
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Luís Enrique Chase Plate
Alice Gonzáles Borges	Lúcia Valle Figueiredo
Carlos Ari Sundfeld	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (<i>in memoriam</i>)
Carlos Ayres Britto	Marçal Justen Filho
Carlos Delpiazzi	Marcelo Figueiredo
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Márcio Cammarosano
Celso Antônio Bandeira de Mello	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Clèmerson Merlin Clève	Nelson Figueiredo
Clóvis Beznos	Odilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz (<i>in memoriam</i>)	Paulo Neves de Carvalho (<i>in memoriam</i>)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajaville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancaner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum
Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

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

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2004.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
site: www.editoraforum.com.br

A Constitucionalização das Regras da Administração Pública e o Controle do Poder Judiciário

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – IADP. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Comendador da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho admitido no Conselho em agosto/95. Agradado com a Comenda da Ordem Ministro Silvério Fernandes de Araújo Jorge, no Grau Máximo (Grã-Cruz)

Sumário: **1** Considerações iniciais - **2** Princípios constitucionais como diretrizes fundamentais da administração - **3** A constitucionalização das regras da administração pública e o controle do poder judiciário - **4** Conclusão

1 Considerações iniciais

O Direito Constitucional, dentre outras funções, possui a indelegável missão de reger o Estado, não só na sua organização, como também controlando os atos que são baixados em seu nome, além de eleger diversos direitos e garantias fundamentais para toda a sociedade.

A abrangência, para o direito público, do seu conteúdo é um horizonte infinito, tendo em vista que a Constituição é o ponto de partida de qualquer organização política de um Estado. Por ela, os direitos e deveres são previamente estabelecidos, criando um indissolúvel e estreito nexos entre a Constituição com a Administração, tendo em vista que a primeira considera o Estado enquanto constituído, delimitando os balizas para a sua atuação, ao passo que o direito administrativo enfoca a respectiva atuação em busca da finalidade pública. Ou, segundo Linares Quintana:¹

El derecho constitucional al Estado en cuanto constituido, mientras que el derecho administrativo enfoca a aquél en tanto actúa en el logro de sus fines. Es así que, quizá incurriendo en exageración, puede afirmarse que mientras el primero investiga la anatomía estatal, el segundo se ocupa de la fisiología del Estado, que equivale a sostener que uno trata de la estática y el otro de la dinámica del Estado; do cual no es exacto sino en parte y con ciertas reservas, por cuanto el derecho constitucional comprende también el estudio de la vigencia de las instituciones políticas, de la teoría y la práctica de la Constitución.

¹ V. QUINTANA, Linares. *Tratado de La Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1977, t. II, p. 315-316.

Marienhoff,² outro grande expoente da doutrina portenha, escreve que “el derecho constitucional y el derecho administrativo se relacionan por un vinculo similar al existente entre el derecho muy propriamente dicho (derecho sustantivo) y la ley de procediento. De abri que se torna expressado que el derecho administrativo e el derecho procesal del derecho constitucional, con lo que quiere expresarse una vez más que si constitución equivalente a estructura, Administración supone actividad teleológica, acción en suma.”

Com referência as normas de direito constitucional e as normas de direito administrativo, se espelhando em Santi Romano, Linares Quintana³ estabelece as seguintes considerações:

- as normas de direito constitucional impõem ao legislador infra-constitucional uma regra, uma limitação e um dever, em face de um princípio constitucional, que deverá ser cultuado e respeitado, para a realização de um fim do Estado, no sentido de regular sua atividade jurídica através do direito administrativo;
- a norma de direito constitucional é ampla, radiando seus efeitos para o direito administrativo que é criado pelo legislador dentro dos limites traçados pela *Lex Legum*.

Como visto, a construção e interpretação do Direito Administrativo possui como ponto de partida as condicionantes gerais derivadas do texto constitucional.

Por certo que a Constituição não possui o alcance de esgotar toda a matéria jurídica, mas como norma de hierarquia superior e suprema, ordena todas as demais, pois expressa uma série de princípios e valores que não poderão ser descartados, devendo os demais ramos do direito adaptar-se às suas disposições.

Em especial, o direito administrativo possui uma incidência mais intensa com a CF do que os demais ramos do direito, em razão dele ser essencialmente o regime jurídico do Poder Público que é controlado exatamente por aquele.

