

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 182  
Abril/junho – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos

Contornos, limites e superação pela teoria dos princípios

Manoel Adam Lacayo Valente

## Sumário

1. Introdução. 2. A teoria do abuso de poder: aspectos históricos, doutrinários, jurisprudenciais e legais. 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. Formulação doutrinária do abuso de poder no Brasil. 2.3. Uso do poder. 2.4. Abuso de poder. 2.5. Excesso de poder. 2.6. Desvio de poder. 2.7. Comprovação do desvio de poder. 2.8. O desvio de poder na jurisprudência nacional. 2.9. O desvio de poder na legislação brasileira. 2.10. Declínio da teoria do desvio de poder. 2.11. Limites materiais da aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle de atos legislativos. 3. A consolidação de um novo paradigma de direito pós-positivista: o primado da principiologia constitucional e dos direitos fundamentais. 3.1. Considerações sobre o pós-positivismo. 3.2. A consolidação da teoria dos princípios. 3.3. As contribuições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. 3.4. Distinções entre as teorias de Dworkin e de Alexy. 3.5. Para que servem os princípios. 3.6. Princípios e suas espécies. 3.7. O controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis pela aplicação do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade. 3.8. A superação da teoria do desvio de poder pela teoria dos princípios. 4. Conclusão.

Manoel Adam Lacayo Valente é Bacharel em Direito e em Comunicação Social, Especialista em Processo Legislativo e Mestre em Sociologia ambos pela Universidade de Brasília, Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e Advogado.

## 1. Introdução

A história do Direito Administrativo apresenta íntima correlação com a história política das nações, com a evolução das

formas de governo. Em termos sintéticos, seria possível afirmar que o Direito Administrativo surge no crepúsculo das monarquias absolutistas, sedimenta-se com a formação dos Estados republicanos tradicionais e passa a ser reformulado nas modernas democracias que acolhem os direitos fundamentais como pressupostos essenciais da atuação estatal.

Na perspectiva da evolução histórica, o Direito Administrativo consolidou-se, com destaque para a contribuição francesa, como importante instrumento de controle do arbítrio estatal e de defesa das liberdades públicas, principalmente após a sua constitucionalização e o fortalecimento da principiologia constitucional.<sup>1</sup>

Com efeito, a forte atuação do Conselho de Estado francês, na correição de ações da Administração Pública, firmou relevante jurisprudência, que serviu de base para formação de inúmeros institutos jurídicos que integram o corpo doutrinário do Direito Administrativo atual.

Nesse contexto de formulação jurisprudencial foi que surgiu a doutrina do abuso de poder (*Détournement de Pouvoir*), como manifestação jurídica contrária aos atos abusivos praticados por agentes da Administração Pública.

Neste trabalho, o enfoque principal incide sobre o desvio de poder no uso das competências próprias do Legislativo. Ressaltamos, entretanto, a validade da argumentação apresentada tanto para o Poder Executivo como para o Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à edição de atos administrativos.

Na perspectiva metodológica, optamos por contextualizar a teoria do abuso de poder, antes de adentrar no plano de sua aplicação ao objeto de estudo selecionado.

<sup>1</sup> Sobre o caráter autoritário e não garantístico, presente na formação do Direito Administrativo, vejam-se: CHEVALLIER, 1988, p. 57-70; PASTOR, 2000; OTERO, 2001, 2003; BINENBOJM, 2006.

## 2. A teoria do abuso de poder: aspectos históricos, doutrinários, jurisprudenciais e legais

### 2.1. Antecedentes históricos

A teoria do abuso de poder tem sua origem na França, com o fortalecimento do princípio da separação dos Poderes e a criação da jurisdição administrativa no âmbito do Poder Executivo.

A criação do Conselho de Estado, como órgão superior da jurisdição administrativa francesa, representa marco histórico significativo na história do Direito Administrativo, pois, em decorrência da atuação independente desse órgão, foi possível consolidar ampla jurisprudência que veio a servir de base à construção do próprio Direito Administrativo (CRETILLA JÚNIOR, 1964, p. 73).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 4), comentando a importância do Conselho de Estado para formação do Direito Administrativo, tece as seguintes considerações:

“É inegável a contribuição do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo.

Costuma-se indicar, como termo inicial do nascimento do Direito Administrativo, a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França.

Mas foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o Direito Administrativo.

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel, 1964:60).

Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos ‘as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem’.”

Foi na jurisprudência do Conselho de Estado que a teoria do abuso de poder ganhou seus contornos, tendo como referência histórica o denominado caso *Lesbats*, decidido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 112), em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, apresenta a seguinte descrição do caso *Lesbats*:

“85. No caso *Lesbats*, o Prefeito de Fontainebleau, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Co-

nhecendo do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, afirmando que houve *détournement de pouvoir*, porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local (cf. Sirey, Refonte, t. 9, III, p. 46, decisão de 25.2.1864).”

## 2.2. Formulação doutrinária do abuso de poder no Brasil

Quanto à dimensão teórica, a teoria do abuso de poder francesa apresenta diferença em relação à doutrina brasileira sobre a matéria.

Para a doutrina administrativista brasileira, a noção de abuso de poder deve ser tomada em sentido genérico, compreendendo as espécies jurídicas do excesso de poder e do desvio de poder.

A doutrina do Conselho de Estado francês, em sua origem, não conferiu conteúdo singular para o excesso de poder e para o desvio de poder (FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 212).

No Brasil, os doutrinadores do Direito Administrativo adotaram, em sua maioria, sistemática explicativa quase uniforme para comentar a teoria do abuso de poder. A sistemática doutrinária nacional engloba considerações sobre os seguintes elementos:

- Uso do poder pelo administrador público.
- Abuso de poder pelo administrador público.
- Excesso de poder pelo administrador público.
- Desvio de poder pelo administrador público.

## 2.3. Uso do poder

Com relação ao uso do poder, é preciso ter em conta que o exercício da autoridade estatal é atribuído ao agente público para desempenho de funções que se correlacionam com interesses públicos da coletividade e

não para satisfação caprichosa de interesses privados ou pessoais. A gestão da coisa pública impõe ao delegado da Administração observância da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e, sobretudo, da finalidade da sua atuação, que deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade e pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

A Administração Pública não pertence aos governantes momentâneos e nem pode ser conduzida ao livre talante dos agentes que a integram. Ao contrário, o uso regular do poder público fundamenta-se na compreensão de que a coisa pública pertence a toda coletividade e, por consequência, em seu benefício é que deve ser exercido (MELLO, 1988).

Consoante as palavras de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 111-112), “o poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público”.

#### 2.4. *Abuso de poder*

O abuso de poder consiste na exorbitância da autoridade conferida ao agente público e se manifesta no excesso de poder, pela ultrapassagem dos limites legais, e no desvio de poder, pela consecução de finalidades discrepantes daquelas almejadas pela norma concessiva da competência.

O abuso de poder exterioriza o transbordamento da autoridade além dos limites legais, destoando da diretriz de razoabilidade e maculando a legitimidade das ações praticadas pelo agente público.

#### 2.5. *Excesso de poder*

O excesso de poder, como uma das espécies do gênero abuso de poder, concretiza-se quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e

exorbita de suas faculdades administrativas (MEIRELLES, 2008, p. 114).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1980, p. 215-216), comentando a espécie do excesso de poder, faz as seguintes considerações:

“No excesso a Administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas.

Haverá excesso, não desvio, quando o ato administrativo ultrapassa dos limites legais ou provoca efeitos além dos normalmente previstos na finalidade imposta ao ato pela lei. O problema aqui não é de fim diverso, mas de alcance excessivo na finalidade.”

Em síntese, no excesso de poder, o agente público excede-se nas medidas adotadas, ampliando, para além do previsto na lei, a finalidade a ser alcançada.

#### 2.6. *Desvio de poder*

Ocorre desvio de poder quando o agente público, embora competente para a prática do ato, faz uso da sua autoridade para atingir finalidade diversa daquela que a lei preceituara. Desvio de poder é, pois, o desvio do poder discricionário. É o afastamento da finalidade do ato (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 185).

No desvio de poder, o que ocorre é uma troca dissimulada da finalidade prevista na lei por outra, aparentemente compatível, mas que não traduz o verdadeiro sentido ético e social desejado pelo legislador.

No desvio de poder, segundo Cretella Júnior (1978, p. 186), a autoridade disfarça os motivos verdadeiros do ato praticado e apresenta, para encobri-los, pretexto legal para justificar a prática do ato.

O magistério de Hely Lopes Meirelles (2008 p. 114), a seguir transcrito, sintetiza com precisão a figura do desvio de poder:

“O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei,

ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação; ou, ainda, quando adquire tipo de veículo com características incompatíveis com a natureza do serviço a que se destinava.”

O desvio de poder é praticado sob a “máscara da legalidade”, segundo palavras de Cretella Júnior (1978, p. 186), procurando a autoridade pública dissimular o endereço real do ato praticado.

### 2.7. *Comprovação do desvio de poder*

Em acordo com a doutrina, a comprovação do desvio de poder não se demonstra fácil, pois o ato praticado apresenta-se, em regra, como lícito em sua finalidade, traduzindo um pretense interesse público, mas, na verdade, veicula regra desviada desse interesse.

