contundentes, de inconstitucionalidade de lei que embasou o ato administrativo ora defendido no âmbito do processo administrativo fiscal” (KUSTER, 2016, p. 251).

²⁴² Por todos, ver Abel Henrique Ferreira (2009) que, ao comentar sobre a impossibilidade, disserta: “Entendemos que um ato administrativo poderá ser considerado evitado de vícios por inconstitucionalidade, quando a matéria já tiver sido apreciada pelo Poder competente que é o Judiciário. Antes disso, não há que se falar em vício por inconstitucionalidade. Devemos reforçar que o exame da constitucionalidade das leis nem sempre se vincula à técnica jurídica, sendo, muitas vezes, subordinado a uma posição política. Na vigência da atual Constituição, diversas matérias foram consideradas inconstitucionais por juristas renomados, e, posteriormente, ao serem examinadas pelo Supremo Tribunal Federal, foram consideradas constitucionais [...]” (FERREIRA, 2009, p. 18)

precedentes com vinculação interna, mas de aplicação preferencial, caberá ao agente público decidir sobre a adoção, ciente de que, diante da força persuasiva qualificada, como nos julgamentos de recursos repetitivos, eventual possibilidade de responsabilização é elidida.²⁴³

Já no que se refere ao efeito *inter partes* do processo administrativo fiscal, a vedação ao exercício do controle de constitucionalidade é subsidiada pela possibilidade de violação aos princípios da impessoalidade e da segurança jurídica, pois haverá a existência de decisões divergentes, de modo a resultar em um tratamento desigual.

Todavia, antes de se chegar a essa conclusão, tem-se uma premissa lógica que merece ser trazida à luz: se a segurança jurídica e a impessoalidade tivesse como consequência a impossibilidade absoluta e universal de tomar uma decisão com efeitos individuais, a existência da Administração Pública seria inócua.²⁴⁴ A esmagadora maioria de atos proferidos pelos agentes públicos têm efeitos *inter partes*, com supedâneo em orientações gerais, como as multas de trânsito, autorizações para funcionamento, atendimento hospitalar, dentre inúmeros outros.

Nesse sentido, se o princípio da impessoalidade for fundamento suficiente para ilidir a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade no bojo do processo administrativo fiscal, também será suficiente para afastar a prática de todo e qualquer ato pela Administração Pública que tenha eficácia *inter partes*. Ademais, é possível que, com decisões reiteradas, se proceda à elaboração de súmula administrativa, com eficácia geral (art. 30 da LINDB).

Mesmo assim, o tema ainda carece de maturação, mormente porque as consequências práticas das decisões tomadas no processo administrativo fiscal, no

²⁴³ Nesse sentido, o art. 77 da Lei n. 9.430/1996 possibilita ao Poder Executivo disciplinar as hipóteses em que a Administração Pública tributária federal, com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade de dispositivo legal, possa abster-se de constituir o crédito tributário, retificar o valor ou declará-lo extinto ou formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como interpor recursos. Inclusive, Abel Henrique Ferreira (2009, p. 24) destaca que há diferença entre a aplicação de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal e o julgamento pelo agente público da constitucionalidade da legislação tributária.

²⁴⁴ Do mesmo modo, seria inócuo o controle judicial difuso de constitucionalidade, por resultar em inúmeras decisões conflitantes entre si, como no caso da análise da (in)constitucionalidade da recusa a teste clínico ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, previsto no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em face do art. 5º, *caput*, inciso LXIII, da CRFB/1988, que contém o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Isso, claro, antes do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.224.374 RG/RS, Tema de repercussão geral n. 1.079, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da norma. No mesmo sentido, ver a Seção 4.1.2.

sentido de analisar a conformidade constitucional, são imensuráveis, o que dificulta a adoção apriorística dessa prática (art. 20 da LINDB).

Por fim, a corrente majoritária dos tributaristas entende que não é possível a revisão de um julgamento favorável ao contribuinte no processo administrativo fiscal, o que, de fato, constitui óbice à análise da constitucionalidade pela autoridade julgadora, principalmente porque essas decisões não estariam submetidas posteriormente ao crivo do Poder Judiciário, mormente diante dos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional (CTN) (KUSTER, 2016, p. 249-250; e FERREIRA, 2009, p. 24-25).²⁴⁵

Ao contribuinte seria dada a garantia de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, *caput*, inciso XXXV, da CRFB/1988), mas o órgão administrativo não poderia se valer do preceito constitucional, principalmente porque a decisão passível de irrisignação seria aquela da própria Administração Pública, o que caracterizaria definitividade da decisão, perante o próprio ente prolator, assim como haveria decisões conflitantes (KUSTER, 2016, p. 250; e FERREIRA, 2009, p. 25).

Portanto, no âmbito do processo administrativo fiscal, há proibição normativa de afastamento da aplicação de ato normativo por razões de inconstitucionalidade, assim como existem exceções. A possibilidade existe, mas enfrenta obstáculos robustos, como os princípios da segurança jurídica e da impessoalidade. O que parece seguro afirmar é que, dentro das hipóteses legais e da aplicação dos precedentes, incluindo aqueles com aplicabilidade preferencial, o agente público tem um espectro de possibilidades de ação.

4.1.7 Controle por órgão administrativo hierarquicamente superior

Sempre que necessário, os agentes públicos podem apresentar às autoridades hierarquicamente superiores sua avaliação sobre a inconstitucionalidade de determinado ato normativo. No Brasil, em razão da megaestrutura burocrática, uma

²⁴⁵ Nesse sentido, ampliado para todas as decisões proferidas por órgãos de julgamento administrativos: “[...] Diferentemente do processo judicial, as decisões administrativas que decidirem pela inconstitucionalidade de uma norma nunca chegará ao Supremo Tribunal Federal, pois não existe instrumento apropriado para que a Administração busque o Poder Judiciário para a revisão das decisões dos seus órgãos de julgamento administrativos” (FERREIRA, 2009, p. 21).

das maiores do mundo, não seria possível admitir que cada agente da Administração Pública pudesse exercer o controle de constitucionalidade (ABBOUT, 2016, p. 657).²⁴⁶

Em contrapartida, negar à Administração Pública a fiscalização administrativa da constitucionalidade é incorrer em equívoco. Todavia, essa prerrogativa não pode ser conferida a qualquer agente público, de modo que deve ser exercida pela instância hierárquica superior, harmonizando-se com a segurança jurídica (ABBOUT, 2016, p. 657).

Assim, estariam autorizados a exercer o controle de constitucionalidade os chefes dos entes públicos previstos no art. 39 da CRFB/1988 e as instâncias superiores das agências reguladoras,²⁴⁷ seja no bojo de seus processos administrativos, seja na atribuição de expedirem normas de caráter geral, pois sua conduta deve observância à Constituição de 1988 (ABBOUT, 2016, p. 657-658).

