

*compilações doutrinais*

VERBOJURIDICO

**A RECONSTRUÇÃO DA TANGIBILIDADE DOS ACTOS DO PODER  
EXECUTIVO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO  
POR MEIO DO CONTROLE DE CONFORMIDADE  
CONSTITUCIONAL**

---

**DR. BRUNO JOSÉ RICCI BOAVENTURA  
PÓS-GRUANDO EM DIREITO DO ESTADO (BRASIL)**



verbojuridico<sup>®</sup>

AGOSTO 2006

Título: A RECONSTRUÇÃO DA TANGIBILIDADE DOS ACTOS DO PODER EXECUTIVO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO POR MEIO DO CONTROLE DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Autor: Dr. Bruno José Ricci Boaventura  
Pós-Graduando em Direito de Estado (Brasil)  
Sítio do Autor: [www.advocaciaassociada.com.br/boaventura](http://www.advocaciaassociada.com.br/boaventura)

Data de Publicação: Agosto de 2006. Texto em Português do Brasil.

Classificação: Direito Brasileiro / Direito Constitucional.

Edição: Verbo Jurídico © - [www.verbojuridico.pt](http://www.verbojuridico.pt) | [www.verbojuridico.eu](http://www.verbojuridico.eu) | [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net) | [www.verbojuridico.org](http://www.verbojuridico.org) | [www.verbojuridico.com](http://www.verbojuridico.com).

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímpares pela ordem normal (princípio para o fim).

## A RECONSTRUÇÃO DA TANGIBILIDADE DOS ACTOS DO PODER EXECUTIVO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO POR MEIO DO CONTROLE DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

\*

Por Dr. Bruno José Ricci Boaventura

O Poder é uno e indivisível, e o exercício de todas as suas funções, inclusive as precípuas, devidamente distribuídas, obedecem ao interesse público, pois é esta a norma fundamental da Administração Pública como reflexo da norma constitucional fundamental da sistematicidade jurídica: todo poder emana do povo.

O próprio fundador da atualmente inaplicável, teoria da tripartição dos poderes, **BARÃO DE MONTESQUIEU**, já sustentava a necessidade do controle do poder pelo poder:

“a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Até a virtude, quem diria, necessita de limites! *Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.*”<sup>1</sup>  
(Grifos nossos).

O doutrinador **OSWALDO LUIZ PALU** é enfático ao dispor sobre o controle jurisdicional dos atos do Poder Executivo, lembrando que tal controle recebe a denominação de **controle de conformidade constitucional**:

“E não há como deixar de admitir que existem limites tanto no que concerne à ação do legislador (controle de constitucionalidade) como em relação à função governamental e à atuação da burocracia (controle de conformidade), sendo, estes, verso e reverso do mesmo moeda, o que diz que as técnicas de controle em face de um (lei) podem ser do outro (ato de governo, ato administrativo).  
(...)

O **controle de conformidade** abrange atos outros **que não a lei formal** e funda-se nas lei e também na Constituição. Sua conseqüência não é a inconstitucionalidade, mas a **desconformidade constitucional**, muito mais que simples legalidade. Atinge inclusive os atos de governo, atos normativos que não leis, atos de efeito concreto e as omissões

---

<sup>1</sup> *O espírito das leis*, 2. ed., Brasília, UnB, p.118.

estatais. Assim dirige-se à: a) omissão governamental ou administrativa; b) o poder regulamentar “autônomo”; e c) a execução das lei pelo governo”.<sup>2</sup>

O Poder Jurisdicional detêm a partir do século XX, com o transmutar do eixo central do sentido da Lei, agora não mais como vontade geral absolutamente representada, e o Poder Executivo transformado-se em pedra angular de toda atividade pública administrativa, um novo papel: o de tanger os atos e fatos administrativos em conformidade com à Constituição. **FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA**, citando **MAURO CAPPELLETTI** saliente este novo papel do Judiciário:

“Assim, o Direito no Estado Providência é um regulador global, implicando expressivas mudanças qualitativas. Três interessam-nos mais diretamente neste momento. Em segundo, o agigantamento dos aparatos administrativos e das tarefas legislativas. Em segundo, a configuração do sistema jurídico como um espaço heterogêneo, plural e contraditório. Em terceiro lugar, a ampliação da incidência do código “lícito/ilícito”, alcançando uma maior quantidade de conflitos interindividuais e também políticas públicas (necessárias à tutela dos direitos sociais, coletivos e difusos).