Situação que melhor exemplifica a dissimulação do ato desviado de finalidade é a da desapropriação de imóveis. Nessa circunstância, é possível termos ato desapropriante, travestido de interesse social, desviado da regra de competência conferida ao agente público, para atingir interesses outros que não os públicos, como uma retaliação política ou uma vingança pessoal. Entretanto, como a referida desapropriação exemplificativa atinge um conjunto de imóveis, a comprovação do

desvio de finalidade, que se dirigia a um único endereço, demonstra-se difícil de ser caracterizada de forma evidente.

Situações como a descrita anteriormente colocam em xeque a eficácia plena da teoria do desvio de poder como instrumento de controle dos atos administrativos. Com efeito, na situação apontada, o controle da legalidade das desapropriações feitas seria mais plausível pela aplicação da teoria principiológica, tendo como parâmetros de aferição o princípio da razoabilidade ou o postulado da proporcionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 964) afirma que, para caracterizar a postura do desvio de poder, é prescindível que exista uma verdadeira antinomia, uma antítese, entre a finalidade da lei e a do ato praticado, bastando o singelo desacordo entre ambos. Entretanto, nem sempre esse desacordo apresenta-se claramente para caracterização inquestionável do desvio de poder, como, por exemplo, na situação das desapropriações.

O professor Cretella Júnior (1978, p. 186), profundo conhecedor do tema e autor da obra “Do Desvio de Poder”, publicada em 1964, comenta, da seguinte forma, a dificuldade de provar-se o desvio de poder:

“É difícil fazer-se a prova do desvio de poder. Esta prova, direta, deve encontrar-se na documentação que figura no expediente administrativo, ou que se incorpora ao expediente jurídico. Também se admite a prova testemunhal, assim como a prova indiciária, mas apreciando-as com critério restritivo e exigindo-se que as presunções sejam graves, concordes e precisas. É fácil compreender que, quando o administrador usa poderes discricionários de que é detentor para fim nefando, inconfessável, para fim incompatível com o interesse público, não seria ingênuo em confessá-lo ou em deixar vestígios palpáveis de sua conduta. Disfarça, então, os motivos verdadeiros do ato praticado e apre-

senta oficialmente o pretexto legal. Trata-se pois de desmascarar o embuste, o que nem sempre é fácil”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 229) também discorre sobre a dificuldade probatória do desvio de poder nos seguintes termos:

“A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de indícios; são os “sintomas” a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210):

- a) a motivação insuficiente;
- b) a motivação contraditória;
- c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato;
- d) a contradição do ato com as resultantes dos atos;
- e) a camuflagem dos fatos;
- f) a inadequação entre os motivos e os efeitos;
- g) o excesso de motivação.”

### 2.8. O desvio de poder na jurisprudência nacional

A jurisprudência nacional demonstrou-se receptiva à doutrina do *détournement de pouvoir* e a adotou como parâmetro de controle da legitimidade de atos legislativos e administrativos. A formulação teórica do Conselho de Estado francês foi, progressivamente, ganhando espaço de aplicação na jurisprudência dos tribunais brasileiros, tornando-se importante critério de aferição da legalidade de atos administrativos e da constitucionalidade de leis.

Alguns exemplos, a seguir mencionados, ilustram a aplicabilidade da teoria do desvio de poder nos tribunais pátrios.

Um dos mais antigos acórdãos, que faz menção à teoria do desvio de poder, foi o resultante do julgamento da Apelação Cível nº 1.422, em 28 de julho de 1948, no Tribu-

nal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que foi relatada pelo então Desembargador Seabra Fagundes, cuja ementa tem o seguinte teor:

“No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixa às mostras finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O ‘fim legal’ dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança.”

Caio Tácito (2002, p. 2-3) comentou o acórdão pioneiro nos seguintes termos:

“Tratava-se de mandado de segurança versando sobre o exercício do poder de polícia de trânsito, por parte de autoridade estadual competente, fixando horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa de ônibus que importava em prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. Acolhendo o voto do Relator, o Tribunal decidiu pela nulidade do ato, que não atendia ao fim legal de bom funcionamento do serviço de transporte, mas objetivava outro fim estranho de favorecimento de terceiro.”

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 18.331, em 21 de setembro de 1951, tendo como relator o Ministro Orosimbo Nonato, fez uso da teoria do desvio de poder para assentar o seguinte entendimento:

“Ilimitada não é, segundo Rui de Souza, citado na sentença de primeira

instância, a faculdade de determinar a quota do tributo, 'não sendo lícito à administração pública levá-lo a tal extremo que negue o exercício da atividade que grava'.

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, substituído o conhecido axioma de Marshall pelo de que 'the power to tax is the power to keep alive'. Cita, ainda, o juiz, erudita conferência do prof. Bilac Pinto tirada a lume na Ver. For., vol. 82, p. 547, que vale por eloqüente preconício da doutrina elaborada na Corte Suprema dos Estados Unidos de que o poder de taxar 'somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade'.

É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até abuso, ao excesso, ao desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do 'détournement de pouvoir'. Nem haveria que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a Justiça argentina já proclamou que 'la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura o da lugar a diversas interpretaciones' (González Calderon in Lúcio Bittencourt, o Contrôle Jurídico da Constitucionalidade das Leis, pags. 53/54)."

Outros acórdãos, também do Supremo Tribunal Federal, proferidos nos julgamentos, respectivamente, do Mandado de Segurança nº 7.243, em 20 de janeiro de 1960, e do Recurso Extraordinário nº 50.219, em 18 de maio de 1964, adotaram a teoria do desvio de poder para confirmar a anulação de leis estaduais, aprovadas ao final de governos, que enquadravam, como servidores públicos, centenas de

correligionários políticos dos governantes que estavam terminando seus mandatos. Essas leis, consoante Caio Tácito (2002, p. 4), caracterizavam os denominados "testamentos políticos" dos governantes em final de mandatos.

As leis anuladas apresentavam claro desvio de poder legislativo, tendo em vista o ostensivo favorecimento de facções políticas na eminência da despedida do poder (TÁCITO, 1974, p. 12).

Em julgamento, datado de 31 de agosto de 1967, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.912, confirmou a tese de que a teoria do desvio de poder poderia ser aplicada ao exame da constitucionalidade de atos legislativos. Nesse processo, foi discutida a constitucionalidade de dispositivo acrescido, por emenda parlamentar, a lei estadual em função de inobservância dos princípios da legalidade e da igualdade, tendo em vista que o dispositivo mencionado beneficiava apenas um único servidor. As palavras do Ministro Prado Kelly, a seguir transcritas, demonstram o emprego da teoria do desvio de poder no controle jurisdicional:

"O Sr. MINISTRO PRADO KELLY - Por isso, procurei ser exato nos termos de que usei.

O que estava em causa era o velado desrespeito ao princípio da legalidade. Esse princípio, associado ao da igualdade jurídica, pressupõe que a lei tem efeitos gerais. É um resguardo da própria autoridade do Legislativo, e é uma garantia para os cidadãos. Admito o exercício da faculdade de emenda atribuída ao legislador, mas verifico que, no caso concreto, ele usou daquela faculdade com desvio do fim pressuposto na Constituição e nas normas que regem a disciplina do órgão. Por quê? Porque, em vez de prover em relação ao bem público, atendeu a um interesse pessoal menos legítimo. É este o ponto; e só com esta limitação



eu admitiria a pesquisa da intenção do legislador, a fim de dar por comprovado o *détournement de pouvoir*”.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.229, em 12 de junho de 1974, o Supremo Tribunal Federal, examinando a constitucionalidade de lei que desapropriava imóvel para doação a entidade privada, mais uma vez utilizou o parâmetro do desvio de finalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei. A ementa do julgado sintetiza o enfoque dado pelo Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: – Desapropriação. – Lei que autoriza desapropriação de imóvel para ser doado a entidade de direito privado, declarada de utilidade pública. – Inconstitucionalidade.

Cabe ao Poder Judiciário decidir se a desapropriação corresponde à finalidade constitucionalmente prevista de destinar-se o bem expropriado a fim de necessidade ou utilidade públicas, ou de interesse social.

– Desapropriação de imóvel para doação a sociedade civil declarada de utilidade pública. A expropriação de imóvel a favor de pessoa jurídica de direito privado somente se legitima se se tratar de concessionário de serviços públicos ou de delegado de função pública, ou afetado, o bem expropriado, ao serviço público.

Entidade declarada da utilidade pública. – sociedade que serve desinteressadamente à coletividade, em obra de benemerência. – Inexistência de desempenho de funções ou serviços públicos. – Inconstitucionalidade de desapropriação de imóvel para ser-lhe doado, a fim de servir-lhe de sede.

– Reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei 3.162, de 1.6.1957 e do Decreto 42.033, de 13.8.1957, quanto à desapropriação a que se referem.”

Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063, em 18 de maio de 1994, a utilização da teoria do desvio de

poder ficou comprovada como mecanismo de controle da atividade legislativa sob o prisma da constitucionalidade. Trecho da ementa do processo exterioriza a seguinte compreensão:

“Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO.”

Em 18 de outubro de 1994, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 167.137, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a nomeação de membros do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, reconheceu lesividade à finalidade da norma constitucional e anulou a nomeação referida. A ementa do processo apresenta o seguinte teor:

“EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS.

A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da CF.

NOTÓRIO SABER – Incisos III, art. 235 e III, § 1º, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado.

AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa.

Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação.”

Para finalizar a apresentação de exemplos da aplicabilidade da teoria do desvio de poder na jurisprudência, vale transcrever trecho da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.667-MC, julgada em 19 de junho de 2002:

“APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO.

– A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar.”

### 2.9. O desvio de poder na legislação brasileira

Após seu reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, a teoria do desvio de poder foi incorporada à legislação nacional. Com efeito, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, positivou a noção de desvio de poder, ou de finalidade, em seu art. 2º:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

O transcrito art. 2º da Lei nº 4.717, de 1965, é um marco importante para o Direito Administrativo brasileiro, pois, a um só tempo, definiu legalmente os requisitos de validade dos atos administrativos e consolidou a teoria do desvio de poder no Direito nacional.

Como registro histórico, é importante mencionar que a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal da República, em seu art. 13, § 9º, alínea “b”, já fazia menção à teoria do desvio de poder:

“Art. 13. Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

.....  
.....  
§ 9º Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em

questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para fim de assegurar o direito do autor.

.....  
.....  
b) a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade discricionária somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.”

### 2.10. Declínio da teoria do desvio de poder

Importantes administrativistas apontam para o declínio do emprego da teoria do desvio de poder. A questão da dificuldade probatória do desvio de poder e a sedimentação de outros parâmetros de controle da legalidade de atos administrativos e de controle da constitucionalidade de normas legais contribuíram para o declínio da aplicabilidade da teoria do desvio de poder.

Comentando esse declínio, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 486) faz as seguintes considerações:

“A teoria do desvio do poder se acha em declínio, na França, como salientam os seus mais modernos administrativistas, pois o Conselho de Estado prefere, sempre que possível, aplicar a teoria dos motivos determinantes, dada a dificuldade maior em apreciar-se a intenção do agente público que verificar-se o fato que constitui fundamento do ato, e se suficiente para justificá-lo. Então o exame é objetivo, tendo em vista a importância e os elementos que provocaram o ato, na indagação da proporcionalidade deste com referência àqueles.

Em vez de verificar se a proibição de procissão se deu por objetivos anticlericais, para se anular o ato por desvio de poder, se apura, para igual efeito, se ocorreu motivo razoável na proibição. Uma vez nenhum prejuízo haveria para a polícia de segurança

na autorização da procissão, desde que passaria por local pouco movimentado e não acarretaria perturbação ao trânsito, considera-se inexistiu motivo suficiente para a medida tomada, e surge o fundamento para anular o ato administrativo.”

Jean Rivero, (1981, p. 292) por sua vez, em sua obra “Direito Administrativo”, comenta a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado sobre a prova no desvio de poder e aponta, também, para o declínio da teoria:

“O Conselho de Estado, após ter exigido inicialmente que o desvio do poder resultasse do próprio acto, admite que a prova se deduza dos diversos elementos do processo: outras peças escritas, circunstâncias em que surgiu o acto, inexactidão dos motivos alegados que deixam transparecer o fim verdadeiro, etc. Procura menos uma prova manifesta que uma convicção, que pode resultar de um ‘feixe de indícios convergentes’ (C.E., 28 de Março de 1945, Devouge, Rec., pág. 64). Todavia, estas dificuldades de prova explicam o declínio relativo do desvio de poder: desde que o Conselho de Estado considera uma causa de anulação a inexactidão material dos motivos alegados pela Administração, os recorrentes têm mais facilidade em obter a anulação por essa via do que pela do desvio do poder, que exige não só a prova da inexactidão do motivo invocado, mas ainda a do fim real. Além do mais, o desenvolvimento das preocupações económicas na actividade administrativa conduziu o juiz a abandonar o seu rigor em relação à tomada em consideração destas preocupações em apoio de uma medida de polícia (C.E., 29 de Janeiro de 1933, *Sté des autobus antibois*, Gr. Ar., pág. 204). No estado actual da jurisprudência, o desvio do poder desempenha,

portanto, um papel subsidiário, e as decisões de anulação baseadas nesta abertura são raras (Cf. todavía un exemplo recente: C.E., 13 de Novembro de 1970, Lambert, A.J.D.A., 1971, pág. 53).”

O renomado administrativista espanhol Eduardo García de Enterría (1998, p. 461-462), igualmente, faz menção ao declínio da teoria do desvio de poder:

“A la vista de lo expuesto no ofrece dudas la gran operatividad que puede corresponder a esta técnica de la desviación de poder de la que sigue habiendo frecuentes aplicaciones (vid. La Sentencia de 25 de septiembre de 1995 y sus numerosas referencias), a pesar de que se haya llegado a hablar en Francia, su país de origen, de un cierto *déclin du détournement de pouvoir*. Esta decadencia de la desviación de poder, de existir, se debe no ya a una pérdida de confianza en las posibilidades de esta técnica, sino, más propiamente, al hallazgo de otras distintas dotadas de un mayor poder de penetración. A continuación veremos cuáles son éstas.”

García de Enterría (1998, p. 462-468) indica como técnicas que vieram a suplantar a teoria do desvio de poder a teoria dos motivos determinantes e a teoria dos princípios. Sobre o controle da discricionariedade dos atos administrativos com o emprego dos princípios, Enterría faz as seguintes considerações:

“Los principios generales del Derecho proporcionan, por ello, otros tantos criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una

abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones.

El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general”.

Os dados anteriormente expostos demonstram que a teoria do desvio de poder já não desfruta do prestígio acadêmico que possuía no século XIX e parte do século XX. Com efeito, o controle da legalidade dos atos administrativos, bem como dos limites da discricionariedade, é feito, na atualidade, com mais vigor pela aplicação da teoria dos princípios, com destaque para o princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, o que permite concluir pela superação da teoria do desvio de poder.

#### *2.11. Limites materiais da aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle de atos legislativos*

A teoria do desvio de poder foi concebida no âmbito do Direito Administrativo para controle de atos administrativos, tendo, posteriormente, sido transposta para o campo do Direito Constitucional e aplicada no controle da constitucionalidade das leis.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem e admitem o emprego do desvio de poder como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis.

Caio Tácito (1993, p. 68), em ensaio intitulado “Desvio de Poder Legislativo”, afirma que “o abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008 p. 965) comenta a aplicabilidade da teoria de poder a atos legislativos da seguinte forma:

“48. Tanto pode existir desvio de poder em ato administrativo quanto em ato legislativo ou jurisdicional.

Assim como o ato administrativo está assujeitado à lei, às finalidades nela prestigiadas, a lei está assujeitada à Constituição, aos desideratos ali consagrados e aos valores encarecidos neste plano superior.

Demais disto, assim como um ato administrativo não pode buscar escopo distinto do que seja específico à específica norma legal que lhe sirva de arrimo, também não pode a lei buscar objetivo diverso do que seja inerente ao específico dispositivo constitucional a que esteja atrelada a disposição legiferante expedida. Ou seja, se a Constituição habilita legislar em vista de dado escopo, a lei não pode ser produzida com traição a ele.

É certamente verdadeiro que o desvio de poder poderá muito mais frequentemente encontrar espaço para irromper em atos administrativos do que em leis. A razão disto demora em que a margem de discricção dos primeiros em relação à lei será (de regra, ao menos) muito menor do que a margem de discricção da lei em relação à Constituição. Sem embargo, isto não interfere com o reconhecimento de que em ambas as hipóteses a compostura do vício é a mesma: consiste sempre no

desencontro da providência tomada com a norma superior a que deve obsequio; a saber: no primeiro caso, à lei, e, no segundo, à Constituição.”

Entretanto, em que pese o reconhecimento da aplicabilidade da teoria do desvio de poder no campo do controle de constitucionalidade das leis, o emprego dessa teoria encontra limitações decorrentes da relação entre a Constituição e a legislação que não é idêntica à relação entre a lei e o ato administrativo, no que tange à liberdade de conformação material (conteúdo da lei e conteúdo do ato administrativo). De fato, o legislador ordinário possui uma margem de escolha, dentro da atividade legiferante, muito superior à que é atribuída ao agente público responsável pela edição do ato administrativo, que está circunscrito aos limites da discricionariedade que lhe foi conferida.

Por consequência, quanto maior for a margem de discricionariedade menor será a possibilidade de aplicação da teoria do desvio de poder, em função da dificuldade de ser cotejada, com precisão, a finalidade estipulada pela lei com a regra de competência constitucional que concedeu poder ao legislador ordinário para dispor sobre a matéria.

Em artigo sobre o desvio de poder no exercício da função legislativa, Gustavo Ferreira Santos (1998, p. 287-290) fala sobre as limitações da aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao plano constitucional:

“Não é possível, conforme magistralmente demonstrado por J. J. Gomes Canotilho na sua tese intitulada ‘Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador’, transpor para o campo do Direito Constitucional a noção administrativista de discricionariedade.

A imprestabilidade da noção de discricionariedade ocorre, primordialmente, em função da especificidade da posição constitucional do legislador, que, pelo princípio democrático, teria assegurada uma liberdade de

escolha além da que se atribui ao administrador.

Ressalte-se, ainda, que o princípio da legalidade exige do administrador que, mesmo no exercício do poder discricionário, submeta-se aos fins definidos na lei, apenas cuidando de escolher meios adequados aos fins. Já na atividade legislativa não há essa estrita vinculação aos fins, sendo dado ao legislador a possibilidade de também eleger, em várias ocasiões, fins a serem buscados.