Essa lógica segue a dinâmica exposta anteriormente, com relação ao Chefe do Poder Executivo e ao CADE.²⁴⁸ No que tange este último, a possibilidade de as agências reguladoras exercerem o controle de constitucionalidade resultará em um impasse sobre a interpretação constitucional, que deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário.

Conforme visto, ao CADE é dada a possibilidade de fiscalização em relação à regra constitucional de liberdade econômica e de ampla concorrência, inclusive em face dos atos proferidos pelas agências reguladoras, responsáveis por normatizar, orientar e fiscalizar setores específicos da atividade econômica. Com isso, pode haver conflito entre interpretações constitucionais, em que há chances de a agência reguladora expedir um ato por razões de (in)constitucionalidade, e o CADE ter uma conclusão em sentido diametralmente oposto, também com fundamento em (in)constitucionalidade.²⁴⁹

Portanto, existe a possibilidade de os órgãos hierarquicamente superiores das agências reguladoras exercerem o controle de constitucionalidade. Se essa conclusão

²⁴⁶ Inclusive, nesse caso a insegurança jurídica se tornaria a regra geral. Não há como comparar a capacidade de gerar insegurança jurídica na hipótese de exercício do controle de constitucionalidade por todos os agentes públicos vinculados à Administração Pública em relação ao controle judicial difuso de constitucionalidade. A quantidade de órgãos judiciais é ínfima se comparada com a quantidade de agentes públicos vinculados à Administração Pública.

²⁴⁷ De acordo com o art. 2º da Lei n. 13.848/2019, são onze agências reguladoras existentes no Brasil.

²⁴⁸ Inclusive no sentido de ser necessária a manifestação do órgão jurídico da entidade, para que se fundamente o exercício do controle de constitucionalidade.

²⁴⁹ Logicamente, o conflito só pode ocorrer quando um entende pela inconstitucionalidade de determinada matéria e o outro pela constitucionalidade, ou vice-versa.

tem correspondência na prática institucional, há de se pensar na possibilidade de se conferir igual prerrogativa aos órgãos hierarquicamente superiores de outras entidades da Administração Pública indireta.

4.2 PROPOSTA PARA INSTITUCIONALIZAR O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nunca é demais ressaltar que não se deve eliminar do Direito o conceito de poder, reduzindo-o a uma categoria jurídica pura. O direito é um instrumento de uma política que se efetiva através do poder (BARACHO, 1985, p. 14) e, enquanto tal, deve considerar a dinâmica política em que está inserido.

Nesse sentido, não se pode ter ilusões na relação entre o Direito e a Política. Não há decisão que seja exclusivamente jurídica. Tanto na criação como na aplicação do Direito, sempre há um grau de conteúdo político, ainda que ínfimo. Portanto, quando se fala em decisão jurídica, o que se quer dizer é que o componente jurídico daquela decisão é preponderante em relação ao elemento político.

Isso é relevante porque, quando se fala em controle de constitucionalidade e fundamentos jurídicos, não se perde de vista que o componente político sempre está presente. Inclusive, isso é natural e em situação de normalidade não deve ser razão para preocupação. O que é temerário é o uso político do Direito para finalidades escusas, egoísticas, maldosas.

Evidente que se deve ter muita cautela para não legitimar um poder excessivo, que não pertence à Administração Pública – visto que a possibilidade de controle de constitucionalidade, ainda que limitada pela racionalidade jurídica inerente ao controle, pode ser aplicada perversamente, produzindo consequências desastrosas.

Portanto, não há como deixar de consignar que o escopo deste trabalho não é colocar à disposição do mau gestor um instrumento que faça as vezes de sua vontade individual.²⁵⁰ Não se trata de empoderar a Administração Pública, para que

²⁵⁰ Inclusive, “O critério da publicidade para distinguir o justo do injusto, o lícito do ilícito, não vale para pessoas em quem, como o tirano, o público e o privado coincidem, na medida em que os negócios do Estado são os seus negócios pessoais e vice-versa” (BOBBIO, 2017, p. 146).

se torne um poder tirânico ou para prestigiar aqueles que fazem parte dos poderes ocultos.²⁵¹

O que se pretende evidenciar é que já existe uma prática na realidade brasileira, em todos os níveis da Federação, em que a Administração Pública realiza o controle de constitucionalidade. Outrossim, lhe é conferida a legitimidade para esse exercício, assim como a prática é legal, mas com certos limites.

Diante disso, não há propriamente empoderamento da Administração Pública, no sentido de lhe conferir mais poder que já detém, e sim o reconhecimento de um poder (e, antes disso, de um dever) do qual já é a justa titular e que já o exerce de forma justa, dentro da legalidade.

Viu-se que, com relação aos pressupostos, ou melhor, fundamentos para a prática, há a confirmação da legitimidade da Administração Pública para o exercício do controle de constitucionalidade. No âmbito normativo, é sua competência (dever-poder) a guarda da Constituição de 1988 (art. 23, inciso I, da CRFB/1988).

No sentido mais teórico, ainda que com efeitos concretos, há a consolidação e a vigência contemporânea da supremacia constitucional no Brasil, que se constitui como Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, a separação de poderes não impede que as funções típicas dos poderes sejam exercidas por outro Poder, assim como há uma necessidade emergente e imediata de se equalizar as atividades estatais, de modo a atender as exigências e práticas presentes – o que é viabilizado pelo sistema de freios e contrapesos.

Outrossim, na perspectiva histórica, já houve no Brasil, diante de uma exigência da época, o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, ainda que sem amparo normativo. Com isso, percebeu-se que quem decide sobre quem decide a constitucionalidade dos atos estatais é o soberano, o povo, através de seus representantes, que também integram a Administração. Trata-se de uma decisão política, que pode ser tomada na atualidade, a depender da vontade da e necessidade pública.

No tempo presente, há a configuração de um Estado administrativo no Brasil, com uma Administração Pública gigantesca, inclusive se comparada com todos os outros poderes, órgãos e entidades juntos, em um cenário que exige respostas cada

²⁵¹ Norberto Bobbio (2017, p. 135-146) utiliza o sintagma *invisível* ao se referir aos poderes que não estão abertos ao público, em contraposição ao renascimento do poder público para o público no Estado constitucional.

vez mais céleres, complexas, técnicas, que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário não têm condições de exercer.

Ainda que existam limites ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, não há propriamente um impedimento para adotar essa prática. Tanto os princípios como os limites propriamente ditos não são fundamento suficiente para elidir essa prática.

4.2.1 Ausência de impedimento ao exercício do controle

Com relação ao princípio da legalidade, houve a incorporação da obediência à supremacia constitucional e ao sistema organizado e hierárquico de normas. Mesmo assim, há dificuldade na prática administrativa porque ainda existem muitos agentes públicos que compreendem a legalidade na sua versão ultrapassada, em que somente exige a obediência às leis em sentido estrito, sem, contudo, impedir o controle.