Estes três fatores estão na base da ‘explosão de litigiosidade’ que os sistemas judiciais vivenciaram no Século XX, exigindo que eles se transformassem no “terceiro gigante”, de que fala Mauro Cappelletti: ‘... a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais (...) não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tipicamente do Século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador’.

(...)

Ao contrário da tese montesquieuniana, o juiz não é, nem nunca foi, a ‘boca inanimada da lei’. É inevitável a presença do elemento subjetivo no ato jurisdicional, na medida em que aplicar é indissociável dos atos de interpretar e criar. Aquilo que se diz ser uma percepção racional do direito positivo é, em verdade, um ato de vontade. Juízes neutros somente são encontráveis nos cemitérios (não como visitantes...).”<sup>3</sup>

A questionabilidade dos atos do Poder Executivo não significa ingerência de poderes, pois o Poder Jurisdicional como todos outros segue parâmetros legais, como bem assevera **SÉRGIO D’ ANDRÉA FERREIRA**:

“È certo de que o juiz não se vai substituir ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade, esteja em face de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são parâmetros do controle jurisdicional, nesse campo específico da legitimidade”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Ob. cit. p. 24 e 361.

<sup>3</sup> *A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. In Interesse Público – Ano 6, n.º 28, novembro/dezembro de 2.004 – Porto Alegre: Notadez. p.70 – 71.

<sup>4</sup> A identidade da função de controle da Administração Pública. In: *Perspectivas do Direito Público – Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Carmem Lúcia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.368.

O prevalecimento das teses favoráveis ao controle ponderado da Administração é o produto desta dialética história, não menos que **EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA** conclui:

“A história da redução destas imunidades, desta constante resistência que a Administração opôs à exigência de um controle judicial pleno de seus atos mediante a constituição de redutos isentos e não fiscalizáveis de sua própria atuação, podemos dizer que, em geral, é a própria história do Direito Administrativo”.<sup>5</sup>

O constitucionalista **ALEXANDRE DE MORAES** ratifica a função da justiça constitucional em controlar o bom funcionamento dos poderes públicos e de suas competências:

“E a justiça constitucional, normalmente, possui cinco ramos de competência: a) o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público; b) a proteção dos direitos fundamentais; c) controle das regras da democracia; d) **controle do bom funcionamento dos poderes públicos e de suas competências**; e e) o equilíbrio da federação.”<sup>6</sup> (Grifo nosso).

**RUI BARBOSA** citado por **CELSO BASTOS** e **IVES GANDRA MARTINS** já ressaltava a necessidade de limitação da atividade do Poder Executivo:

“Se há uma coisa a estranhar na nossa história política, pelo menos, é esta impressão causada no meu espírito, é que se há um poder forte, um poder onipotente, cujo pedido de faculdade não se possa tomar a sério, **um poder que só carece de ser limitado, contra o qual os direitos constitucionais têm necessidade de se rodear de novas garantias, é o Poder Executivo.**”<sup>7</sup> (Grifo nosso).

Os pilares do Direito Público são sustentados numa base filosófica com a intenção de fornecer aos cidadãos mecanismos de proteção aos atos arbitrário do Estado, e, não, como ainda pensam alguns, de simplesmente regular as atividades do Poder Público.