.....  
..... (Omissão textual nossa)

A atividade do legislador não está tão vinculada a fins como a atividade do administrador, sendo que, em muitos momentos, ao legislador se apresentam apenas os 'fins últimos' definidos pela Constituição, não havendo, para o ato concreto a ser editado, uma finalidade específica definida pelo Constituinte, sendo-lhe dado definir os fins.

Em alguns casos, não se caracterizará o desvio de poder, apesar de ser possível notar-se a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade da medida. Isso ocorrerá quando o legislador, perseguindo o fim definido pelo Constituinte, tomar medida de eficácia duvidosa ou que prejudique direito cuja proteção se afigure, no caso concreto, mais importante do que o direito que a medida legislativa visa proteger."

Em livro dedicado integralmente ao tema do desvio de poder na função legislativa, Pedro Estevam A. P. Serrano (1997, p. 34-38) comenta a impossibilidade de plena aplicação da teoria do desvio de poder ao controle da função legislativa:

"É nesse ponto que constatamos a fundamental diferença entre a margem de liberdade do legislador e a discricionariedade administrativa.

Ao administrador só é oferecida uma conduta acessória quanto à lei, não

criativa e não agregativa de valores. A vinculação emanada da lei é sempre positiva. Já a vinculação do legislador pela Constituição nem sempre é positiva, cabendo-lhe, em diversas situações, a iniciativa criativa nos pressupostos e/ou meios, e/ou fins normativos, limitada apenas pela não contradição com os dispositivos constitucionais (limites negativos). Mesmo quando a conduta legiferante é positivamente vinculada nos fins, a baixa conotação dos comandos constitucionais lhe permite ou até exige, na maioria das vezes, a agregação de novos valores significativos.

Concluimos então pela impossibilidade, em gênero, de transferência da estrutura técnico-jurídica da discricionariedade administrativa para o território da função legislativa.

Cumpre-nos ainda verificar se esta conclusão é satisfatória para responder a todas as situações presentes em todos os espaços de vinculação constitucional, ou seja, se há utilidade em identificarmos alguma esfera de competência legislativa que aceite a construção de um conceito análogo ou minimamente similar ao de discricionariedade, e que venha a lhe viabilizar a verificação de eventual vício por desvio de poder.

Neste aspecto avaliamos que há situações - no território da vinculação constitucional - em que a margem de liberdade oferecida ao legislador tem estrutura, se não idêntica, pelo menos próxima ou análoga à da discricionariedade administrativa. Isto porque a agregação de valores pelo legislador se dá por diretrizes materiais constitucionalmente determinadas, implicando a relação vinculante meio-fim."

Assim, determinadas normas constitucionais, em razão de sua natureza programática, conferem ao legislador ordinário

ampla margem de escolha, de liberdade na fixação de fins, o que torna inaplicável, nesses casos, a teoria do desvio de poder como forma de controle, em face da fragilidade dos contornos normativos que permitiriam o teste de conformação finalística entre o desígnio do legislador constitucional e a ação concreta do legislador ordinário.

Na conclusão de sua monografia, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano (1997, p. 138) deixa patente que a aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da atividade legislativa requer a observância de singularidades e, também, de limites, o que, em nosso entendimento, demonstra a falta de consistência da teoria como técnica de controle da constitucionalidade das leis, já que sua aplicação seria seletiva e não uniforme:<sup>2</sup>

“O vício do desvio de poder terá possibilidade de ocorrer no exercício da competência legislativa discricionária.

9 – O desvio de poder legislativo, no que se refere às leis gerais e abstratas, comporta duas modalidades:

(i) o desvio de finalidade legislativa, quando ocorrente estipulação de meio legal inadequado em face dos fins constitucionais que presidem a competência legislativa discricionária;

(ii) o desvio de poder por vício causal, quando a medida legal se revelar inadequada, contraditória ou irrazoável em relação aos fins a que ela própria se destina.

A modalidade subjetiva do desvio de poder administrativo é insuscetível de ser aplicada na atividade legislativa genérica e abstrata, devido a intangibilidade da motivação do legislador, pela Jurisdição, nas leis desta natureza.

10 – Nas leis individuais, é dever da Jurisdição verificar a existência dos

motivos alegados pelo legislador em sua motivação, bem como a relação causal entre motivo e conteúdo prescritivo da lei diante de sua finalidade. Cabe-lhe também o controle da compatibilidade entre os fins da lei e o interesse público, de modo a poder invalidá-la quando o legislador busque perseguir ou beneficiar indevidamente alguém.

A teoria do desvio de poder – no campo das leis individuais – aplica-se exatamente como é concebida no Direito Administrativo, tanto em sua dimensão objetiva quanto subjetiva.”

No âmbito do Direito Administrativo, consoante a visão de importantes doutrinadores, a teoria do desvio de poder vive uma fase de declínio. No campo do controle da constitucionalidade das leis, a aplicação da teoria encontra limites que a fragilizam como método. Assim, é possível compreender a perda de espaço jurídico da teoria do desvio de poder e a sua superação pela teoria dos princípios constitucionais como técnica de controle das leis e, igualmente, dos atos administrativos.

Retomando o pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 486) sobre o tema: o que seria mais eficaz? Verificar se a proibição de determinada procissão religiosa se deu por objetivos anticlericais, para se anular o ato proibitivo, ou apurar, para o mesmo fim, se ocorreu motivo razoável para legitimar a proibição? Acreditamos que a aferição da proibição, *pelo prisma da razoabilidade*, seria mais eficaz.

### 3. A consolidação de um novo paradigma de direito pós-positivista: o primado da principiologia constitucional e dos direitos fundamentais

#### 3.1. Considerações sobre o pós-positivismo

A história do Direito, consideradas as correntes de pensamento justificadoras das diretrizes ideológicas, poderia ser dividida

<sup>2</sup> Sendo mais objetivo na consideração: teríamos uma técnica aplicável para algumas leis e não-aplicável para outras.

em três grandes segmentos: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

A marca distintiva do jusnaturalismo residiria na força da valorização de um conjunto de direitos que seriam inerentes à condição humana, como o direito à vida, à liberdade e à felicidade, independentemente de determinações normativas. É possível dizer que o direito natural acabou “positivado” na maioria das constituições dos países modernos, nos catálogos de direitos fundamentais (FERRAZ JR., 2003, p. 171).

O positivismo adota a identificação do direito com a norma posta pelo Estado e expurga do mundo jurídico quaisquer outras influências, sejam históricas, sociológicas, filosóficas ou morais. O direito resulta da norma pura, criada e imposta pelo homem, sem contaminações com outras ciências ou fatos sociais. A norma jurídica é o parâmetro objetivo e seguro para ordenação da vida social. A depuração Kelseniana, que enfoca o direito como fenômeno puro, desconecta a ciência jurídica da moral e institui uma ordem calcada na letra da lei positivada, com nítido sacrifício dos valores como fiéis da balança da justiça social.

Pondo em xeque o formalismo purista do positivismo, que reduziu o Direito à obediência cega à lei, a corrente de pensamento do pós-positivismo orienta-se, essencialmente, no propósito de reconectar o Direito com a sociedade e, mais do que isso, refundir o Direito com a ética, passando a empregar no exame das questões jurídicas uma perspectiva axiológica, plasmada pelo reconhecimento da força normativa dos princípios e da supremacia dos direitos fundamentais, tendo como diretriz essencial o respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa guinada em direção a uma jurisprudência de valores, também denominada virada Kantiana, reposiciona o homem como fim do Direito e não mais como um meio deste.

José Alexandre Franco (2004, p. 5), em ensaio sobre o pós-positivismo, comenta

o retorno de Kant ao centro da discussão jurídica moderna:

“Como muitos outros filósofos, Kant pensava que a moralidade poderia resumir-se num princípio fundamental, a partir do qual se derivariam todos os nossos deveres e obrigações, que chamou imperativo categórico, assim expressado: age apenas segundo aquela máxima que possas ao mesmo tempo desejar que se torne lei universal (Fundamentação da Metafísica dos Costumes de 1785). Depois complementou que o princípio moral essencial afirmaria: age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio. Ele acreditava que a moralidade exigiria tratar as pessoas sempre como um fim e nunca apenas como um meio, significando exatamente que o valor dos seres humanos estaria acima de qualquer preço. Não tinha em mente apenas um efeito retórico, mas sim um juízo objetivo sobre o lugar dos seres humanos na ordem das coisas.”

Ainda em acordo com José Alexandre Franco (2004, p. 8-9), que faz menção a ideias de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo poderia ser apresentado da seguinte forma:

“O momento histórico posterior à 2ª guerra mundial serviu para inspirar um novo movimento para reflexão do direito e da sua função social, sua interpretação com a definição de valores e, principalmente, a discussão de princípios e de regras precursoras de uma teoria dos direitos fundamentais. Aí surge o que se pode denominar de pós-positivismo jurídico fundamentado, de maneira mais evidente, na normatividade dos princípios e o retorno da discussão dos valores, com a reaproximação da ética do direito. É o constitucionalismo moderno que os alemães chamaram de virada kantiana, com



a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável de valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central. Os princípios se prestam a condensar valores e dar unidade ao sistema, além de condicionar a atividade do intérprete. No Brasil despontam os princípios da razoabilidade, como meio de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, e o da dignidade da pessoa humana, identificado como um espaço de integridade moral a todas as pessoas pelo fato de simplesmente existirem, cujo núcleo seria o mínimo existencial. Ainda realça o acesso à justiça como elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e a efetivação dos direitos, podendo destacar a prestação jurisdicional efetiva como direito fundamental decorrente tanto da dignidade da pessoa humana como do próprio Estado Democrático de Direito.