Já o devido processo legal orienta para um impasse: é preciso garantir que os administrados e a Administração possam arguir a inconstitucionalidade de um ato do Poder Público no bojo do processo administrativo, ao mesmo tempo em que se deve possibilitar que seja oportunizada a defesa da constitucionalidade do ato no mesmo processo, sob pena de incorrer em violação às garantias decorrentes do mesmo princípio. Nessa senda, a adoção de um procedimento específico para a arguição de inconstitucionalidade parece ser o instrumento com maior capacidade de equalizar essas conclusões.

Uma decorrência do devido processo legal, princípio guarda-chuva, é a existência de diversos outros direitos e garantias, como o contraditório e a ampla defesa, que também não constituem óbice ao exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, pois no contraditório eventual, exercido em processo diverso, esses princípios serão observados, ainda que posteriormente à tomada de decisão (como, na verdade, geralmente ocorre).

No que tange a transparência, há a orientação para a utilização de linguagem acessível e divulgação nos canais adequados a conferirem o amplo acesso pela sociedade, inclusive e principalmente da motivação das decisões, possibilitando o

controle social efetivo. Enquanto imperativo, vige em todo o território nacional. Como prática, há deficiências que precisam ser sanadas.²⁵²

A impessoalidade exige que a decisão proferida no exercício do controle deve ter eficácia para todos (*erga omnes*) pois, se admitida da outra forma, causaria não só insegurança jurídica, tratada em seguida, mas também injustiça formal e material com quem não foi beneficiado ou prejudicado com a decisão. Nessa senda, até o momento o princípio orienta para a impossibilidade de controle de constitucionalidade em decisões com efeitos *inter partes*, o que impede, a princípio, o exercício do controle no processo administrativo fiscal, salvo nos casos excepcionados.

Por fim, a segurança jurídica tem como escopo a estabilidade, a certeza e a proteção à confiança legítima. Visa prezar pela duração das decisões, conferir previsibilidade dos atos e conhecimento prévio das normas jurídicas e resguardar a boa-fé. Não impede o controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, inclusive diante do argumento da possibilidade de gerar decisões conflitantes, mormente porque isso acontece no controle judicial difuso, sem que a segurança jurídica seja impeditiva.

Como limite propriamente dito, a reserva de jurisdição não impede o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, visto que não configura prejuízo à inafastabilidade da jurisdição sobre a constitucionalidade. Permanece a possibilidade de reversão da decisão administrativa pelo Poder Judiciário.

No mesmo sentido, a presunção de constitucionalidade das leis não é limitação absoluta. Sua relativização é aceita pelo próprio Supremo Tribunal Federal em alguns casos, com destaque para o controle por decisão do Chefe do Poder Executivo e quando há pronunciamento da Corte constitucional pela inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado.

Ao mérito do ato administrativo é dada a mesma conclusão. Em relação aos critérios de conveniência e oportunidade, ainda que sejam impassíveis de análise pelo Poder Judiciário, salvo nos casos teratológicos, estão vinculadas ao mérito dos atos, com preponderância política, enquanto os motivos para decidir sobre a (in)constitucionalidade devem ser jurídicos (legalidade). Ademais, a

²⁵² Nesse sentido, o Decreto n. 175/2015 de Macaé/RJ, o Decreto n. 4.832/2016 de Teresópolis/RJ e o Decreto n. 4.944/2019 de Santo Antônio do Descoberto/GO não foram encontrados na internet, apesar de que este último tinha seu conteúdo explicitado em uma notícia da Prefeitura, todos citados no Decreto n. 3.487/2019, da Prefeitura Municipal de Santa Luzia/MG.

discricionariedade não impede essa prática, mas há a exigência de que os atos praticados com essa qualidade tenham a exposição da motivação, para eventual escrutínio judicial superveniente.

No caso da repartição de competências legislativas e abrangência territorial, verificou-se que há a possibilidade de que o ente federado decida sobre a constitucionalidade de lei dos entes de nível superior, desde que os efeitos estejam circunscritos ao território do decisor. Não é possível decidir sobre a (in)constitucionalidade de lei de ente federado de mesmo nível ou município decidir sobre a (in)constitucionalidade de estado do qual não é membro.

Por fim, o risco de responsabilização dos agentes públicos é um fator que limita o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, mas há certas garantias que minoram esse risco, como a necessidade de se praticar o ato com dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB), assim como na aplicação de precedentes judiciais ou nas exceções previstas em lei ou, até, com supedâneo na manifestação do órgão jurídico.

4.2.2 Contexto brasileiro

É notório o déficit brasileiro no que tange o controle de constitucionalidade. Não faltam argumentos doutrinários e decisões em controle judicial de constitucionalidade que demonstrem as diversas incompatibilidades com a Constituição de 1988, algumas delas praticamente irrefutáveis.

Veja-se, por exemplo, as decorrências oriundas da regra da presunção de inocência, prevista no art. 5º, *caput*, inciso LVII, da CRFB/1988. Até no Supremo Tribunal Federal a questão é controvertida, mesmo existindo uma regra básica da hermenêutica constitucional, de que assim como não é possível emenda tendente a abolir ou reduzir direito ou garantia fundamental (art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988), também não pode haver interpretação que gere o mesmo efeito.

Com isso, identifica-se a necessidade de se conferir ajustes às práticas institucionais, para que se decida, de uma vez por todas, se a Constituição de 1988 é soberana ou não. Infelizmente, os processos legislativos e judiciais são incapazes de fornecer solução às necessidades presentes, pois seu tamanho e morosidade são

incompatíveis com a quantidade demandada e a celeridade exigida para minimamente dar conta do recado.

Nessa senda, há a urgência de se iniciar o debate e buscar alternativas, inclusive para que a Administração Pública possa exercer o controle de constitucionalidade. Ou melhor, esses fatores evidenciam a necessidade de se pensar alternativas para viabilizar esse exercício.

Conforme visto, na vigência da Constituição de 1824, o Poder Executivo assumiu à época a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade, mesmo sem amparo normativo, diante de uma necessidade presente naquele contexto. Aparentemente, o momento atual, considerado no bojo do Estado administrativo, induz que a tomada de decisões seja cada vez mais célere, apesar de mais complexa, o que pode ser representado pelo papel das agências reguladoras nos setores em que atuam.

Por fim, já há o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, em diversas searas distintas. É uma prática confirmada no plano da existência e que necessita de orientação, para que se evite a violação a direitos e garantias fundamentais. Certas balizas precisam ser consolidadas no âmbito institucional, objetivando, concomitantemente, permitir a atuação legal da Administração Pública e restringir essa mesma atuação.

Nesse sentido, até quem discorda com a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública no cenário dado atualmente constatou que somente será possível o exame de constitucionalidade mediante a criação de instrumentos que permitam o exame de conformidade constitucional, que no caso do Autor analisado, cinge-se à matéria tributária (FERREIRA, 2009, p. 28).