A Constituição é a luz solar que ilumina o direito administrativo, devendo os seus princípios básicos e valores fundamentais serem cultuados, como condicionalmente para a tomada de decisões e atos.

² MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Aheledo-Perrot, 1965, t. 1, p. 157.

³ QUINTANA, Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1977, p. 319.

No atual estágio, onde o Estado Democrático de Direito⁴ é o eleito pela nossa Constituição, a Administração Pública se movimenta em quatro níveis, que são hierarquizados e impõem a estrita obediência aos seus comandos:

- em primeiro lugar, a Constituição, norma primeira e fundamental do sistema normativo, superior em hierarquia e força vinculante a qualquer outra, contendo os princípios estruturais do sistema e da distribuição básica de competência entre seus diversos órgãos e sujeitos;
- em segundo lugar, a Lei, que compreende, primeiramente, as normas emanadas do Parlamento, assim como todas aquelas que possuam *status* e força normativa equiparada a da lei;
- em terceiro lugar, o Regulamento, que se enquadram todas as normas de nível inferior a da lei, emanada pelo Estado administrador para regular e disciplinar as atividades dos órgãos públicos;
- por último, os atos administrativos, produzidos pelos administradores públicos, respeitada a competência e conveniência interna de cada órgão.

Mostra Caio Tácito⁵ que:

A Constituição é o grande painel dessa nova concepção de liberdade.

É, contudo, na continuidade da administração que os direitos inscritos no plano superior da normatividade alcançam a perfeição da eficácia. A norma originária da Constituição transita pela legislação derivada (leis e regulamentos) para alcançar a individualização de seus efeitos mediante a ação administrativa.

A posteriori, o magistral mestre administrativista,⁶ realça que o direito constitucional e o direito administrativo se imbricam e se completam, *verbis*:

O direito constitucional e o direito administrativo se imbricam e se completam na prestação efetiva do Estado de Direito.

Assim como o direito administrativo encontra suas bases no antiplano das Constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras Cartas de princípio, sem o socorro do direito administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma pragmática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam

⁴ "O Estado de Direito, ao contrário, submete o poder ao domínio da lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica" (TÁCITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. In: *Tema de Direito Público*. Renovar, 1997, v. 1, p. 450).

⁵ TÁCITO, Caio, art. cit., p. 456.

⁶ TÁCITO, Caio, cit. ant., p. 456-457.

na concretização dos ideais de justiça e igualdade social (...) Por essa forma, sobre as bases constitucionais se construirá a presença do direito administrativo.

Não foi por mero acaso que o direito administrativo nasceu e se desenvolveu no Século XIX, em plena era constitucional, como elo robusto do Estado de Direito.

O direito administrativo é um produto do Estado de Direito, no qual nasce e se desenvolve em virtude de que a organização e funcionamento dos órgãos que exercem o poder público se encontram regulados com base nas disposições constitucionais vigentes, onde se constata estreita relação de ambas disciplinas, posto que sem Direito Constitucional não haveria o direito administrativo contemporâneo, voltado para a era do respeito da legalidade.

Por conseguinte, o direito constitucional se refere cabalmente ao fundamento jurídico de todo poder público,⁷ regulando a atividade do Estado e disciplinando seu funcionamento, além de impor normas básicas voltadas aos direitos humanos e fundamentais do povo.

Feito este registro, é de se consignar que o direito constitucional é a principal fonte de direito administrativo, estabelecendo os princípios fundamentais para a organização e a atividade da administração pública, regendo os atos a serem praticados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo como princípio mais relevante o da primazia das normas constitucionais sobre as demais. Este princípio teve origem nos Estados Unidos (obrigação de interpretar a lei *in harmony with the Constitution*), se desenvolvendo também na Alemanha (*Verfassungskonforme Anlegung der Gesetze*)⁸ e nos demais países que preconizam o estado de direito como forma de governo.

E Marienhoff diz que “el derecho administrativo tiene con el derecho constitucional son de “dependencia”, tanto más cuanto toda la actividad jurídica de la administración pública, en última instancia, encuentra sus limitaciones en la Constitución.”⁹

É a Constituição que traça as bases que a Administração Pública será regida, determinando inclusive princípios¹⁰ que deverão ser integralmente

⁷ “El Derecho Constitucional es la espina dorsal del Derecho Administrativo, y a que todas las normas fundamentales de éste tienen su nacimiento en aquél y así puede decirse que la actividad jurídica de la administración encuentra sus limitaciones en la constitución” (DIEZ, Manuel Maria. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Plus-Ultra, 1983, t. I).