Em síntese, conclui Barroso, o pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.”

O pós-positivismo representa um movimento de reação ao formalismo estrito preconizado pela teoria de Kelsen, que figura com fundamental importância para caracterização do positivismo jurídico. As

linhas mestras que singularizam o pós-positivismo seriam as seguintes:

- reencontro do Direito com a ética;
- reconhecimento da força normativa dos princípios;
- consolidação de uma teoria principiológica;
- consolidação de uma teoria dos direitos fundamentais;
- colocação do homem como centro da discussão ético-jurídica, tomando o princípio da dignidade da pessoa humana como marco referencial para a construção de uma “sociedade feliz”.

O pós-positivismo rompe com o mito de considerar a lei manifestação perfeita da razão, como resposta definitiva às demandas humanas, e inaugura uma nova visão jurídica na qual o Direito transcende a lei positivada e reencontra-se com a ética, passando a adotar uma concepção fundada na normatividade dos princípios e na plena eficácia dos direitos fundamentais. O Direito, na via do pós-positivismo, abandona a pseudocompletude do formalismo legal e caminha em direção ao mundo real, na busca de sua legitimidade. O manto restrito da legalidade é absorvido pela juridicidade.

### 3.2. A consolidação da teoria dos princípios

“A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica .....  
.....(Omissão nossa)  
.....

O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”. (BARROSO, 2001, p. 24-25)

Paulo Bonavides (2008, p. 255-295), em seu “Curso de Direito Constitucional”, dedica um capítulo inteiro para narrar a caminhada doutrinária voltada para o reconhecimento da normatividade dos princípios.

Os princípios, em momento histórico inicial, figuravam como meros postulados

éticos, desprovidos de normatividade e impositividade (fase jusnaturalista).

Posteriormente, durante o positivismo, os princípios foram incorporados ao ordenamento jurídico, em especial aos códigos, como elementos subsidiários de integração normativa, demonstrando sua subordinação ao direito positivado.

Com o advento do pós-positivismo, os princípios migram dos códigos para as constituições, conquistando hegemonia axiológica e passando a figurar como normas-chaves de orientação obrigatória de todo o sistema jurídico, vinculando o legislador ordinário no exercício da função legislativa.

A afirmação da normatividade dos princípios resulta da obra doutrinária de vários pensadores. Foi Crisafulli, segundo Bonavides (2008, p. 257), em sua obra de 1952, intitulada “La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio”, um dos precursores da teoria da normatividade dos princípios:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.”

Além de Crisafulli, Bonavides (2008, p. 266-267) aponta Jean Boulanger como o mais insigne precursor da normatividade dos princípios. Em seu ensaio “Principes généraux du droit et droit positif”, de 1950, Boulanger efetiva a distinção entre princípios e regras e, diferenciando ambos conceitos, afirma que princípios são gerais porque comportam uma série indefinida de aplicações.

Outro precursor do reconhecimento da normatividade dos princípios foi Joseph

Esser que, em seu livro “Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, publicado originalmente em alemão em 1956, preconizava que o princípio atua normativamente, sendo parte jurídica e dogmática do sistema de normas (BONAVIDES, 2008, p. 271).

### 3.3. As contribuições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy

A consolidação efetiva da normatividade dos princípios resulta da formulação doutrinária de dois importantes juristas: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Contestando a posição positivista que apenas reconhecia normatividade às normas, Dworkin elabora uma teoria que, partindo da concepção de norma como gênero e princípios e regras como espécies, reconhece a plena normatividade dos princípios.

Luís Roberto Barroso (2001, p. 26) ressalta a importância da teoria de Dworkin para superação do positivismo legalista:

“A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve

incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção. Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação”.

Complementando a exposição de Barroso, vale transcrever palavras de Luís Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 2):

“Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.”

As ideias de Ronald Dworkin, referentes à teoria dos princípios, foram divulgadas, originalmente, em ensaio intitulado “The mode of rules”, publicado em 1967 pela Universidade de Chicago. Posteriormente, a argumentação desse artigo foi incorporada ao livro “Taking rights seriously”, publicado em 1997 pela Universidade de Havard.

Robert Alexy, por sua vez, adota a mesma linha de argumentação desenvolvida por Dworkin, que compreende a distinção entre princípios e regras na dimensão qualitativa e não de grau de abstração.

Alexy (2008, p. 85), estudando a estrutura de direitos fundamentais, concentra seus esforços no sentido de conferir maior clareza à singularização conceitual de regras e princípios. Após analisar diversas teorias que procuram diferenciar as duas espécies de normas, Alexy (2008, p. 90) conclui que o critério decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Alexy, em seguida, define princípios como mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, tendo em conta possibilidades fáticas e jurídicas, sendo essas últimas determinadas pelos princípios colidentes. Por sua vez, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Ainda, segundo Alexy (2008, p. 106), princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.

A distinção entre regras e princípios no pensamento de Alexy (2008, p. 91) apresenta-se mais nítida quando da ocorrência de colisões entre princípios e de conflitos de regras. A solução para o conflito de regras é formulada da seguinte forma pelo jurista alemão (ALEXY, 2008, p. 92):

“Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.”

No que diz respeito à colisão de princípios, Alexy (2008, p. 93-94) expõe o seguinte:

“As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

Em síntese, tomando emprestada de Bonavides (2008, p. 279) a frase que melhor resume a questão, o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios na dimensão do valor.

Alexy (2008, p. 144) também promove, em sua obra, a aproximação da teoria dos princípios à teoria dos valores. Para o professor alemão, princípios e valores estão intimamente relacionados, mesmo tendo em conta que os primeiros operam na dimensão deontológica e os segundos na dimensão axiológica:

“Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.”

Entretanto, embora Alexy (2008, p. 153) pondere que a teoria dos princípios e a teoria dos valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, o jurista alemão deixa clara a sua preferência pela teoria dos princípios para aplicação no campo jurídico:

“A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios.”

A teoria dos princípios de Robert Alexy foi detalhadamente exposta em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, publicado na Alemanha em 1986, que já possui sua versão nacional, editada em 2008.

### 3.4. *Distinções entre as teorias de Dworkin e de Alexy*

A obra de Ronald Dworkin e de Robert Alexy apresentam muitos pontos em comum, especialmente no que tange à taxinomia dos princípios e das regras, que leva em conta a dimensão qualitativa (natureza) dessas espécies de normas e não

a dimensão quantitativa (grau de generalidade). Contudo, suas formulações também apresentam pontos divergentes como os apontados por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 105-106):

- Dworkin admite a possibilidade de as regras serem objeto de ponderação.
- Alexy defende a ponderação apenas para princípios.
- Dworkin entende que os direitos fundamentais não podem ser ponderados com fins coletivos.
- Alexy acha possível restringir, com o emprego da proporcionalidade, os direitos fundamentais, mesmo quando se trate de promover metas comunitárias.

Ainda sobre a distinção entre as teorias dos dois juristas, vale transcrever a visão do próprio Alexy sobre as diferenças que singularizam sua teoria em relação à de Dworkin (ATIENZA, 2001, p. 674 apud CRISTÓVAM, 2007, p. 84-85):

“Em resposta à pergunta formulada por Atienza acerca das diferenças entre sua teoria e a de Dworkin, Alexy assim se manifestou: ‘Não é fácil uma comparação entre a teoria do Direito de Dworkin e a minha. Certamente, existem muitas coisas comuns, mas o arcabouço conceitual de ambas teorias é bem distinto. Talvez se possa dizer inclusive que ambas teorias são relativamente semelhantes no substancial, mas bastante distintas no formal. Em todo caso, também há diferenças substanciais. Assim, ainda que o conceito de princípio jurídico desempenhe seu papel em ambas teorias, o uso que se faz do mesmo varia. Em minha concepção, os princípios têm o caráter de mandamentos de otimização. Ademais, os bens coletivos podem também ser objeto de regulação dos princípios. Isso justifica que na contestação à pergunta sobre a lesão a um direito fundamental desempenhe um papel central o princípio da proporcionalidade e, com isso,

a ponderação. As coisas são distintas na visão de Dworkin dos direitos como trunfos (*trumps*). Também há diferença na determinação das relações entre liberdade e igualdade. Eu considero a liberdade e a igualdade como princípios de mesmo traço que podem entrar em colisão. Mas isso fica excluído na visão de Dworkin da igualdade (*equal concern*) como a virtude suprema (*sovereign virtue*) da comunidade política. Para mim, o conceito que expressa a harmonia a que se aspira não é o de igualdade, sim o de correção. Tanto a liberdade como a igualdade estão subordinados a esta idéia regulativa.”

A teoria dos princípios representa um marco na história do Direito. Por seu intermédio, a dogmática positivista foi suplantada e o formalismo legal cedeu vez a um Direito operacionalizado por regras, mas orientado, em sua essência, por princípios. Nesse contexto, as contribuições de Dworkin e de Alexy foram e são essenciais para consolidar o reencontro das normas com a ética. Justifica-se, assim, a plena coerência da afirmação de Bonavides (2008, p. 281) com a vida real:

“A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições.”