Com isso, exsurge a necessidade de se buscar soluções que tenham a ter condições, ao menos, de fomentar o debate e, quiçá, de incentivar as práticas institucionais, no sentido de culminar em uma ação concreta. Em razão das considerações expostas, faz-se necessária a apresentação da ideia de se constituir um procedimento administrativo próprio ao controle de constitucionalidade exercido pela Administração.

4.2.3 Procedimento administrativo específico para viabilizar a arguição de inconstitucionalidade

A criação de um procedimento, preferencialmente inscrito na Constituição de 1988 e depois regulado pelo legislador infraconstitucional, que preveja as etapas necessárias a garantir o respeito aos limites do Capítulo 3, considerando as informações do Capítulo 2 e a prática identificada no Capítulo 4, torna-se uma proposta que não é somente viável, mas sim desejável e exequível.

Com isso, longe de se pretender dar orientações normativas específicas neste momento, que podem e devem ser discutidas democraticamente em um ambiente apropriado, tem-se que a solução de todo o tema tratado neste trabalho se vincula à discussão sobre quem decide sobre quem realiza o controle de constitucionalidade, que na atualidade é o Parlamento brasileiro, assim como constata a necessidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade (e que já o exerce) e, por fim, a possibilidade de se construir um procedimento que seja suficiente para garantir os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a conclusão geral é que a Administração Pública brasileira necessita imediatamente da institucionalização de um procedimento que confira legalidade (em sentido amplo, mas preferencialmente na Constituição e, após, regulação infraconstitucional) para o exercício regular do controle de constitucionalidade, para, concomitantemente, permitir a prática dessa atividade necessária, ao passo em que se garante o respeito a todo o arcabouço normativo inserido em uma hierarquia organizada.

Assim, é necessário que algumas características centrais sejam observadas, dentre as quais: (i) a possibilidade do exercício do contraditório no bojo do mesmo procedimento, com a indicação dos legitimados, incluindo o destinatário da decisão; (ii) a disponibilização do trâmite processual nos meios e canais adequados, na maior diversidade possível; (iii) o efeito geral (*erga omnes*) das decisões no âmbito da Administração Pública do ente federado que profere a decisão; (iv) a indicação das autoridades legítimas para exercerem o controle; (v) a obrigatoriedade da participação do órgão jurídico do ente federado ou entidade; e (vi) a motivação adequada e acessível das decisões.

Por conseguinte, apesar de não ser um rol exaustivo das características necessárias para viabilizar um procedimento administrativo específico para a arguição de inconstitucionalidade no âmbito da Administração Pública, trata-se de balizas mínimas que esse procedimento precisa adotar. No mais, cabe ao Poder Público e à sociedade em geral a construção dialógica dessa ideia, que se mostrou necessária no tempo presente.

4.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Na primeira parte deste Capítulo, viu-se as formas existentes de exercício do controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública, as quais também foram identificadas na prática institucional, ao menos em sua maioria, o que demonstra a confirmação da hipótese.

À Administração Pública é dada a competência para exercer o controle de constitucionalidade dos próprios atos, através do regime jurídico da autotutela, o que corresponde ao controle interno de constitucionalidade dos atos internos, no qual não é permitida a convalidação, somente a anulação, quando constatada a inconstitucionalidade.

Outrossim, é possível que um ente federado decida sobre a constitucionalidade da lei de outro, desde que esteja em nível federativo inferior e que a decisão tenha efeito circunscrito à própria delimitação territorial. Por outro lado, é impossível que um ente realize o controle de constitucionalidade da lei do ente de mesmo nível, assim como os municípios não podem decidir sobre a constitucionalidade de lei de estado ao qual não pertença.

O Chefe do Poder Executivo pode exercer o controle de constitucionalidade através do veto e ppor determinação de descumprimento da lei que reputar inconstitucional. Em relação a este último, devem ser observados três requisitos: (i) necessidade de manifestação do órgão jurídico, em especial da Procuradoria-Geral; (ii) deve ser proferida mediante decreto autônomo e com efeitos gerais à Administração Pública do respectivo ente federado; e (iii) a lei deve ser manifestamente inconstitucional e/ou a decisão deve estar acompanhada da motivação adequada.

Ainda que bastante falho, o papel de controle de constitucionalidade da regulação setorial vem sendo exercitado incidentalmente pelo CADE. Apesar de exercer função judicante, a natureza de suas decisões é administrativa, as quais são passíveis de escrutínio judicial superveniente. Nessa senda, o CADE tem aplicado diretamente o texto constitucional, realizando a interpretação conforme a Constituição de 1988, assim como realiza o controle de constitucionalidade, podendo proferir as mesmas decisões de inconstitucionalidade que aquelas proferidas no controle judicial difuso.

Com relação aos precedentes judiciais, a Administração Pública tem o dever de aplicar os que têm vinculação externa ao Poder Judiciário, por ser destinatária direta e imediata do efeito vinculante. Os demais são de aplicação permitida, mas os precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário têm uma preferência na aplicação e os precedentes judiciais meramente persuasivos são de aplicação facultativa no âmbito administrativo.

No âmbito do processo administrativo fiscal, há proibição normativa de afastamento da aplicação de ato normativo por razões de inconstitucionalidade, assim como existem exceções. A possibilidade existe, mas encontra limites, como os princípios da segurança jurídica e da impessoalidade. Dentro das hipóteses legais e da aplicação dos precedentes, incluindo aqueles com aplicabilidade preferencial, o agente público tem um espectro de possibilidades de controle.

No que tange os órgãos superiores, é possível que os agentes públicos subordinados apresentem à autoridade hierarquicamente superior a sua avaliação sobre a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, de modo que esta possa provocar ou exercer o controle de constitucionalidade, harmonizando-se com a segurança jurídica.

Por outro lado, na segunda parte deste Capítulo, foram feitas algumas considerações acerca do que foi trabalhado em toda a pesquisa, concluindo que é necessária a institucionalização de um procedimento que confira legalidade (em sentido amplo, mas preferencialmente na Constituição e, após, por regulamentação infraconstitucional) para o exercício regular do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, para, concomitantemente, permitir a prática dessa atividade necessária, no mesmo tempo em que se garante o respeito a todo o arcabouço

normativo inserido em uma hierarquia organizada, com enfoque nos direitos e garantias fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Enquanto conclusões, tem-se que não se pode admitir que a supremacia constitucional e a força normativa da constituição sejam enunciados meramente performáticos, ornamentais, dentro de um Estado Democrático de Direito. O resultado desfavorável implica na subversão da ordem jurídica estabelecida e enfraquecimento da institucionalidade democrática, ao ponto de deixá-la tão fragilizada que se induza os anseios populares a buscarem por soluções autoritárias.

Com relação ao sistema de freios e contrapesos, desde que concebido como mais complexo, dinâmico, com a função de instituir mecanismos de controle de constitucionalidade, é inerente à separação de poderes. O desenho institucional presente nas constituições que se fundamentam na separação de poderes, necessária e naturalmente, precisa de medidas de controle de um poder sobre o outro.