⁸ ENTERRIA, García de; FERNANDEZ, Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1995, t. I, v. 7, p. 101.

⁹ In: *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, t. I, p. 170.

respeitados, até como condição de validade dos atos praticados, sendo a própria “pedra angular” do direito administrativo. Não se pode dissociar o direito administrativo do constitucional, eis que não é permitido ato de autoridade investido de poder contrário ao *Texto Mater*, que é a viga de sustentação de toda manifestação dos três Poderes. No caso específico da atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1998, houve radical melhoria de redação relativamente à Carta que a precedeu,¹¹ sendo certo, que o Capítulo VII, embutiu os preceitos que são aplicáveis aos servidores públicos localizados dentro do capítulo que cuida da Administração Pública, radiando seus efeitos para os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 37 e seguintes).

Já no *caput* do Art. 37 da CF, o constituinte moderno deixou consignada sua marca, eis que não admite mais a atuação da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos ramos do Poder, sem a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, aos elencados nos incisos e nos parágrafos constantes da citada norma legal.

2 Princípios constitucionais como diretrizes fundamentais da administração

Os princípios jurídicos contidos no corpo do art. 37 da CF são fundamentais (Rechtsgundätze) e inderrogáveis, projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico administrativo, com a imediata vinculação dos entes de direito público. Vinculada que está, a Administração deverá pautar seus atos em conformidade com os princípios consagrados na Constituição, sob pena de tornarem-se inválidos.¹²

Os princípios gerais de uma ciência, na visão de Norberto Bobbio,¹³ nada mais são que “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais graves”.

Sugerindo os princípios com a expressão “mandado de otimização”, Robert Alexy¹⁴ escreveu:

¹⁰ Odete Medauar, afirma que “Na Constituição o direito administrativo tem suas bases, aí são enunciados alguns de seus princípios (por ex. legalidade, moralidade, publicidade) e delineados parâmetros de alguns dos seus institutos (ex. responsabilidade civil do Estado, concessão de serviço público). In: *O Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 38.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 20.

¹² “La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos, por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derecho fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad” (ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1971, p. 49).

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 256.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau em que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Também merece destaque, as colocações de Bidart Campos,¹⁵ que ao se referir à hermenêutica constitucional, pontificou que “si hay principios generales del derecho constitucional (y no sólo la integración) deve girar en torno de ellos, em cuanto gozan de la supremacia de la constitución a la que pertenecen.”

Para Marcello Ciotola,¹⁶ “os princípios são definidos como verdades de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de Juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Entendidos como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, os princípios, tendo por base sua generalidade ou abrangência, se dividem em onivalentes, plurivalentes e onivalentes.”

Como alicerce do conhecimento, os princípios não podem ser dissociados do contexto geral, cabendo, nesse particular, registrar as colocações feitas por Miguel Reale:¹⁷

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referencia e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.

Tanto os princípios como as regras de uma Constituição se transformam em normas, porque determinam para toda a sociedade o que deve ser seguido e cultuado.¹⁸

In casu, os princípios contidos no *caput* do art. 37 da CF são expressos e determinados, fazendo nascer para a Administração Pública a obrigatoriedade de segui-los, sob pena de cometimento de ato ilegal, divorciado

¹⁴ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Doxa: Universidad de Alicante, nº 5.

¹⁵ CAMPOS, German Bidart. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1988, p. 234.

¹⁶ CIOLLA, Marcelo. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Coord.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris, p. 29.

¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

¹⁸ “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los

do que vem estatuído na Constituição.

Os princípios *sub oculis*, como conceituado por José dos Santos Carvalho Filho,¹⁹ são “diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.”

No campo do Direito Administrativo, onde sempre se questiona a validade de atos baixados pelo Poder Público, o assunto em comento toma maior relevo, pois é mais do que sabido que se o foco do poder não for controlado ele vira uma tirania, onde a vontade pessoal do agente retira o vulto da legalidade.

Não existe ciência sem princípios, sendo certo que no campo público elas foram exteriorizadas expressamente para não dar margem a divagações ou especulações, devendo o intérprete ser vigoroso em seu juízo de valor, com o objetivo de manter letra viva do que foi imposto pelo legislador constituinte. Do contrário os princípios cairiam no vazio.