### 3.5. Para que servem os princípios

Até agora muito se falou sobre a consolidação pós-positivista da teoria dos princípios. Foram abordados aspectos históricos, as diferentes concepções teóricas e as diferenças entre elas, mas ainda resta responder a uma questão essencial: para que servem os princípios, já que são considerados como peças-chaves da nova ordem jurídica?

Segundo Bonavides (2008, p. 283-284), os princípios preenchem três funções de extrema importância, a saber:

- fundamentar a ordem jurídica;
- orientar o processo interpretativo;
- servir como fonte de integração normativa.

Além dessas três funções, duas outras, segundo a doutrina exposta por Bonavides, podem ser consideradas:

- a função diretiva; e
- a função limitativa.

As relevantes funções inerentes aos princípios demonstram a sua importância para o Direito pós-positivista. Robert Alexy (2008, p. 85), em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, deixa patente a importância da teoria dos princípios para a própria concretização dos direitos fundamentais:

“Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, como isso, um ponto de partida para a resposta

à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”

Em ensaio que publicamos na Revista de Direito Administrativo (VALENTE, 2005, p. 127), versando sobre o controle de políticas públicas pela aplicação de princípios, tivemos a oportunidade de ressaltar a importância jurídico-política desses “calibradores” da atuação do Estado:

“Recente modificação da Carta Política, ocorrida em 04 de junho de 1998, elevou à categoria de princípio constitucional, inserto no *caput* do art. 37 da Lei Fundamental, o parâmetro da eficiência. Essa alteração reforça o contexto de controlabilidade judicial dos atos administrativos discricionários, pois a aferição da eficiência exige, naturalmente, que se investiguem os motivos e o objeto da ação normativa estatal. ‘De nada adiantariam as noções de licitude e de eficiência administrativas se não houvesse os meios de permanente aferição do respeito a esses valores [...]’

Dessa forma, em face do princípio universal da jurisdição, insculpido no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXV, inexistente lugar jurídico inacessível à sindicabilidade do Poder Judiciário.

Assim, o processo de formulação de políticas públicas, bem como a concretude dessas políticas públicas, são passíveis de controle jurisdicional, provocado pelos cidadãos, sempre que venham a contrariar a principiologia tutelada pela Carta Política nacional. De fato, se o texto constitucional, em seu art. 3º, preconiza que, entre outros, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de

uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização, quaisquer políticas que possam comprometer esses ideais são passíveis de correção judicial (Comparato, 1997, p. 354).

Aqui a novidade a ser ressaltada não decorre da possibilidade do controle jurisdicional por descumprimento de normas legais, mas sim pela não observância dos ditames programáticos contidos nos princípios constitucionais, como, por exemplo, os princípios orientadores da atuação da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal. Os princípios constitucionais são “calibradores” impositivos da ação estatal, que condicionam as escolhas públicas. Não existe, para os formuladores de políticas públicas, liberdade indiscriminada de eleição de alternativas”.

### 3.6. *Princípios e suas espécies*

A doutrina brasileira já trata com rigor acadêmico a questão relacionada com a classificação dos princípios por espécies, consideradas as dimensões materiais e instrumentais.

Luís Roberto Barroso (2008) apresenta uma classificação com duas espécies: princípios instrumentais de interpretação constitucional e princípios constitucionais materiais. Os princípios materiais englobam os valores e fins a serem protegidos e alcançados pelo Estado e pela sociedade. Os princípios instrumentais, por sua vez, nas palavras de Barroso (2008, p. 359), constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Barroso (2008, p. 362-363) inclui no rol de princípios instrumentais o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade<sup>3</sup>, o qual destacamos

<sup>3</sup> Para o autor, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade teriam o mesmo sentido semântico

tendo em vista nosso propósito de registrar a superação da teoria do desvio de poder, como técnica de controle da discricionariedade de atos do Poder Público, pela técnica da aplicação principiológica, mais especificamente pela utilização dos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade para aferição da adequação finalística contida nesses atos.

É importante registrar que Barroso (2008, p. 374) aponta a dimensão material do princípio da razoabilidade, registrando que, por vezes, é utilizado como um parâmetro de justiça.

Humberto Ávila (2006), em seu livro "Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos", apresenta singular classificação que tutela dois gêneros de normas: as normas de primeiro grau, que abarcam os princípios e regras, e as normas de segundo grau, que contemplam os postulados normativos. Na visão de Ávila, a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados normativos de aplicação.

Para Ávila (2006, p. 122-123), os postulados normativos são metanormas, ou normas de segundo grau, que funcionam como estrutura para aplicação de outras normas (regras e princípios). As palavras do próprio Ávila explicam, com precisão, as diferenças entre as normas de primeiro grau e os postulados normativos:

"Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são

havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados."

Dois exemplos jurisprudenciais (ÁVILA, 2006, p. 122) ilustram, no plano da aplicabilidade, as singularidades dos postulados normativos e das normas de primeiro grau (princípios e regras):

"Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente. Da mesma forma, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inválida ordem judicial para submissão do paciente ao exame de DNA, foi considerada violada a dignidade humana do paciente, por essa ter sido restringida de forma desnecessária e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da dignidade humana, na sua inter-relação horizontal com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente."

---

e jurídico. Em sentido contrário, veja-se o ensaio de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002).



Humberto Ávila figura no rol de doutrinadores que entendem que a proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade<sup>4</sup>. Entende o jurista que a proporcionalidade, como parâmetro instrumental de aplicação, está, por sua natureza, relacionada com a ponderação de duas normas, de dois princípios, por exemplo, que se apresentam em situação de colisão. Na proporcionalidade, dois interesses legítimos são colocados na balança e são sopesados para definição de qual deles, na situação concreta, deve prevalecer. Dessa forma, a proporcionalidade é aplicável apenas a situações que compreendam uma relação (um meio e um fim) de causalidade entre dois elementos (ÁVILA, 2006, p. 149).

Por outro lado, a razoabilidade investiga a relação entre uma medida e o critério que informa sua fixação (ÁVILA, 2006, p. 165). A razoabilidade destina-se a avaliar aquilo que, porventura, configure-se como não-razoável, imoderado, insensato, injusto, ou ilegítimo em determinada atuação estatal, tendo em conta o caso concreto, a situação particularizada. Na razoabilidade, pela avaliação dos casos concretos, procura-se coibir medidas irrazoáveis. No caso de aplicação do postulado da razoabilidade, a medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito, são as palavras de Humberto Ávila (1999, p. 174).

Assim, na concepção teórica de Humberto Ávila, a proporcionalidade e a razoabilidade figuram como postulados normativos singulares, com características específicas e com hipóteses de aplicação também específicas (ter em consideração, a título de exemplo, que, se não houver uma relação entre dois interesses legítimos, uma relação meio/fim, descabe a aplicação do exame de proporcionalidade).

<sup>4</sup> Veja-se, no mesmo sentido, artigo de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23-50).

Na nossa visão jurídica, no que diz respeito à classificação dos princípios e às consequências decorrentes, entendemos que a separação entre princípios instrumentais e princípios materiais (BARROSO, 2008), ou, ainda, entre normas de primeiro grau (princípios e regras) e normas de segundo grau (postulados normativos), proposta por Ávila (2006), é necessária para adequada compreensão da teoria dos princípios, bem como para sua utilização concreta.

Com relação à proporcionalidade e à razoabilidade, entendemos, como Ávila (2006), que existem elementos singulares que diferenciam ambos os parâmetros, devendo haver uma particularização conceitual para cada um.

No que diz respeito à inclusão da razoabilidade no rol de postulados normativos de aplicação, ousamos discordar do posicionamento adotado por Ávila, porque o princípio da razoabilidade possui uma dimensão material que se identifica com a noção de justiça, do legítimo, do sensato, do aceitável, etc. Em razão dessa característica, é possível, sem a necessidade de aplicação de outra norma, encontrar na razoabilidade, singularmente considerada, critério material para declaração de inconstitucionalidade de lei.

Um exemplo apresentado por Humberto Ávila (2006, p. 143) pode ser tomado para demonstrar nossa compreensão:

“Uma lei estadual instituiu adicional de férias de um-terço para os inativos. Levada a questão a julgamento, considerou-se indevido o referido adicional, por traduzir uma vantagem destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias. Como consequência disso, a instituição do adicional foi anulada. Em razão de violar o devido processo legal, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.”

No presente caso, se o princípio material violado foi o do devido processo legal, restou, por consequência, violado o princípio material da razoabilidade, pois este abriga-se na dimensão substantiva daquele, tendo pleno reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. No caso em exame, restou, em nosso entendimento, violado o princípio da razoabilidade.

Interessante é que Ávila (1999, p. 174), em ensaio anterior ao seu livro, manifestava a seguinte posição:

“Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade.”

Gustavo Ferreira Santos (2004, p. 128-129), em livro intitulado “O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, apresenta argumentação coincidente com a nossa:

“A razoabilidade necessita escorar-se no Texto Constitucional, sendo imprescindível a sua derivação da cláusula do devido processo, pois o reconhecimento de uma inconstitucionalidade baseada no princípio da razoabilidade não necessariamente será referida a um outro dispositivo constitucional.