Uma questão relevante é o papel ativo da Administração Pública no controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1824, de modo a preencher uma necessidade empírica e jurídica que surgiu a partir da ineficiência e omissão da Assembleia Geral, por mais que inconstitucional na forma, visto que objetivou uma necessidade presente.

Ao longo da história constitucional brasileira, ainda que se tenha adotado o controle judicial de constitucionalidade como regra, sempre houve, em maior ou menor grau, a competência dos demais poderes para defenderem a Constituição. Do mesmo modo, o veto, concebido ao menos desde Montesquieu, enquanto instrumento de controle de constitucionalidade, sempre foi de competência do chefe do Poder Executivo, o que evidencia que não há exclusividade do controle pelo Poder Judiciário.

Também há a previsão expressa na Constituição de 1988 da competência comum dos entes federados de zelarem pela guarda da Constituição (art. 23, caput, inciso I), do juramento da Presidência e Vice-Presidência de manterem, defenderem e cumprirem as normas constitucionais (art. 78, caput) e do veto por razões de inconstitucionalidade (art. 66, § 1º).

Da mesma forma, o compromisso exigido pelo art. 78, caput, da CRFB/1988 na posse do Presidente e Vice-Presidente da República em sessão do Congresso Nacional, que devem se obrigar a “manter, defender e cumprir a Constituição”, reforça a ideia de que a Administração Pública (cujo cargo de maior hierarquia federal tem o

dever irrenunciável de prestar compromisso com a Constituição) tem o dever de zelar pela guarda da Constituição e, assim, de exercer o controle de constitucionalidade.

Desse modo, na ordem constitucional vigente, o Poder Judiciário não detém a exclusividade da interpretação ou do controle de constitucionalidade, apesar de ser, efetivamente, o responsável pela jurisdição constitucional, fornecendo a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição, sobre a qual, inevitavelmente, a Administração Pública deve observância.

Outrossim, viu-se que as competências administrativas são a expressão mais adequada para se referir às prerrogativas/poderes concedidas aos agentes públicos, em nome do Estado, com a finalidade de concretizar os objetivos constitucionais e legais. Isso porque as competências administrativas, instituídas pelas normas jurídicas, têm natureza de poder e de dever, concomitantemente.

Ainda que as diferenças sejam substantivas, tanto nos níveis (federal, estadual, distrital e municipal) como nos pares (entre estados e entre municípios), a legitimidade se aplica a todos os entes federados. Todos são legítimos no sentido de deterem legitimidade para interpretar a Constituição de 1988 e para exercer o controle de constitucionalidade. Por conseguinte, a questão relacionada às diferenças dos níveis ou aos pares federativos não têm a capacidade de infirmar as conclusões adotadas.

Verificou-se a configuração de um Estado administrativo no Brasil, em que a lei é melhor entendida, do ponto de vista interno, como envolvida em um processo contínuo de equilibrar preocupações concorrentes, inclusive de ordem não normativa.

Assim, o Estado administrativo requer ajustes contínuos rápidos em questões políticas complexas, ajustes que os processos legislativos e judiciais são incapazes de fornecer. O principal motor de ajuste é a delegação ao Executivo, que se vincular por meio de mecanismos institucionais que gerem credibilidade, totalmente viável em relação ao controle de constitucionalidade.

Por outro lado, o princípio da legalidade, inclusive na sua vertente administrativa, manteve a exigência de se respeitar as leis formais ou em sentido estrito, mas incorporou em seu conteúdo a obediência à supremacia da Constituição e ao sistema organizado e hierárquico de normas – o que, ao invés de ilidir, fundamenta a possibilidade de a Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade.

De outra forma, o devido processo legal orienta para um problema, qual seja: deve-se garantir que os administrados e a Administração possam arguir a inconstitucionalidade de um ato do Poder Público no bojo do processo administrativo, como concretização do devido processo legal, ao mesmo tempo em que se deve possibilitar que seja oportunizada a defesa da constitucionalidade do ato no mesmo processo, sob pena de incorrer em violação às garantias decorrentes do mesmo princípio.

A partir disso, o grande desafio que o devido processo legal impõe ao controle de constitucionalidade no âmbito da Administração Pública é a equalização entre as duas conclusões do problema, viabilizando a arguição de inconstitucionalidade de um ato estatal no âmbito do processo administrativo e, concomitantemente, possibilitando a defesa da constitucionalidade na mesma instância.

Ademais, o princípio da transparência orienta para a utilização de linguagem acessível e a divulgação nos canais adequados a conferirem o amplo acesso pela sociedade, inclusive e principalmente da motivação das decisões, com o objetivo de tornar as informações acessíveis e possibilitar o controle social efetivo.

Uma característica peculiar ao princípio da impessoalidade e que interfere no controle de constitucionalidade pela Administração Pública é a impossibilidade do exercício do controle de constitucionalidade em decisões com efeito entre as partes (*inter partes*), em face da independência funcional dos órgãos decisórios em relação aos seus pares.

Com relação à segurança jurídica, não há óbice substantivo. A existência de decisões conflitantes não é fundamento suficiente para ilidir o controle. Da mesma forma que a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, é um limite que não configura prejuízo à prerrogativa do Poder Judiciário de ser o último a dizer sobre a constitucionalidade dos atos estatais, tendo em vista a capacidade de reverter a decisão administrativa ou impedir que uma decisão seja tomada pela Administração Pública.

De modo diverso, o mérito administrativo, os critérios de conveniência e oportunidade e a discricionariedade administrativa não justificam o impedimento ao controle de constitucionalidade, visto que não excluem da apreciação judicial os atos proferidos sobre controle de constitucionalidade, assim como a fundamentação

necessariamente engloba argumentos jurídicos, em que a discricionariedade fica reduzida ou até suprimida.

Com relação ao Capítulo subsequente, verificou-se que é possível que um ente federado decida sobre a constitucionalidade da lei de outro, desde que esteja em nível federativo inferior e que a decisão tenha efeito circunscrito à delimitação territorial, com a necessidade de se padronizar o entendimento no âmbito da Administração Pública que praticou o ato decisório. O Chefe do Poder Executivo do ente federado também pode exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, mediante a utilização do veto, diante da inconstitucionalidade de projeto de lei, ou por decreto autônomo, caso repute a lei como inconstitucional, desde que seja devidamente fundamentado e mediante manifestação expressa da Procuradoria-Geral, prática já identificada na atualidade.

O CADE pode, com atenção à especificação legal da imunidade concorrencial e à supervisão ativa pelo regulador setorial, aferir se a regulação cumpre ou não a sua função de implementar uma política pública e se há a fiscalização ativa.

Com relação aos precedentes judiciais com vinculação externa ao Poder Judiciário, a administração Pública é obrigada a adotá-los, por ser destinatária direta e imediata do efeito vinculante. deve aplicar: (i) as decisões transitadas em julgado, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CRFB/1988); e (ii) as súmulas vinculantes (art. 103-A, caput, da CRFB/1988; e art. 2º da Lei n. 11.417/2006).