É justamente desta base de sustentação protética feita da miscigenação de princípios do Estado Liberal, do Estado de Direito, e, do Estado Democrático, que surge dos pilares do Direito Público, o atual e jovem, Estado Democrático e Social de Direito. Assim lecionou **CARLOS ARI SUNDFELD**:

“Descobriremos, então, que o direito público não é – como poderia aparecer, inicialmente, de um ramo jurídico relativo à disciplina do poder público – um direito autoritário, mas certamente o oposto: **um conjunto de normas cuja finalidade primordial é cercear o poder e, como consequência, proteger os indivíduos.**”<sup>8</sup> (Grifo nosso)

<sup>5</sup> La lucha contra las inmunidades Del poder. Madri: Gaudernos Civitas, 1983. p.22

<sup>6</sup> Legitimidade da justiça constitucional, As vertentes do direito constitucional contemporâneo, América Jurídica, 2002, p.560.

<sup>7</sup> Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. Vol. 4, II, p.265.

<sup>8</sup> Fundamentos de Direito Público. 4ª. São Paulo: Malheiros. 2002. p.28.

Bem ressaltou também o “formalista” **RUI BARBOSA**, agora citado por **BOLÍVAR LAMOUNIER**, já nos idos da fase temporal chamada historicamente de Primeira República, que os vícios do Presidencialismo seriam contornados pelo Poder Jurisdicional, principalmente nas questões de constitucionalidade.

O redator principal da Constituição de 1.891 já alertava que com a absorção de conceitos constitucionais norte-americanos era necessário para contornar vícios inerentes ao sistema alienígena precisaria o Poder Jurisdicional Brasileiro estar calcado em seus julgamentos pela doutrina dos freios e contrapesos (checks and balance):

“(...) com o sistema federativo, único adaptável no Brasil, não se compadecem as formas parlamentares. A ele, na República, se liga essencialmente o Presidencialismo, a cujos vícios congeniais temos de buscar, pois, o remédio nos freios e contrapesos do mecanismo: a brevidade da duração do poder supremo; a inelegibilidade do Presidente, a larga autonomia dos estados; a posição oracular da justiça na aplicação da lei e nas questões de constitucionalidade.”<sup>9</sup>

Exsurge das lições supra descritas que o ato governamental é passível de controle, pois este inclusive é um dos fundamentos do Direito Público. O efeito jurídico da decisão que julga pelo controle de conformidade com a Constituição Federal é a declaração de nulidade do ato objeto, ainda, a determinação de cumprimento por parte da Administração de obrigação.

**ANTONIO CARLOS WOLKMER**, citando **SADOK BELAID**, norteia com toda a clareza inerente a sua doutrina, que os fundamentos do Direito Público serão concretizados pelo espírito hermenêutico emancipador dos Juízes frente a esta função de controle de conformidade constitucional dos Atos Governamentais:

“O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito Justo.

Como se pode verificar, o Juiz não se atém somente à interpretação da legalidade oficial ou a provenientes de codificações, pois, como símbolo que pode ser transgressor de um órgão que resume em si o espírito da estrutura jurídica dominante, compete-lhe alternativamente adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recentes pressupostos paradigmáticos de valoração jurídica emancipadora”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Rui Barbosa/ ensaio de Bolívar Lamounier; fotografias de Cristiano Mascaro; [prefácio de Mario Brockmann Machado] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p.95

<sup>10</sup> Ideologia, Estado e Direito. 3 ed. São Paulo: RT, 2000. p.180.

**NORBERTO BOBBIO** esclarece que a história do pensamento político ocidental, em poucas linhas supra suscitada, avança no preconizada no pensamento de **ARISTÓTELES**:

“Quando se invoca a legalidade do poder, exige-se que quem o detém o exerça não segundo o próprio capricho, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro dos limites dessas regras. O contrário do poder legítimo é o poder de fato, o contrário do poder legal é o poder arbitrário. Toda a história do pensamento político ocidental está atravessada pela pergunta: “É melhor o governo das leis ou governo dos homens?” Desde Aristóteles, a resposta avança no sentido do primeiro termo do dilema: **“A lei não tem paixões – diz Aristóteles – que necessariamente encontramos em cada homem** (Política, 1286a).”<sup>11</sup> (Grifo nosso).