Já a proporcionalidade vai além, indagando se o ato é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, além de verificar, no cotejo entre os bens, direitos ou interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deve prevalecer no caso concreto. Não há necessidade de fundamento expresso de tal princípio no texto constitucional, pois, como já referido, ele decorre diretamente do conceito hoje aceito de Estado Democrático de Direito e da consagração de um catálogo de direitos fundamentais

nos textos constitucionais contemporâneos.

Assim, a irrazoabilidade de um ato não é resultado da ofensa explícita a outras normas constitucionais, bastando não ser o ato razoavelmente justificável no sistema. Uma lei determinada que seja assim caracterizada será considerada inconstitucional pela pura e simples ofensa ao conteúdo material da cláusula do devido processo legal, por ser ilegítima a finalidade eleita pelo legislador. Por seu turno, a proporcionalidade se referirá a duas grandezas em relação, quais sejam: bens, direitos ou interesses constitucionalmente consagrados. Sempre existirá, para que o princípio da proporcionalidade se manifeste, uma aparente colisão de direitos. Sua operação comporta a verificação da compatibilidade entre meios e fins.

Essa distinção aqui proposta torna o princípio da razoabilidade um limite subsidiário à ação do Estado.”

### *3.7. O controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis pela aplicação do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade*

O controle da discricionariedade dos atos do Poder Público sempre esteve na pauta de prioridades dos estudiosos do Direito. A história do Direito Administrativo, desde o seu nascimento, poderia ser caracterizada pela permanente luta contra as “imunidades” do poder estatal à sindicabilidade da justiça e da própria sociedade. Os velhos dogmas protetores de “zonas cinzentas”, como a intangibilidade do mérito do ato administrativo, pouco a pouco foram cedendo espaço para novos paradigmas de controle social e judicial inspirados em um direito que se fundamenta na ética, na positivação de direitos fundamentais e na consolidação de uma teoria principiológica que, em suas prescrições deontológicas, incorpora valores essenciais

para a construção de uma sociedade justa e proporcionadora de condições de vida dignas aos seus integrantes.

Na esteira desse Direito pós-positivista, os parâmetros de controle da discricionariedade do Poder Público foram aprimorados e, sobretudo, estruturados para fazer frente a casos complexos, que nem sempre encontram solução explícita nas regras primárias. A teoria principiológica aflora nesse contexto e, pelo seu vigor, densidade teórica e racionalidade objetiva em sua aplicação, suplantou outras teorias de controle da legitimidade da ação estatal.

Na presente época, o controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis, mesmo que decorrentes de desvios de poder na esfera administrativa ou no âmbito legislativo, realiza-se, em grande parte, pelo emprego da teoria principiológica, com respaldo no princípio da razoabilidade e no postulado da proporcionalidade.<sup>5</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso (1997, p. 156), o princípio da razoabilidade tem sua origem no direito anglo-saxão e:

“[...] remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos. O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de

caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.”

Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 80-81) faz referência, como marco de origem do princípio da razoabilidade, ao caso *Wednesbury*, julgado em 1948, na Inglaterra. Segundo a autora:

“Houve um conflito entre *Associated Pictures House Ltda* e *Wednesbury Corporation*. Uma autoridade local autorizou os proprietários de uma sala de cinema a abrir aos domingos à tarde. No entanto, com base em uma antiga lei que permitia condicionar tais autorizações, proibiu a assistência a essas sessões dominicais dos menores de quinze anos, fossem ou não acompanhados. Os proprietários do cinema, prejudicados com o condicionamento, impugnaram-no, em juízo, por considerá-lo irrazoável. Perderam o pleito tanto em primeira quanto em segunda instância. Entretanto, o Presidente do Tribunal de Apelação – o *Master of the Rolls*, Lord Greene, incluiu um *obiter dictum*, com a seguinte redação: ‘O Tribunal pode controlar a ação de uma autoridade local para examinar se esta tomou em consideração os elementos que deveria ter em conta ou, ao contrário, se recusou ou omitiu algum que deveria

<sup>5</sup> Sobre as questões relacionadas com a aplicação de princípios constitucionais e sobre as características destes em relação às regras jurídicas, podem ser consultadas as seguintes obras: DWORKIN, 1999; ALEXYS, 1997; ESPÍNDOLA, 1999; BONAVIDES, 2000; FARIAS, 1996; GALLUPO, 1999, p. 191-209; GRAU, 1997.

ter considerado. Desde o momento em que a resposta a esta questão é favorável à autoridade local, pode, sem embargo, ser possível dizer que, ainda que tenha permanecido dentro dos limites de sua competência, a autoridade local chegou a uma conclusão irrazoável que nenhuma autoridade razoável teria adotado. E penso que um Tribunal pode intervir num caso tal'."

A partir desse julgamento, formulou-se o "princípio *Wednesbury*", oposto diante de decisões irrazoáveis, conhecido por teste de razoabilidade, o qual passou a ser aplicado pelos Tribunais britânicos.

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29), comentando a origem do princípio da razoabilidade, faz a seguinte observação:

"E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948."

Na vertente do direito alemão, o postulado da proporcionalidade resulta de construção jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional. O postulado da proporcionalidade, no direito alemão, tem a "qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de direito" (BARROSO, 1997, p. 163).

O postulado da proporcionalidade, consoante a construção jurisprudencial e doutrinária alemã, apresenta-se dividido em três subpostulados, a saber:

- a) o subpostulado da adequação;
- b) o subpostulado da exigibilidade ou da necessidade; e
- c) o subpostulado da proporcionalidade em sentido estrito.

A utilização do postulado da proporcionalidade, como elemento de aferição da legitimidade e da racionalidade de normas jurídicas, exige do operador jurídico o conhecimento das premissas que funda-

mentam cada um dos três subpostulados que o integram.

O subpostulado da adequação exterioriza a diretriz de que os meios escolhidos pelo legislador para atingir determinado fim devem ser coerentes e pertinentes com o objetivo almejado. Esse subpostulado encerra a noção da proibição de arbítrio. Assim, a medida elegida tem que apresentar correlação adequada com a finalidade pretendida.

Paulo Arminio Tavares Buechele (1999, p.126), comentando o subpostulado da adequação, apresenta as seguintes considerações:

"Portanto, sob o prisma da adequação, em face do princípio da proporcionalidade, o que se exige para a constitucionalidade do ato normativo limitador de um direito fundamental é, simplesmente, que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, que seja apto, capaz de lograr o desiderato pretendido. Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional".

O subpostulado da exigibilidade ou da necessidade traduz a concepção de que a medida escolhida pelo legislador ou pelo administrador público era indispensável para consecução do fim pretendido, ou seja: sem a adoção da providência escolhida, o fim perseguido pelo texto constitucional não seria atingido. "Em síntese: o objetivo almejado pela Constituição não pode ser atingido de outra maneira, que afete menos o indivíduo, a não ser através daquela eleita pelo legislador infraconstitucional [...]" (BUECHELE, 1999, p. 130).

Por fim, o subpostulado da proporcionalidade em sentido estrito reflete a ponderação ou a avaliação da relação custo-benefício, isto é: a verificação entre os gravames impostos e as vantagens auferidas. “O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível.” (GUERRA FILHO, 1999, p. 67-68)

A primeira decisão judicial alemã, em que se faz presente a tríplice dimensão do postulado da proporcionalidade, data de 16 de março de 1971 e apresenta a seguinte argumentação (WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, 1989, p. 75 apud MORAES, 1999, p. 79):

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

No Brasil, a Constituição Federal não contempla expressa menção ao princípio da razoabilidade. Contudo, a doutrina e a jurisprudência nacionais situam no art. 5º, inciso LIV, da Carta Política o fundamento do princípio no direito pátrio.

O princípio da razoabilidade funciona como instrumento jurídico de “calibração” dos atos produzidos pelo legislador e das ações determinadas pelos governantes. As palavras de Luís Roberto Barroso (1997, p. 159) sintetizam a importância do princípio da seguinte forma:

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser senti-

do do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”

Com fundamento no emprego do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando os vícios de atos administrativos e examinando a constitucionalidade de leis.

Pelo prisma da razoabilidade, em seu sentido material, que encontra fundamento na cláusula do devido processo legal, o Poder Judiciário tem declarado a inconstitucionalidade de leis que se revelam opressivas, destituídas de sensatez, de equilíbrio ou de justiça. O controle da legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis, orientado pelo princípio da razoabilidade, volta-se para a eliminação de opções normativas absurdas, consideradas, à luz da média compreensão da sociedade, como irrazoáveis.

Por outro lado, pelo emprego do postulado da proporcionalidade, o poder Judiciário declara a invalidade de normas que possuam cargas jurídicas coativas que excedam o necessário e adequado parâmetro limitador na situação considerada. O postulado da proporcionalidade exige a presença da “justa medida” em cada caso avaliado. O postulado da proporcionalidade relaciona-se com o sopesamento de interesses legítimos em contraposição. No exame conduzido pela proporcionalidade, são ponderados os prós e os contras presentes na adoção de uma medida e na imposição de sacrifícios dela decorrentes. Assim, qualquer medida desproporcional na consideração dos direitos envolvidos em dada situação deverá ser anulada, seja ela administrativa ou legislativa.