Já os precedentes judiciais que a Administração Pública tem a permissão de aplicar no controle interno de constitucionalidade, são os precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário e os precedentes judiciais meramente persuasivos.

Ela também pode aplicar os demais precedentes judiciais persuasivos que versarem sobre questão constitucional, cujo exemplo paradigmático é encontrado nas decisões de mérito transitadas em julgado, proferidas nos autos de recursos extraordinários.

Ademais, há uma preferência da aplicação dos precedentes judiciais com vinculação interna ao Poder Judiciário pela Administração Pública, previstos no art.

927 do CPC/2015, os quais têm o condão de direcionar a atividade administrativa para a sua adoção.

Em outra instância, no âmbito do processo administrativo fiscal, há proibição normativa de afastamento da aplicação de ato normativo por razões de inconstitucionalidade, assim como existem exceções expressamente previstas. A possibilidade existe, mas enfrenta obstáculos robustos, como os princípios da segurança jurídica e da impessoalidade. O que se verificou é que, dentro das hipóteses legais e da aplicação dos precedentes, incluindo aqueles com aplicabilidade preferencial, o agente público tem um espectro de possibilidades de ação.

Existe a possibilidade de os órgãos hierarquicamente superiores das agências reguladoras exercerem o controle de constitucionalidade. Havendo correspondência na prática institucional, há de se pensar na possibilidade de se conferir igual prerrogativa aos órgãos hierarquicamente superiores de outras entidades da Administração Pública indireta, para equilibrar a igualdade institucional.

Por fim, a conclusão geral é que a Administração Pública brasileira necessita imediatamente da institucionalização de um procedimento que confira legalidade para o exercício regular do controle de constitucionalidade, permitindo que a atividade, necessária à consecução das finalidades públicas, possa conviver com a manutenção dos direitos e garantias fundamentais, desde que respeitadas certas características essenciais.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. reimp. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 174, abr./jun. 2007, p. 15-24. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/140960>. Acesso em: 18 jan. 2023.

ARIGONY, Alexandre Foch. *A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do poder. *Revista de Informação Legislativa*, v. 22, n. 86, p. 13-28, abr./jun. 1985. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181611>. Acesso em: 18 jan. 2023.

BARCHET, Gustavo. *Direito Administrativo: teoria e questões com gabarito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov.

2018. ISSN 2238-5177, p. 203-224. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 20 set. 2022.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara n. 28, de 2015*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120904>. Acesso em: 6 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 159, de 2019*. Altera o art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal e revoga a Emenda Constitucional nº 88, de 2015, (PEC da Bengala), e o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para fixar em 70 anos a idade para aposentadoria compulsória dos servidores públicos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=222387>. Acesso em: 06 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 6 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno*, estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989 e atualizado até a Resolução n. 12, de 2019. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados. Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros*, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Entenda a tramitação do veto*. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/entenda-a-tramitacao-do-veto>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei Orçamentária Anual para 2023 – PLN 32/2022*. Informativo de setembro de 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/informativo-conjunto-ploa23>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 fev. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972*. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jan. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965*. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 88, 7 de maio de 2015*. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 125, de 14 de julho de 2022. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 16, de 12 de agosto de 1835*. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Imperio, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 105, de 12 de maio de 1840*. Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1095*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006*. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. *Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008*. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 11.697, de 13 de junho de 2008*. Dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e revoga as Leis nºs 6.750, de 10 de dezembro de 1979, 8.185, de 14 de maio de 1991, 8.407, de 10 de janeiro de 1992, e 10.801, de 10 de dezembro de 2003, exceto na parte em que instituíram e regularam o funcionamento dos serviços notariais e de registro no Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº

9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei Complementar n. 152, de 3 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 263, de 21 de julho de 2015*. Veta integralmente o Projeto de Lei da Câmara n. 28/2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VET/VET-263.htm.

Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CRJ/nº492/2010*. FORÇA - PERSUASIVA OU VINCULANTE - DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STF/STJ. DESTINO DOS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA DECISÕES FUNDADAS NESSES PRECEDENTES. APRESENTAÇÃO, OU NÃO, PELA PGFN, DE RECURSO E DE CONTESTAÇÃO. RAZÕES DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. REQUISITOS. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/atos-da-pgfn-1/pareceres-da-pgfn-aprovados-pelo-ministro-da-fazenda/2010/Parecer%20PGFN%20CRJ%20N%20492_2010.pdf. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno*, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970. Texto baseado na versão consolidada pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, publicada no Suplemento E da edição de 22.12.2018 do Diário do Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno#/>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 2.635, de 2022*. Dispõe sobre a aposentadoria compulsória, por idade, dos empregados dos consórcios públicos, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas subsidiárias, nos termos do § 16 do art. 201 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154905>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015*. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-349-2015>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 23.121 – Goiás*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 7 de outubro de 1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 7 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.744 – Espírito Santo*. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n. 1.415 – Sergipe*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões monocráticas, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança n. 26.739 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 1º de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança n. 27.744 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 de abril de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221 – Distrito Federal*. Relator: Moreira Alves. Pesquisa de

Jurisprudência, Acórdãos, 29 de março de 1990. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 25.888 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 de março de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 34.070 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 34.071 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.298 – Tocantins*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 199.293 – São Paulo*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 de agosto de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 592.377 – Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Com Agravo n. 1.387.202 – Goiás*. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões monocráticas, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 1.224.374 – Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 27 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 980 – São Paulo*. Relator: Ministro Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 de novembro de 1979. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 7 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 347*. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Aprovada na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963. Publicada em 1964. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 7 set. 2022.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2017.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006;

CÂMARA. Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil: vol. 1*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CASSOLI, Marcela Maria Marques. O princípio da autotutela da Administração Pública à luz das súmulas 346 e 473 do STF com ênfase nos princípios do contraditório e da ampla defesa. *Revista Justiça do Direito*, n. 27(2), p. 411-427. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4680>. Acesso em: 9 jan. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Gabriela. Se fosse hoje, teria dúvidas sobre vetar nomeação de Lula na Casa Civil, diz Gilmar. *Revista Consultor Jurídico*, 7 outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/fosse-hoje-teria-duvidas-vetar-nomeacao-lula-gilmar>. Acesso em: 20 jan. 2023.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. in Enciclopédia jurídica da PUC/SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: PUC/SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 21 jan. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 108, p. 47-63. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36520>. Acesso em: 7 jan. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 2 fev. 2023

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Constrole de constitucionalidade: teoria e prática*. 4 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2012.

CYRINO, André Rodrigues. Parecer n. 01/2011-ARC. Controle de Constitucionalidade. Descumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Atribuição do Governador do Estado. Enunciado n. 3-PGE. Revisão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 67, 2013, p. 311-323. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA4Nw%2C%2C>. Acesso em: 2 fev. 2023.