A partir da Constituição de 1988, houve uma inovação em matéria de Administração Pública, que foi a consagração dos princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública,²⁰ devendo o Administrador pautar seus atos sintonizados com os princípios expressos no *caput* do art. 37, dentre outros.

Esses preceitos básicos foram constitucionalizados para não dar margem a fortuitas dúvidas.

Funcionam, assim, os princípios, como normas fundamentais para a boa gestão da coisa pública, sendo certo, que constitui ato de improbidade administrativa quem violar, por ação ou omissão, os respectivos princípios, consoante lição do art. 11, da Lei n.º. 8.429/92.²¹

3 A constitucionalização das regras da administração pública e o controle do poder judiciário

Como muito bem focou Alexandre de Moraes,²² a Constituição Federal

princípios, a igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83).

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Lumen Juris, p. 12.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19.

²¹ “Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições...”

de 1988, “ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência do controle de constitucionalidade.”

Esse efetivo controle se faz presente sempre que houver uma desconsideração por omissão ou ação, dos princípios e regras constitucionais que foram endereçados para o Poder Público, como uma forma de melhor servir à coisa pública e a sociedade.

No limiar do século XXI, não se admite mais uma Administração divorciada dos preceitos constitucionais.

A constitucionalização dos princípios e preceitos básicos da Administração Pública tem como finalidade a possibilidade de defesa imediata desses valores fundamentais, que estão encartados na Carta Maior, como base de sustentação dos atos públicos a serem baixados.

Em parcial convergência com o mestre Alexandre de Moraes,²³ citamos a seguinte passagem:

Assim, se por um lado não cabe ao Poder Judiciário moldar a Administração Pública discricionariamente, por outro lado, a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade do controle de constitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do STF, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis como texto da Constituição.

Nossa divergência parcial ao citado mestre, do qual nutrimos o maior respeito e admiração, cinge-se ao fato de ser lícito, na atual fase constitucional (constitucionalização das normas da Administração Pública), a figura do legislador positivo por parte do Poder Judiciário. Aliás, essa nova órbita do direito constitucional vem sendo coroada pelo STF e por parte de diversos autores consagrados. Não resta dúvida que o tema é polêmico e despertará no leitor uma grande indagação: poderá o Poder Judiciário concertar uma discriminação ilegítima, determinando que se faça positivamente determinado ato?

²² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 768.

²³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 768.

Para responder a esta intrigante indagação, iremos tecer algumas considerações, que a seguir se desenvolvem.

É indubitosa a dificuldade na valoração de uma dada discriminação como legítima ou não, mas a dificuldade não significa eximir-se o juiz da apreciação da existência de critérios de razoabilidade do discrimine em cada caso.

Assim, se dada interpretação tem como conseqüência uma discriminação infundada dentro de um privilégio legítimo, há que se perquirir sobre a possibilidade de se dar ao preceito jurídico uma interpretação mais ampla, ainda dentro do seu sentido literal possível., tendo em vista que existe o conflito de normas constitucionais.

Nesse ponto torna-se interessante asseverar que a presunção deve ser a de que não busca o legislador criar uma norma inconstitucional e que, por isso, o fato de a norma compreender uma interpretação mais “restrita” não significa que ele tenha desejado excluir situações materialmente idênticas, em face das quais muitas vezes sequer vislumbrou a existência.

Há critérios teleológicos que são *objetivos*,²⁴ isto é, não são próprios da pessoa do legislador, mas do senso de todas as pessoas, os quais se impõem “mesmo quando o próprio legislador não tenha tido porventura plena consciência deles.”²⁵ Se razoável tal interpretação, sem violentar o sentido da norma, há que prevalecer essa por conformidade à igualdade e, por conseguinte, à Constituição.

O que fazer, portanto, diante de uma norma que discrimina iguais?

Para o eminente constitucionalista Português, Jorge Miranda,²⁶ pode o juiz estender o benefício, objetivando dar interpretação conforme à Constituição, assim como vem entendendo o E. Supremo Tribunal Federal.

Qual seriam os interesses/fundamentos que autorizariam a extensão?

O primeiro interesse compreende não se olvidar que, o art. 37 da CF criou princípios objetivos para Administração Pública sendo a discriminação desarrazoada dentro de um mesmo contexto.