Em acordo com Gilmar Mendes (2000, p. 248), a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade, que se revela mediante contrariedade, incongruência ou inadequação entre meios e fins.

Ainda segundo Mendes (2000, p. 248), a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade contempla os limites do poder de conformação outorgado ao legislador.

Dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal ilustram a aplicabilidade do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade no controle dos atos legislativos.

O primeiro mostra a declaração de inconstitucionalidade de lei, por absoluta ausência de razoabilidade em sua finalidade normativa:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8 Amazonas*

(Medida Liminar)

Relator: Ministro Celso de Mello

Requerente: Procurador-Geral da República

Requeridos: Governador do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores *inativos* – vantagem pecuniária irrazoável e destituída da causa – liminar deferida.

– A *norma legal*, que concede a servidor *inativo* gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o *critério da razoabilidade* que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “*substantive due process of law*”, como *insuperável* limitação ao poder normativo do Estado.

Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada van-

tagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente *destituída* de causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do § 2º do art. 9º da Lei nº 1.897, de 05.01.89, do Estado do Amazonas.

Brasília, 19 de dezembro de 1994.”

Trecho do voto, a seguir transcrito, do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da Adin nº 1.158, manifesta o reconhecimento da dimensão material do princípio da razoabilidade, que atua como projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*:

“Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.”

O segundo acórdão representa a objetiva aplicação do postulado da proporcionalidade, tendo, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal entendido que a medida acabaria por impor ônus desproporcio-

nais às companhias de distribuição de gás, ferindo o princípio da livre iniciativa, mesmo que a finalidade da lei fosse a alegada proteção ao direito do consumidor, que poderia ser contemplada com outras medidas menos gravosas:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2 Paraná*

Reqte.: Confederação Nacional do Comércio

Reqdos.: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

*Ementa* – Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

*Acórdão*

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da Lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná.

Brasília, DF, 1º de julho de 1993.”

Trecho do parecer do Ministro-Relator, Sepúlveda Pertence, revela a importância da aplicação do postulado da proporcionalidade no controle de leis restritivas ou impositivas de obrigações:

“E, a partir desses dados de fato, invoca conferência de Gilmar Ferreira Mendes, no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, 1992, da qual transcreve (f. 16):

Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade).

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade no controle das leis restritivas, tal como se depreende da seguinte passagem de voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. Nº 930:

Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos. O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para ‘apreciar se as

restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público' demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da 'lei consigo mesma', tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos".

### 3.8. A superação da teoria do desvio de poder pela teoria dos princípios

Retomando a abordagem da teoria do desvio de poder, como técnica jurídica de controle da legalidade dos atos administrativos e de constitucionalidade das leis, é possível considerar que o declínio do seu emprego decorre dos seguintes fatores, todos abordados ao longo deste estudo:

1. Dificuldade probatória dos motivos reais que orientaram a edição do ato administrativo ou a elaboração da lei, para comprovação do desvio de finalidade.

2. Impossibilidade de plena aplicabilidade da teoria do desvio de poder no Direito Constitucional, tendo em vista a amplitude da liberdade de conformação do legislador ordinário em contraste com a margem de discricionariedade conferida ao agente administrativo.

3. Consolidação da teoria dos princípios e da sua conexão com a teoria dos direitos fundamentais, ampliando significativamente o conjunto de parâmetros limitadores da discricionariedade estatal.

4. Eficácia objetiva da teoria principiológica, decorrente da aplicação do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, sem a necessidade de aferição e comprovação do *animus* que orientou a edição do ato do Poder Público.

A teoria do desvio de poder, em sentido técnico-jurídico preciso, exige que sejam perquiridos e comprovados os "motivos mascarados" que orientaram a edição do ato estatal. A intenção real do agente público, para efeito da comprovação do desvio de finalidade, tem que ser provada, seja diretamente ou por meio de um conjunto de indícios convergentes.

Em contraste, a utilização do princípio da razoabilidade, como técnica jurídica de controle, desloca o foco da dimensão subjetiva do agente ou da necessidade de reunir-se um conjunto de indícios convergentes e volta-se para a dimensão objetiva do ato estatal, passando a verificar, tão-somente, a razoabilidade (a legitimidade, a justiça, a propriedade, a sensatez, o comedimento, a conformidade, a prudência etc.) do ato adotado.

Valeschka e Silva Braga (2006, p. 61-62) afirma que o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, fundou o controle da lei e atos normativos na teoria francesa do desvio de poder. Posteriormente, a Corte Suprema passou a fundamentar suas decisões no princípio da razoabilidade.

## 4. Conclusão

Assim, considerada a argumentação exposta ao longo deste estudo, entendemos que a utilização do princípio da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade, como parâmetros de aferição da constitucionalidade e da legalidade dos atos do Poder Público, observadas as singularidades que orientam a aplicação de cada um desses parâmetros em função da espécie do conflito ou da colisão de interesses considerados, demonstra-se mais eficaz do que o emprego da teoria do desvio de poder, que, em nossa visão, foi superada pelo controle principiológico.

A mudança paradigmática do Direito pós-positivista reintroduziu a ética na dimensão jurídica, conferindo densidade normativa aos princípios e aos direitos fundamentais. Esse giro normativo pôs em xeque todo um arcabouço de ideias e de teorias sedimentadas na vigência do positivismo jurídico, provocando a revisão de uma série de dogmas, até então intangíveis.

A insindicabilidade do mérito do ato administrativo, diante de um sistema de princípios que incorpora valores essenciais relacionados com a moralidade e a eficiên-



cia da Administração Pública, vem sendo questionada e cede, progressivamente, espaço para avaliação da razoabilidade do ato adotado. Aqui descabe alegação de ofensa ao princípio da separação de Poderes, tendo em vista que o controle judicial não determina a substituição da medida adotada por outra escolhida pela justiça, limita-se a declarar a irrazoabilidade ou desproporcionalidade da medida original e preserva íntegra a competência de escolha dos outros Poderes.<sup>6</sup>

A onda pós-positivista, ainda tomando o Direito Administrativo como campo exemplificativo, também pôs em xeque a tão decantada supremacia do interesse público, tendo em vista a essencialidade dos direitos fundamentais e as diretrizes da teoria dos princípios, especialmente a que afirma que nenhum direito ou princípio é absoluto. Marçal Justen Filho (2005, p. 45) pondera que a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público e que se configura na supremacia e na indisponibilidade dos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

Além disso, a progressiva consolidação, no âmbito do Direito Administrativo, do princípio da confiança legítima comprova

<sup>6</sup> Veja-se o Recurso Especial nº 429.570, julgado, em 11 de novembro de 2003, pelo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>7</sup> Sobre a questão da supremacia do interesse público, vejam-se: "A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo", de Alexandre Santos de Aragão; "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", de Humberto Ávila; "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo", de Gustavo Binenbojm; "Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional", de Daniel Sarmento; "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais", de Paulo Ricardo Schier, todos publicados em "Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo, de OSÓRIO, 2000, p. 69-107; BORGES, 2003, p. 92-107.

o vigor jurídico da doutrina e da jurisprudência pós-positivista.<sup>8</sup>

O Direito Constitucional também sofreu o influxo dessa vaga revisionista e as premissas dela decorrentes foram incorporadas a um movimento intelectual denominado neoconstitucionalismo.<sup>9</sup>

O reconhecimento da normatividade dos princípios e a elevação dos direitos fundamentais à posição de marcos primários de orientação da vida em sociedade são alguns dos novos paradigmas que o Direito Constitucional passou a abrigar.

Vive-se, por consequência, um momento especial na história do Direito brasileiro, caracterizado por pujante produção acadêmica e pela presença ativa da Suprema Corte Nacional.

Nesse contexto de efervescência crítica e intelectual, resta apenas dizer, como Goethe: "Luz, mais luz".

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83-103.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do

<sup>8</sup> Veja-se o Mandado de Segurança nº 22.357, julgado, em 27 de maio de 2004, pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>9</sup> Sobre o neoconstitucionalismo, vejam-se: CARBONELL, 2005, 2007. DUARTE; POZZOLO, 2006. MOREIRA, 2008. BARROSO, 2005, p. 1-42. BARCELLOS, 2005, p. 83-103.

direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-42.

\_\_\_\_\_. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 3, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 44. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92-107.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 1 ed. (2005), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CHEVALIER, Jacques. *Le droit administratif, droit de privilège? Pouvoirs* n. 46. Paris: Puf, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de direito administrativo*. 3 ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 1 ed. (2006), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8 ed. (1997), reimpressão. Madrid: Civitas, 1998.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. rev. e ampli. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, José Alexandre. A justiça de Rawls e o pós-positivismo. *Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna*. Juiz de Fora, n. 2, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/artigos2.asp>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 143. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 172, p. 1-19, abr./jun. 1988.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2 ed. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 2000.

- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. n. 220, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- OTERO, Paulo. *Direito administrativo: relatório*. Coimbra: Almedina, 2001.
- PASTOR, Juan Afonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2 v. Madrid: CEURA, 2000.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 140, p. 283-294, out./dez. 1998.
- \_\_\_\_\_. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- \_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003.
- TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 62-68, 1993.
- \_\_\_\_\_. Teoria e prática do desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 174, p. 1-18, jul./set. 1974.
- \_\_\_\_\_. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 228, p. 1-12, abr./jun. 2002.
- VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 239, p. 127-138, jan./mar. 2005.