DAVID, Priscila Abreu. *Interpretação e Hermenêutica Constitucional*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, Curso de Controle de Constitucionalidade, p. 190-193, 2011, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_190.pdf. Acesso em: 22 jan. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Migalhas*, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 17 jan. 2023.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Orgânica do Distrito Federal*. Atualizada até a Emenda à Lei Orgânica n. 129/2023. Disponível em: <https://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-215!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>. Acesso em: 10 mar. 2023.

ESTADO DE SANTA CATARINA. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1989, publicado no Diário da Constituinte nº 039-A, nova edição com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 01, de 1999 a 78, de 2020. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/legislacao>. Acesso em: 24 set. 2020.

ESTADO DE SANTA CATARINA. *Lei Complementar n. 465, de 3 de dezembro de 2009*. Cria o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Santa Catarina e estabelece outras providências. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/legislacao>. Acesso em: 24 jan. 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei n. 13.457, de 18 de março de 2009*. Dispõe sobre o processo administrativo tributário, decorrente de lançamento de ofício e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/pesquisa-legislacao/>. Acesso em: 24 jan. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Amendment V*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 8 jan. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Amendment XIV*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 8 jan. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States of 1789*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 8 mai. 2022.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. *Revista do TCU*, n. 111, jan./abr. 2008. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/sumula-stf-n-347-uma-nova-abordagem-sobre-a-competencia-do-tcu-para-apreciar-a-constitucionalidade-de-leis-e-atos-normativos-do-poder-publico.htm>. Acesso em: 2 fev. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERREIRA, Abel Henrique. Análise da constitucionalidade e legalidade da legislação tributária no processo administrativo tributário. *Revista da FESDT*. Porto Alegre, n. 3, p. 11-29, jan./jun. 2009.

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado Administração. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 30, p. 217-238, abr/jun./ 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/529>. Acesso em: 13 set. 2020.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 83-98, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p83. Acesso em: 06 jan. 2023.

HÄBERLE, PETER. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. *Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 13 set. 2020.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Apresentação de Isaac Kramnick. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Panorama*. Número de municípios existentes no Brasil. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 23 jan. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Brasil: total de vínculos por Poder e nível federativo (1985-2019)*. Atlas do Estado Brasileiro. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/consulta/85>. Acesso em: 20 fev. 2023.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177, p. 63-92. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 20 set. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1.º de outubro de 1920. *in* KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 3-46.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUSTER, Roberto Baumgarten. O controle de constitucionalidade desempenhado pela Administração Pública no processo administrativo fiscal: (im)possibilidade de exercício. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 3, n. 1, p. 235-253, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública Federal e os precedentes do STF. *Revista de Processo*, vol. 214, ano 37, p. 199-215. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2012.

LIMA, Cristiane Cunha Pitta; BRANDÃO, Pamela de Medeiros. Transparência no Campo da Administração Pública: Um Estudo na Produção Científica dos Programas de Pós-Graduação Brasileiros. *Revista da CGU*, v. 12, n. 21, p. 64-79 jan./jun. 2020. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/83. Acesso em: 14 jan. 2023.

LOPES, Camila Novaes. *Controle de constitucionalidade (princípios norteadores)*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, Curso de Controle de Constitucionalidade, p.

53-58, 2011, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf. Acesso em: 22 jan. 2023.

MACERA, Paulo Henrique. Direito administrativo inclusivo e princípio da isonomia: critérios para o estabelecimento de uma discriminação positiva inclusiva constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 271, p. 143-191, jan./abr., 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60764>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MALUF, André Luiz. Barcellos, Renato. Prerrogativa do chefe do Executivo de não aplicar lei inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de janeiro de 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/prerrogativa-chefe-executivo-nao-aplicar-lei-inconstitucional#_ftn2. Acesso em: 20 jan. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. A Administração Pública pode realizar controle de constitucionalidade? *Revista Internacional de Direito Público (RIPD)*, v. 9, p. 9-27, jul./dez. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: Considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE nº 122.202. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 35, 1995, p. 283-297. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1486>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MESQUITA, Gil Ferreira. O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92748>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo I, arts. 1º-45. Rio de Janeiro: Forense; Brasília, 1973.

MOHN, Paulo Fernando. A repartição de competências na constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198704>. Acesso em: 28 jan. 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann. PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. *Lei Complementar n. 7/1997*. Consolidação das leis tributárias (Código Tributário) e suas alterações. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/codigo-tributario-florianopolis-sc>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. *Lei Complementar n. 574, de 20 de julho de 2016*. Cria o tribunal administrativo tributário do município de Florianópolis, institui o programa de racionalização da cobrança da dívida ativa do município de Florianópolis, autoriza o município de Florianópolis a participar do consórcio de informática na gestão pública municipal (CIGA), altera os arts. 60, 78, os incisos i e ii do art. 92 e os arts. 182, 183, 184, 185 e 186, acrescenta capítulo v-a da cobrança da dívida ativa e

altera os arts. 187, 188, 189, 190, 240, 244, 473 e 479 da Lei Complementar n. 007, de 1997, acrescenta os arts. 189-a, 190-a, 190-b, 190-c, 190-d, 190-e, 190-f e 190-g à Lei Complementar n. 007, de 1997, acrescenta o parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 7083, de 2006, revoga o § 2º do art. 78, os §§ 1º e 2º do art. 123, os arts. 132 a 158, 163, 243, inciso iv do art. 320, arts. 471 e 472 da Lei Complementar n. 007, de 1997; o art. 7º da Lei Complementar n. 056, de 2000, o art. 12 da Lei Complementar nº 217, de 2006 e a Lei nº 5934, de 2001 e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-complementar/2016/57/574/lei-complementar-n-574-2016-cria-o-tribunal-administrativo-tributario-do-municipio-de-florianopolis-institui-o-programa-de-racionalizacao-da-cobranca-da-divida-ativa-do-municipio-de-florianopolis-autoriza-o-municipio-de-florianopolis-a-participar-do-consorcio-de-informatica-na-gestao-publica-municipal-ciga-altera-os-arts-60-78-os-incisos-i-e-ii-do-art-92-e-os-arts-182-183-184-185-e-186-acrescenta-capitulo-v-a-da-cobranca-da-divida-ativa-e-altera-os-arts-187-188-189-190-240-244-473-e-479-da-lei-complementar-n-007-de-1997-acrescenta-os-arts-189-a-190-a-190-b-190-c-190-d-190-e-190-f-e-190-g-a-lei-complementar-n-007-de-1997-acrescenta-o-paragrafo-unico-ao-art-2-da-lei-n-7083-de-2006-revoga-o-2-do-art-78-os-1-e-2-do-art-123-os-arts-132-a-158-163-243-inciso-iv-do-art-320-arts-471-e-472-da-lei-complementar-n-007-de-1997-o-art-7-da-lei-complementar-n-056-de-2000-o-art-12-da-lei-complementar-n-217-de-2006-e-a-lei-n-5934-de-2001-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Lei n. 14.107, de 12 de dezembro de 2005*. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e cria o Conselho Municipal de Tributos. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14107-de-12-de-dezembro-de-2005>. Acesso em: 23 jan. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Processo civil democrático, contraditório e novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 252, fev. 2016, teoria geral do processo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec

a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.01.PDF. Acesso em: 22 mar. 2023.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo Emanuelli. Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo da otimização: um estudo crítico do REsp 19392 PI – o caso da fraude à “cota de gênero”. in OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; DUTRA, Delamar Volpato; Argemiro Cardoso Moreira Martins (Org.). *Ensaio sobre constitucionalismo político*. Vol. 1. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 219-240.