²⁴ Os princípios expressos no art. 37 da CF são objetivos.

²⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fund. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 487.

²⁶ “A interpretação conforme à Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e que se torna possível por virtude da força conformadora com a Lei Fundamental. E são diversas as vias que, para tanto, se seguem e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do acto) e porventura, à conversão (configurando o acto sob a veste de outro tipo constitucional)” (Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Ed., t. II, p. 264-265).

A inobservância aos princípios cardeais do direito administrativo (*caput* do art. 37 da CF) autoriza ao Juiz promover a devida reparação necessária.

Inegavelmente, a constitucionalização das normas da Administração Pública autoriza aos administrados ingressarem em Juízo pretendendo o reconhecimento da sua eficácia e devida extensão.

Daí porque, não assiste razão ao preclaro mestre Alexandre de Moraes, quando ele assevera que a solução, *in casu*, seria a declaração de inconstitucionalidade dos referidos diplomas legais, o que representaria aumento do vazio normativo e, por conseguinte, uma situação de maior inconstitucionalidade, uma vez que as pessoas (administrados) estariam ao talante da própria sorte, ficando desprotegidas, apesar da Constituição Federal amparar-lhes.

Atento a questões declinadas, o E. Supremo Tribunal Federal tem evoluído seu entendimento, possibilitando a extensão de benefícios, quando se trata de regra constitucional auto-aplicável, que são rigorosamente aos casos dos princípios expressos no *caput* do art. 37, consoante se verifica no Mandado de Segurança nº. 22307-7/DF, onde o Excelso Pretório estendeu a vantagem de 28,32% para todos os servidores públicos que não obtiveram o respectivo aumento estipendial por ter sido afrontada a regra então vigente do inciso XV do citado art. 37:

REVISÃO DE VENCIMENTOS – ISONOMIA.

A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” – inciso X – sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente dos servidores públicos civis e militares – inciso XV, ambos no artigo 37 da Constituição Federal.²⁷

O princípio da igualdade, seja no enfoque específico dado ao regime jurídico dos servidores públicos, aos demais princípios expressos da CF, não deve ser entendido como um dever endereçado somente ao legislador de conceder o mesmo tratamento àqueles que se encontram na mesma situação, mas, também, um dever endereçado ao juiz para que aplique diretamente aos casos levados ao Judiciário a norma constitucional, que, conforme, aduziu o STF nesse último e inovador precedente, é norma constitucional auto-aplicável diretamente pelo magistrado e, portanto,

²⁷ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22307-7/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJ 13 jun. 1997, Ementário nº. 1873-03.

dispensa integração legislativa.

Merece, portanto, destaque os seguintes votos proferidos no citado julgado abaixo transcritos:

Assim, sustentou o Ministro-Relator Marco Aurélio:

Senhor presidente, sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do Executivo Federal, já que o militar foi contemplado.

Deve-se ressaltar sobre o tema, a crítica veemente do Ministro Maurício Corrêa ante o esvaziamento prático do princípio da isonomia:

Não o tendo feito o Presidente da República que detém a iniciativa para detonar o processo legislativo visando a corrigir a injustiça, como se esperou até agora, quem o fará, se se está diante de intolerável e odiosa segregação, senão o Poder Judiciário, que proclamou para os seus servidores o reconhecimento da extensão do reajuste?

Ademais, sustentou brilhantemente o Ministro Corrêa:

O preceito constitucional que veda a revisão diferenciada, não precisa de lei para regulamentá-lo, porque ele se autodefine. Pela natureza e excepcional consistência estrutural em que se baseia a sua finalística explica por si só o princípio ordenatório que foi ultrajado; pela imperatividade de seu comando, é ele auto-suficiente e de aplicabilidade imediata, porque se assim não fosse seria letra apagada posta na Lei Maior, e a Constituição não é arquivo morto dos direitos que proclama.

Em arremate, o preclaro Ministro consignou:

caracterizada como está a violação constitucional, impõe-se, convocada a Suprema Corte, que o mal seja reparado (...) E é essa a exata hipótese dos autos, pois que reconhecida a afronta a dispositivo expresso na Constituição, que indubitavelmente houve, somente ao Judiciário cabe fazer a tempo a sua necessária recomposição; e mais ninguém.

Dalmo de Abreu Dallari,²⁸ citado pelo v. acórdão em tela, comunga da mesma hóstia, quando afirma que: “quando o Poder Judiciário determina que se cumpra a Constituição, ele não está legislando, mas sim, cumprindo as suas funções específicas.”

Na mesma balada, segue a lição de José Afonso da Silva:²⁹

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 65.

Como, então, resolveu a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por tal caso tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta.

Fazendo eco a citação anterior, seguem as legendárias palavras de Saavedra Fazardo, invocadas pelo Min. Maurício Corrêa, quando do julgamento do MS nº 22.307/DF:

Las leys no pueden darse a entender por si mismas y son cuerpos que reciben el alma y el entendimiento de los jueces, por cuya boca hablan y por cuya pluma se declaran y aplican a casos.

Outra expressiva passagem foi quando o ilustre Min. Carlos Velloso, ao proferir o seu voto no MS nº 22.307-DF se filiando a corrente majoritária, deixou expresso:

Sr. Presidente, a solução que preconizam os que pensam como eu em caso assim é a que empresta à Constituição o máximo de eficácia; é a solução que, mais de uma vez, a Suprema Corte Norte-Americana emprestou às suas decisões; é a solução que ilustres tribunais brasileiros, por mais de uma vez, emprestaram à questão. Acho até que caminha-se para um retrocesso afirmar-se que em caso assim ter-se-á que se valer da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (...) A lei, no caso, é a própria Constituição. A Corte constitucional emprestará, decidindo desta forma, à Constituição a eficácia que ela tem.

Em outro expressivo julgado, o STF,³⁰ no AGRRE nº. 249.454-2/RS, relatado pelo Min. Celso de Mello, se coaduna com o que foi exposto alhures:

(...) A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundido, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em outras palavras: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente.

O critério da interpretação conforme a Constituição que privilegia a interpretação extensiva da norma legal, em contraposição a interpretações mais restritas está limitado ao “sentido possível” da mesma (e, portanto, este

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 222.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 249.454-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJ 26 nov. 1999, ementário nº. 1973-15.

é o limite que circunda a sua própria zona de aplicação, que é o campo da interpretação da norma legal – Larenz).

Com efeito, referido critério restará superado na medida em que se admitir a tutela jurisdicional positiva dos princípios constitucionais não só da igualdade, como e especialmente das normas expressas no *caput* do art. 37 da CF, pelo que se vislumbraria implícito nesses preceitos constitucionais um comando endereçado ao juiz para que estenda o privilégio àqueles que, inobstante a identidade de situação material, não foram contemplados pelo legislador, cuja hipótese de aplicação reside exatamente na existência de discrimine legal levado à apreciação do Poder Judiciário.

Em verdade, não fosse o transcrito julgado, o E. Supremo Tribunal Federal há muito já vem reconhecendo a possibilidade de outorgar benefícios e reconhecer direitos, *in casu* cita-se, como exemplo a imunidade, inobstante a inexistência de lei, conforme se observa no julgado abaixo colacionado:

MANDADO DE INJUNÇÃO 232-1/RJ

Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.³¹

Deveras, o princípio é o mesmo, como pode ser facilmente constatado pela clareza da ementa, a Corte Constitucional reconheceu o direito ao gozo da imunidade, inobstante a Carta Magna vinculá-la a existência de lei a ser editada, *litteris*:

Art. 195 – A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Têm-se, portanto, que em função da constitucionalização das normas de Administração Pública, o Poder Judiciário amplia o seu leque de controle sobre os atos do Estado.³²

³¹ Mandado de Injunção nº 232-1/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, STF, DJ 27 mar. 1992.

Não se trata de legislar positivamente, pois compete ao Judiciário interpretar e aplicar as normas legais, em especial o que vem contido na Constituição.

Retirando do Judiciário essa prerrogativa seria o mesmo que engessar os direitos e garantias fundamentais que a Constituição radia para toda a sociedade.

Por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra nos princípios constitucionais a primeira e mais fundamental de suas limitações.

Retirar do juiz a sagrada missão de aplicar os preceitos constitucionais é o mesmo que vedar a acessibilidade ao Judiciário, em afronta ao inc. XXXV do art. 5º da CF.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³³ em sendo o princípio da legalidade a base do Estado de Direito, a inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito é a sua própria garantia:

A importância prática do preceito (...) está em vedar sejam determinadas matérias a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio (...) o crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível preponderância de governantes e burocratas.

Portanto, a inafastabilidade de lesão ou da sua simples ameaça autoriza o Juiz curar a chaga da injustiça perpetrada, para, em nome de um direito constitucional, resgatar a dignidade do jurisdicionado, com a imediata aplicação do preceito invocado.

Restringir o Juiz de ser um fiscalizador da legalidade, retirando-lhe o poder de consertar defeitos legislativos, seria um grande caos para toda sociedade, em detrimento ao Estado de Direito em que vivemos.

Pode e deve o Judiciário assumir o seu grande papel social, que consiste na salvaguarda da Constituição Federal e na aplicação do Direito em cada caso concreto.

Em sentido irrecusável esclareceu Celso Ribeiro Bastos:³⁴

Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ini-

³² "A medida que as normas básicas do Direito Administrativo foram constitucionalizadas, alargou-se a possibilidade de interpretação judicial desses institutos, ampliando-se a ingerência do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador" (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 770).

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 55.

vérsias que surjam da sua aplicação.

É da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio³⁵ a definição sobre a essência da prestação jurisdicional a que impõe a CF:

A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-Juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculada pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV, do art. 5º da Carta da República.

Possui, assim, o Estado-Juiz a indelegável missão de incentivar e implementar a aplicação das regras constitucionais voltadas para a Administração Pública.

Para que haja o efetivo controle dos atos públicos, mister se faz que não ocorram impedimentos legais para a livre e justa apreciação do Poder Judiciário, impondo, inclusive, a extensão de direitos e garantias individuais ou coletivas para fazer valer a efetividade das normas e princípios constitucionais voltados para a regulação do Poder Público. Este é o verdadeiro espírito de justiça que todos esperamos de um Judiciário firme e correto, que só se curva à consciência jurídica dos seus membros.

Defender um Judiciário estático não é lícito e nem moral, pois a Constituição não iria criar princípios, para deixá-los inertes e inoperantes, sem qualquer valia, porque isto seria simplesmente inaceitável.

Coerente é a análise de Celso Ribeiro Bastos,³⁶ no seu “Comentários à Constituição do Brasil”, quando discorre explicitamente sobre a necessidade do Judiciário alçar a posição de reparar o caráter vicioso de norma que fere a Constituição:

A lei deve tratar igualmente tanto quando concede benefícios, confere isenções, outorga vantagens, quanto quando impõe sacrifícios, multas, sanções. Neste último caso, os particulares se limitam a atacar o caráter vicioso da norma com o propósito de anulá-la, visto ser esta a única forma de restaurarem o direito subjetivo lesado. O mesmo não ocorre, contudo, no primeiro caso, quando as leis concedem benefícios. Aqui, a tendência é das categorias não colhidas pela lei pleitearem a extensão destes mesmos benefícios a si mesma.

(...)

Se se tratar contudo da via de defesa em que o lesado compareceu a juízo para reparar a sua situação, aqui, o procedimento mais correto é o de atender à súplica,

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, p. 214.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., RE nº. 172.084/MG – DJ 3 mar. 1995, p. 4.111.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 15.

caso precedente, daquele que foi lesado pela omissão, embora não se desconheça que, ao assim proceder, o Judiciário quase se alça à posição de legislador.

Mas isto cede diante da conveniência maior em ver resolvido o problema da vítima da lesão.

(...)

Na mesma moldura, Adilson Abreu Dallari³⁷ consignou:

Se a remuneração que a lei manda pagar ao servidor, estiver em desacordo com um direito assegurado pela Constituição, deve prevalecer a regra constitucional, e não o contrário.

Quando o Poder Judiciário determina que se cumpra a Constituição, ele não está “legislando”, mas sim cumprindo sua função específica (...) Positivamente, a Constituição não pode ser cumprida pela metade, nem cabe ao Judiciário escolher qual regra quer aplicar e qual regra não quer aplicar...

Sérgio D’Andrea³⁸ também corrobora o que foi dito:

É claro que quanto ao primeiro aspecto poderá haver a promoção de medida judicial para obtenção da igualdade no caso de omissão do legislador e do administrador. Não diga que, em tal hipótese, o Judiciário estaria legislando ou administrando, com extrapolação de sua competência: é que a regra do art. 39, §1º, cria direito público subjetivo, com efetividade da exigibilidade.

Sobre o poder de o Judiciário declarar nulos atos contrários à Constituição, Hamilton afirma:³⁹

Esa declaración judicial no implica preeminencia del Poder Judicial sobre El Poder Legislativo, sino la superioridad de la Constitución sobre todos los poderes de gobierno. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Los tribunales actúan como un cuerpo intermedio entre El pueblo y la legislatura, con la finalidad de mantenerla dentro de los límites que la Constitución establece. Lá interpretación de las leyes es propia de los velar por el cumplimiento de la Constitución, ley fundamental de la organización Juridicopolítica. Les corresponde interpretar la Constitución y las leyes, y si se produce un conflicto entre las dos, deben preferir a la Constitución porque tiene fuerza obligatoria y validez superiores. Lo que está en juego no es una cuestión de superioridad entre el Poder Judicial e el Poder Legislativo sino entre la soberanía del pueblo y los actos propios de uno de los poderes creados por la Constitución, es decir, un conflicto entre norma fundamental y las normas secundarias que le están subordinadas.

³⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 65.

³⁸ D’ANDREA, Sérgio. *Comentários à Constituição*. Freitas Bastos, v. 2, p. 187.

³⁹ *El Federalista*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 331-332.

Preleciona J. Story que:⁴⁰

Al interpretar las leys, los jueces deben establecer si ellos son conforme a la Constitución o no, y si no la son, declarareas sin efecto. Tienen la obligación de custodiar el imperio de la Constitución, ley suprema y fundamental de la República.

Para Dalmacio Vélez Sarsfield (“Diario de Sesiones de la Camara de Senadores del Estado de Buenos Aires”), “La Constitución, por conseguinte, domina sobre todos los poderes; es superior a todas las leyes que puedan dar los cuerpos legislativos y a ella deben los jueces ajustar sues decisiones sin aplicar jamás una ley inconstitucional. Los jueces son los guardiones de la Constitución y los derechos y garantías individuales”.

Tivemos a oportunidade, em outra oportunidade de deixar expresso:⁴¹

Assim, quando uma lei peca pela falta de constitucionalidade, cabe ao Judiciário, como guardião da legalidade, anulá-la, ou adaptá-la à realidade virtual do Texto Maior.

Dessa forma, quando uma categoria de servidores públicos for alijada de determinada vantagem, cabe ao Judiciário possibilitar que se cure a chaga da injustiça apontada, estendendo a vantagem para os que foram injustamente preteridos, pois a isonomia possibilita que o poder judicante supra a omissão inconstitucional, sem que haja invasão no Legislativo.

Fazer uma Carta Magna e não executá-la é o mesmo que autorizar o que se quer proibir, como já dito por Richilieu.

Tem-se que a fiscalização da constitucionalização das regras da Administração Pública, por parte do Poder Judiciário, é uma necessidade básica, onde o Juiz possui a missão indelegável de estender determinado princípio constitucional ao caso concreto, sem que com isto invada a competência do Legislativo.

4 Conclusão

A constitucionalização das regras da Administração Pública permite ao Poder Judiciário um controle mais efetivo sobre os atos administrativos.

Apesar de serem conceitos indeterminados, os princípios constitu-

⁴⁰ “Comentários”, libro III. *Poder Judicial de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1963, p. 2.

⁴¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Compêndio de Direito Administrativo – Servidor Público*. Forense, 1998, p. 329.

cionais poderão ser valorados e aplicados pelo Judiciário, que está apto a curar as chagas das injustiças levadas ao seu conhecimento. Não será uma hipótese de se legislar positivamente, quando configurada a quebra de um dos princípios da Constituição, pois o Judiciário, dentro da conflituidade narrada, possui a indelegável missão de não permitir que ocorra uma discriminação ao Texto Fundamental.

Mesmo o ato administrativo discricionário não poderá ser caracterizado em colisão com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Como muito bem averbou Duguit,⁴² “o direito objetivo ou a regra de direito designa valores éticos que se exige dos indivíduos que vivem em sociedade”, o que significa dizer que o direito subjetivo (princípios constitucionais) verificado pela constitucionalização das regras da Administração Pública funciona como dever a ser seguido e respeitado pela Administração.

Pelo novo regramento constitucional, a Administração Pública deverá, antes de se movimentar, cultivar os princípios constitucionais que lhes são endereçados.

⁴² DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Cone, 1996, p. 7.