É salutar transcrever as próprias palavras ditas pelo próprio filósofo grego **ARISTÓTELES** para concebemos que discussão aqui travada é milenar:

“É mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apóiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas... Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são co-naturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana.”<sup>12</sup>

Tal discussão veredou pelas retóricas do filósofo **PLATÃO** possivelmente nos grandes debates realizadas na Agorá Ateniense, e, objeto dos ensinamentos na Academia:

“Chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, **a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos**, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades.”<sup>13</sup> (Grifo nosso).

Assim temos que a história demonstra que oprimido e a opressão lutam incessantemente sobre o calvário da tutela do Estado por seus interesses. A dialética desta luta resultou ao longo do tempo o surgimento teses e antíteses sobre o que o Estado pode ou não pode dever ao seu povo.

As instituições públicas foram surgindo, pelo menos na teoria, para tentar fazer valer as teses que foram sendo positivadas em favor dos oprimidos. A primeira delas como tratado por **ARISTÓTELES** e **PLATÃO** é a de que as próprias teses surgem de acordo com as leis, ou seja, dos representantes do povo, e não da vontade unilateral do governante.

---

<sup>11</sup> Teoria Geral da política. RJ: Campus, 2000. p.237.

<sup>12</sup> Política, 1286a.

<sup>13</sup> Leis, 715d.

Alguns modelos de instituições faliram, outros faliram e, ainda não descobrimos ou pelos menos não se admite que a falência da instituição. Assim neste eivar de manter o *status* foram criadas novas instituições para tentar fazer valer as instituições já criadas.

Neste monstro de arremedos que virou o Estado, as instituições num determinado momento essencial da concreção de seu fim (tentar fazer valer as teses positivas) vão se esvaziando, e, logo após, simples como um balão que troca de gás, inflam sobre novos auto-interesses, os chamados interesses institucionais. Assim o interesse de criação da instituição que era público, agora é representado pela própria manutenção da vida da criatura instituição.

Neste íterim o criador (povo) vê sua criatura (instituição) não mais controlada, e, muita das vezes a própria criatura volta-se contra o criador. Isto pode ser frequentemente observado em todas as instituições brasileiras.

Principalmente o que se refere ao Poder Executivo, órgão responsável pela dita administração, tornou-se mecanismo de administrar dos interesses das outras instituições em prol dele próprio, conforme a benesse aos comandatários da criatura e não dos criadores.

Assim o Estado Democrático de Direito Social, última versão filosófica da tentativa do homem dar ao homem aquilo que minimamente o homem precisa (princípio da dignidade humana), incluiu em seu bojo mecanismos de controle deste desvirtuamento da Administração Pública.

A Constituição da República é o manual deste agir institucional. Assim o controle da ação da Administração será, ao contrário que muitos pensam, primeiramente constitucional e em segundo aspecto legal.

O Estado Democrático de Direito, na chamada reversão coperniana, reconstruiu a possibilidade de tanger os atos administrativos, de todos os órgãos públicos, sobretudo do mastodonte do Executivo sob a conformidade destes com o determinado pela Constituição, é o chamado por **OSWALDO PALU** de controle de conformidade constitucional dos atos administrativos.

A instituição responsável para fazer valer o interesse do Executivo como instituído pela Constituição é o Judiciário, caso este não o faça a estrutura oscilante do Estado baseada no pêndulo do contrabalanceio dos controles tombará empurrada pela reacionária antítese da impossibilidade da judicialização da política ou politização da justiça.

Assim é encontrado mais um caminho de concreção efetiva da própria idéia conceptiva do Estado, de que cabe a este como criação organizativa do homem por um justo meio social de vida, fazer valer o axioma de que o ser humano é ser homem com a garantia de uma vida minimamente digna.

BRUNO JOSÉ RICCI BOAVENTURA  
(Cuiabá, MT – Brasil)