OLIVEIRA, Weber Luiz. *Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. vol. I. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 46, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14975>. Acesso em: 23 jan. 2023.

RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: limites e possibilidades de aplicação à realidade constitucional brasileira. *Revista Sequência*, n. 60, p. 257-274, jul. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p257/15073> . Acesso em: 22 out. 2022.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIO DE JANEIRO. *Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro*. Atualizada até 18/11/2022. Disponível em: <http://www.camara.rio/atividade-parlamentar/legislacao/lei-organica-do-municipio>. Acesso em: 10 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 0058153-02.2015.8.19.0000*, Rio de Janeiro. Relatora: Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 23 de maio de 2016. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1>. 19.0. Acesso em: 10 jan. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso de Apelação no Mandado de Segurança n. 0012999-71.2015.8.19.0028*, Rio de Janeiro. Relator: Mário Assis Gonçalves. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 7 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1>. 19.0. Acesso em: 10 jan. 2023.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. *O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 123, p. 615-654. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/937>. Acesso em: 22 fev. 2023.

SANTA CATARINA. *Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989*. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em: 19 out. 2021.

SÃO PAULO. *Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 19 out. 2021.

SANTA LUZIA. Prefeitura Municipal. *Decreto n. 3.487, de 11 de novembro de 2019*. Decreta a não obrigação de cumprimento do disposto no inciso XXII do art. 40 e no inciso XXXIII do art. 71, ambos da Lei Orgânica do Município de Santa Luzia, de 01 de setembro de 2000, por motivo de inconstitucionalidade. Disponível em: <https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/wp-content/uploads/2019/11/3.487-Decreta-a->

n%C3%A3o-obriga%C3%A7%C3%A3o-de-cumprimento-do-disposto-no-inciso-XXII-do-art.-40-e-no-inciso-XXXIII-do-art.-71-ambos-da-Lei-Org%C3%A2nica-do-Munic%C3%ADpio-de-Santa-Luzia-de-01-de-s.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

SANTOS, Luiz Guilherme Vieira dos. *A proporcionalidade como elemento de validade dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária da Administração Pública*. Monografia (Graduação) – Faculdade CESUSC. Florianópolis, 2017.

SANTOS, Manoela Oliveira. *A apreciação da inconstitucionalidade da lei no processo administrativo fiscal*. Monografia (Dissertação) – Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2013.

SANTOS, Welder Queiros dos. MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 3, p. 93-120, set./dez. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85149>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*. a.1, n. 2, pp. 93-101, abr/jun. 1999.

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

SILVEIRA, Andre Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 109-146, dez. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72994/71620>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. *in* PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: Desafios de uma sociedade democrática*. p. 7-8, Senado Federal, Brasília, 2015.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. *Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil*. 2. ed., atual. São Paulo: Blucher, 2019.

TAUFICK, Roberto Domingos. Controle administrativo difuso de constitucionalidade em matéria concorrencial. *In* RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Org.) *Trinta anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. Livro 2. São Paulo, 2018, p. 61-73. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3376350. Acesso em: 11 jan. 2023.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Revisão dos conceitos de autoridade, autorização, permissão, direito subjetivo e norma jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, pp. 109-129, 1977.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Execução forçada, processos nos tribunais e direito intertemporal – vol. III*. 47. ed. rev. atual. e ampl. Versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Michell Laureano. A divisão da competência legislativa entre os entes federados. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 6 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39639/a-divisao-da-competencia-legislativa-entre-os-entes-federados>. Acesso em: 2 fev. 2023.

VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric Andrew. *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Oxford University Press: New York, 2010.

VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Harvard University Press: Cambridge, 2016.

VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. Cambridge University Press: New York, 2014.

VIANA, Nildo. Quem tem Medo da Utopia? *Blog Informe e Crítica*, nov. 2014. Publicado originalmente em Revista Brasil Revolucionário, ano 2, n. 7, dez. 1990. Disponível em: <https://informecritica.blogspot.com/2014/11/quem-tem-medo-da-utopia.html>. Acesso em: 03/01/2023.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/388>. Acesso em: 28 jan. 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 124, p. 179-184, out./dez. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176273>. Acesso em: 18 jan. 2023.

7 ANEXO A – INFORMATIVO SOBRE O PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL PARA 2023

Este anexo contém o Informativo do Projeto de Lei Orçamentária Anual para 2023, relativo ao mês de setembro de 2022. O Informativo foi extraído de: CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei Orçamentária Anual para 2023 – PLN 32/2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/informativo-conjunto-ploa23>. O mesmo material pode ser acessado por meio do *QRCode* abaixo:



8 ANEXO B – DECRETO MUNICIPAL N. 3.487/2019, DE SANTA LUZIA, MINAS GERAIS

Este anexo apresenta o Decreto Municipal n. 3.487, de 11 de novembro de 2019, o qual dispõe sobre a não obrigação de cumprimento do disposto no inciso XXII do art. 40 e no inciso XXXIII do art. 71, ambos da Lei Orgânica do Município de Santa Luzia, de 01 de setembro de 2000, por motivo de inconstitucionalidade. Para acessar a íntegra do Decreto, utilize o *QRCode* abaixo, também disponível pelo link: <https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/wp-content/uploads/2019/11/3.487-Decreta-a-n%C3%A3o-obriga%C3%A7%C3%A3o-de-cumprimento-do-disposto-no-inciso-XXII-do-art.-40-e-no-inciso-XXXIII-do-art.-71-ambos-da-Lei-Org%C3%A2nica-do-Munic%C3%ADpio-de-Santa-Luzia-de-01-de-s.pdf>.



9 ANEXO C – PARECER PGFN N. 492/2010

A íntegra do Parecer PGFN n. 492/2010 pode ser acessada pelo *QRCode* abaixo ou pelo link: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/atos-da-pgfn-1/pareceres-da-pgfn-aprovados-pelo-ministro-da-fazenda/2010/Parecer%20PGFN%20CRJ%20N%20492_2010.pdf.



10 ANEXO D – PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS DE 2018

Este anexo apresenta o relatório “Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros”, o qual busca identificar quem são os magistrados brasileiros em termos de suas características demográficas, sociais e profissionais.

O relatório foi produzido pelo Conselho Nacional de Justiça e está disponível no link: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. É possível acessá-lo, também, por meio do *QRCode* abaixo:

