

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

Rafael de Queiróz Possetti

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, INTERESSE
PÚBLICO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE: a ação popular como
garantia constitucional para a invalidação dos atos administrativos

CURITIBA

2010

Rafael de Queiróz Possetti

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, INTERESSE PÚBLICO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE: a ação popular como garantia constitucional para a invalidação dos atos administrativos

Monografia apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Co-orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2010

Rafael de Queiróz Possetti

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, INTERESSE
PÚBLICO E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE: A AÇÃO POPULAR
COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL PARA A INVALIDAÇÃO DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama (Orientador)
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Ângela Cássia Costaldello
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Melina Breckenfeld Reck
Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

Curitiba, ____ de novembro de 2010.

Agradecimentos

Ao meu caro professor e amigo, Dr. Rodrigo Luís Kanayama, pela paciência, calma e cumplicidade que teve comigo na elaboração deste humilde trabalho, demonstrando sempre que o Direito é algo em constante mutação, e que seus valores e dogmas devem sempre ser questionados, já que a rigidez e a constância são características incompatíveis com o mundo jurídico.

Aos demais professores desta casa, em especial aos administrativistas e constitucionalistas, que me ensinaram, além de inúmeras outras lições, a beleza e a nuclear importância do Direito Público quando das relações entre Estado e indivíduos, objeto de estudo, em sua pequena dimensão, escolhida como pano de fundo desta simples monografia.

Aos meus amigos e amigas que, em meio a aulas e festas, me ensinaram os valores da amizade, da confiança, da reciprocidade, do afeto, do companheirismo e da simplicidade, lições estas que jamais esquecerei.

Aos meus pais e familiares, pelo apoio incondicional e pela confiança que sempre depositaram em mim, tanto nos momentos de felicidade quanto nos de pouca alegria.

Aos meus ídolos, doutrinadores, poetas, músicos ou esportistas, pelo exemplo de luta e superação que demonstram e demonstram, sem pudor algum, em seus mais variados trabalhos.

A todos que colaboraram com minha formação pessoal e acadêmica, por menor que seja sua fração, dedico este trabalho.

*If I leave here tomorrow
Would you still remember me?
For I must be travelling on, now,
'Cause there's too many places I've got
to see.
But, if I stayed here with you, girl,
Things just couldn't be the same.
'Cause I'm as free as a bird now,
And this bird you can not change.
Lord knows, I can't change.*

(Free Bird, escrita por Allen Collins e
Ronnie Van Zant, pelo Lynyrd Skynyrd,
em 1973)

Resumo

O presente trabalho objetivou demonstrar a íntima relação entre o controle atribuído ao Poder Judiciário para a verificação dos elementos da legalidade, assim como do mérito dos atos administrativos, e a busca incessante que deve realizar o agente estatal para atingir a finalidade pública, por meio do princípio basilar do interesse público, sem a clássica e obsoleta oposição entre interesse social e direitos individuais. Para isso, reservou-se capítulo próprio, onde foi demonstrado que a relação existente entre interesse público, sua supremacia e o postulado da proporcionalidade é assunto em efervescência. Buscou-se também demonstrar quais são os elementos que compõem o postulado normativo da proporcionalidade, tomando por base a obra do professor Humberto Bergmann Ávila, e sua aplicação quando do julgamento das mais variadas ações que chegam ao Supremo Tribunal Federal. Ao final, foram feitas considerações sobre a aplicabilidade deste postulado e a recorrente confusão deste com o postulado da razoabilidade.

Palavras-chave: controle jurisdicional atividade administrativa. Interesse público. Proporcionalidade. Razoabilidade.

Abstract

The following study aimed to demonstrate the close relationship between the control assumed by the judiciary for checking the legality, as well as the validity of administrative acts, and the relentless pursuit that the state agent must accomplish in order to achieve the public purpose, through the essential principle of public interest, without the classical opposition between social interest and individual rights. Besides, a specific chapter was reserved in order to show that the relationship between the public interest, its supremacy and the postulate of proportionality is still an important issue. Also, based on the studies of Professor Humberto Bergmann Ávila, this work tried to present the elements that form the normative postulate of proportionality and its application in trials conducted by Supremo Tribunal Federal.

Resumé

Les études que suivent on eu comme objectif démontrer la relation étroite entre le contrôle attribué au Pouvoir Judiciaire pour assure la légalité, ainsi que la validité (le mérite) des actes administratifs, et la quête incessante que l'agent de l'État doit avoir pour atteindre les fins d'intérêt public, à travers le principe base de l'intérêt public, sans la classique et obsolète opposition entre l'intérêt social et les droits individuels.

On a essayé aussie démontrer quels sont les éléments qui composent le postulat normatif de proportionnalité, sur la base des travaux du professeur Humberto Bergmann Ávila, et s'application pendant le jugement des recours contre les décisions fondées sur les "action populaire constitutionnel". A travers l'étude de la jurisprudence des tribunaux supérieurs, on a eu la possibilité de démontré la technique utilisée par les ministres de décider les questions relatives à l'annulation des actes administratifs qui sont en désaccord avec la légalité, ainsi que les questions relatives au mérite de l'acte administratif émanant.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	14
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA SUBMISSÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA À ORDEM JURÍDICA.....	14
1.2. DUAS ESPÉCIES DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: ADMINISTRATIVO E PARLAMENTAR.....	17
1.2.1. Controle administrativo interno.....	19
1.2.2. Controle parlamentar.....	22
1.3. AS CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	23
1.4. A AÇÃO POPULAR COMO AÇÃO ESPECÍFICA PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	27
1.4.1. Panorama geral da ação popular.....	27
1.4.2. A invalidação do ato e o postulado da proporcionalidade.....	32
2. INTERESSE PÚBLICO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, A SUPREMACIA E A CRÍTICA	34
2.1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS.....	34
2.2. O INTERESSE PÚBLICO E SUA DITA SUPREMACIA.....	39
2.3. A PROPORCIONALIDADE E O INTERESSE PÚBLICO.....	44
3. O PRINCÍPIO (REGRA, OU POSTULADO) DA PROPORCIONALIDADE	49
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	49
3.2. A DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	55
3.3 OS SUBELEMENTOS DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.....	59
3.3.1 A adequação.....	61
3.3.2 A necessidade.....	62
3.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito.....	63
3.4. O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUMAS OBSERVAÇÕES.....	64
3.5. CONSIDERAÇÕES PERTINENTES.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUÇÃO

*Reumatismo, raquitismo, cistite, disritmia
Hérnia, pediculose, tétano, hipocrisia,
brucelose, febre tifóide, arteriosclerose, miopia
Catapora, culpa, cárie, câimbra, lepra, afasia...
O pulso ainda pulsa
E o corpo ainda é pouco
Ainda pulsa
Ainda é pouco*

O mundo não é o mesmo. As pessoas não são mais as mesmas. As relações interpessoais, bem como as relações entre indivíduos e Estado, diferenciam-se daquelas de três séculos atrás. Vivemos em uma época em que direitos e deveres devem conviver em constante harmonia, para que a canção da ordem jurídico-constitucional possa ser tocada da maneira mais perfeita possível, sem que os inúmeros interesses individuais sobreponham-se aos mais variados interesses coletivos, e sem que a atuação estatal tolha, de maneira injustificada, os direitos fundamentais conquistados pelos sujeitos ao longo dos tempos.

Estes direitos, enumerados ou não na carta constitucional, devem ser, em maior ou menor escala, objetivados primordialmente pela atuação estatal, em qualquer uma de suas esferas de poder (administrativa, legislativa ou jurisdicional), para que o Estado Democrático de Direito seja, em sua real essência, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A atividade administrativa estatal, especificamente, porém, se sujeita a normas e princípios impostos pelo próprio ordenamento jurídico, seja pela Constituição Federal, seja pela legislação infraconstitucional, para que uma atuação administrativa minimamente correta e eficiente possa ser realizada. É o que discorre o professor José Afonso da Silva, afirmando que “o regime de garantias constitucionais condiciona a atividade administrativa, prescrevendo uma série de normas que procuram dar efetiva consistência ao princípio da legalidade”.¹

¹ Complementa o mestre: “Remanesce a questão da discricionariedade da Administração, ampliada com o aumento das funções estatais, pois, se a atividade discricionária e os atos consequentes não são arbitrários, certo é que não se subordinam a um estrito vínculo de legalidade”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros

Somente com o fito de informar o leitor acerca do que vem pela frente, o precursor Hely Lopes Meirelles afirma que a “eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei”, posto que “na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal (...), só é permitido fazer o que a lei autoriza”, já que a lei, para o administrador, significa “deve fazer assim”.²

Mas, para que exista uma verdadeira garantia de que a atividade administrativa está sendo realizada de acordo com o que prescreve a norma jurídica, foram instituídas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional modalidades de controle desta atividade, que podem ser encaradas, basicamente, como controle administrativo interno, controle legislativo e controle jurisdicional.

Mais especificamente quanto ao controle jurisdicional, tem-se que é feito através de ações específicas, dentre as quais encontra-se a ação popular, um dos objetos deste estudo, presente no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, onde se lê que:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Ainda, a referida ação possui uma lei de regulação própria, qual seja, a Lei n.º 4717/1965, que dispõe, em seu art. 1º, que:

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Editores, 2008. p. 427-428). Quanto à submissão do administrador, quando exerce poder discricionária, ao princípio da legalidade, ou não, poderemos ver no decorrer deste trabalho.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p 82-83.

A ação popular, assim, deve ser intentada com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público, em sua acepção maior.

Porém, para que ocorra a decretação de nulidade de um ato administrativo lesivo aos bens ali referidos, alguns aspectos devem ser levados em conta, sendo a legalidade somente um deles, já que alguns doutrinadores entendem que o mérito do ato pode ser questionado por meio do controle jurisdicional da atividade administrativa.

Assim, para que haja a decretação de nulidade de um ato administrativo, devem ser considerados, dentre outros, os interesses envolvidos, já que, diante do caso concreto, a anulação de um ato administrativo poderia causar danos ainda maiores do que aqueles já causados pela própria prática do ato.

É aqui que se encontra a clássica questão do interesse público e de sua tão dita supremacia, vista por muitos, hodiernamente, como uma mera justificção retórica para a prática de atos que não asseguram direitos a ninguém, já que a supremacia do interesse público é simplesmente invocada para que sejam decretadas tais nulidades, decapitando os direitos de alguns, mas não oferecendo, ao mesmo tempo, direitos a outros.

Desta vista, como consagrado instrumento de interpretação, não só constitucional, mas também jurisprudencial, o postulado da proporcionalidade ganha espaço importante, já que, a partir dele, em uma situação em que há a probabilidade de anulação de ato administrativo, nos termos dos dispositivos que regulam a ação popular, a observação quanto aos efeitos da anulação deve ser feita sob os mais diversos enfoques, já que o julgador, utilizando-se do postulado da proporcionalidade, bem como de seus subelementos, poderá avaliar quais serão os efeitos de uma possível anulação, já que os meios escolhidos pelo administrador, buscando um fim, qual seja, a satisfação do interesse público, devem estar em similitude com a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da escolha. Caberá ao magistrado, neste íterim, refletir acerca dos efeitos desta anulação.

Afirma-se aqui, assim, que o presente trabalho não objetivará mais do que demonstrar a possibilidade de aplicação deste postulado nas hipóteses em que a anulação de um ato administrativo lesivo aos bens enumerados poderá acarretar mais prejuízos do que benefícios aos já afetados pelo ato. A ação popular, por isto, foi escolhida como um simples exemplo da possibilidade dos julgadores se

apegarem a este postulado normativo aplicativo, entendido por Humberto Ávila não como um princípio, mas como um verdadeiro dever, um dever de proporcionalidade.

O interesse público, assim, ganha um espaço relativamente autônomo no trabalho, pois, conforme será demonstrado, não pode ser entendido como um princípio geral e abstrato, sem uma fundamentação suficiente que o sustente, já que, conforme melhor doutrina, interesses públicos e privados não são contrapostos, mas sim tangenciais.

Por fim, demonstraremos como o postulado da proporcionalidade não pode ser confundido com o postulado da razoabilidade, além de, aí sim, em último tópico do capítulo específico, mostrarmos como este postulado vem sendo aplicado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com base, principalmente, em um artigo de Gilmar Ferreira Mendes, sem que julgados de ações populares sejam obrigatoriamente citados.

1. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

*I was born with a ragin' thirst,
A hunger to be free,
But I've learned through the years.
Don't encourage me*

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA SUBMISSÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA À ORDEM JURÍDICA

Inicialmente, algumas considerações acerca das relações entre Estado e indivíduos são necessárias, para que uma completa compreensão possa ser realizada.

De maneira preliminar, podemos dizer que Estado e indivíduos possuem direitos e deveres recíprocos, sendo especificamente os direitos dos indivíduos frente ao ente público denominados de direitos individuais (ou direitos subjetivos públicos). Porém, “se no desenvolvimento das relações recíprocas um ou outro falta aos seus deveres, por ação ou omissão, surgem situações contenciosas em que o Estado e o indivíduo ocupam posições opostas”.³

Estas situações contenciosas se dão, muitas vezes, em virtude da própria limitação imposta pelo ente estatal à atividade individual, através da exigência de prestações, da contrariedade de interesses entre ente público e administrado, da negação aos direitos dos administrados, ou mesmo quando a Administração, reconhecendo o direito de um sujeito, pretere, reflexamente, interesse individual de outro sujeito.

É a partir destas situações de conflito que se podem notar características essenciais da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito, quais

³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 79.

sejam, a sujeição das atividades estatais à ordem jurídica e a possibilidade do controle político-jurídico dessa sujeição.

Por sujeição à ordem jurídica entende-se que “todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade”,⁴ sendo que tais atividades administrativas só podem ser exercidas segundo a orientação da lei e dentro dos limites nela traçados, tornando-se, assim, legítima a atividade da Administração.

Por analogia, qualquer atividade administrativa realizada sem preceito de lei que a autorize, ou que exceda o âmbito de permissão da lei, será injurídica.

Neste norte, mais uma vez, a lição de Seabra Fagundes:

Essa integral submissão da Administração Pública à lei constitui o denominado princípio da legalidade, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa.⁵

Deste modo, cabe afirmar, sem pestanejar, que quaisquer que sejam as atividades da Administração Pública, sejam elas discricionárias ou vinculadas, estão subordinadas à lei, em decorrência do consagrado princípio da legalidade,⁶ inerente ao próprio direito administrativo contemporâneo, sem prejuízo dos outros princípios constitucionais administrativos que, infelizmente, ultrapassam os objetivos traçados por este trabalho.

Destarte, não deve o agente público ir além das competências e dos limites definidos pela norma legal, devendo agir nos liames e de acordo com as mais variadas orientações legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.⁷ Com isso,

⁴ *Ibidem.* p. 80.

⁵ *Ibidem.* p. 81.

⁶ Conforme ensinado por Hely Lopes Meirelles, o princípio da legalidade impõe que o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei, em toda a sua atividade funcional, bem como às exigências do bem comum, deles não podendo se afastar ou desviar, sob pena de prática de ato inválido. Assim, tendo em conta que na Administração pública não há vontade nem liberdade pessoais, só é “permitido fazer o que a lei autoriza”, estando “a eficácia de toda atividade administrativa (...) condicionada ao atendimento da lei”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 82).

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, qualificando-lhe e dando-lhe identidade própria. Destarte, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo pelo fato de o próprio direito administrativo nascer com o Estado de Direito, opondo-se a todas as formas de poder autoritário, sendo entendido como um “antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação de cidadania” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 100).

pode-se chegar a uma prematura, porém não equivocada conclusão, de que “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei é injurídica e expõe-se à anulação”.⁸

Assim é em virtude da presença do princípio norteador da atividade administrativa (até mesmo do próprio Direito Administrativo, como entende Celso Antônio Bandeira de Mello), que será visto com maior clareza no capítulo seguinte, do interesse público, que clama pela eficiência e pela utilidade da atuação da Administração Pública.⁹

Deste modo, qualquer atividade estatal inoportuna e inconveniente ao interesse público, mesmo que legítima, deve ser modificada (quando existir a possibilidade de se tornar eficiente e útil) ou mesmo suprimida (quando for inoportuna, inconveniente, ou quando for impossível de se tornar eficiente e útil).

Daí se conclui que a função administrativa,¹⁰ sendo essencialmente uma função realizadora do direito, não pode ser exercida sem que exista texto legal que a autorize, e muito menos além dos limites deste texto legal.

Porém, em virtude da busca incessante que deve fazer a Administração ao atendimento dos interesses públicos e das finalidades visadas pela própria atividade administrativa, os limites impostos ao ente público podem ser revistos, de modo a flexibilizar tais restrições, posto que não é possível prever todas as circunstâncias ocasionais que condicionam o exercício dessa atividade.

Com relação às finalidades visadas pela atividade administrativa, Seabra Fagundes diz que, “para atender a isso, se permite em muitos casos ao Poder

⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 760.

⁹ Neste ponto, irrenunciável a lição do professor Emerson Gabardo, que de forma esclarecedora e didática ensina que “torna-se mais clara a possibilidade de controle [jurisdicional da atividade administrativa] quando é analisada a íntima ligação entre o princípio da eficiência e os demais princípios constitucionais da Administração Pública”, sendo que “o liame entre tais princípios se dá através de um princípio constitucional, que apesar de implícito, segundo Bandeira de Mello, é o mais importante: o da finalidade pública. (GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 130).

¹⁰ Quando se fala de função administrativa, jamais se pode deixar de trazer à baila a lição de Marçal Justen Filho, que, com precisão cirúrgica, expõe que “A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”, sendo que “a função administrativa se submete a regime diferenciado da jurisdição e da legislação. Esse regime se caracteriza pela infralegalidade e pela submissão ao controle jurisdicional”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 37-38).

Executivo que seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir. Ele age, então, no uso de competência discricionária ou livre”¹¹.

Com efeito, devemos afirmar que a Administração Pública pode, sem ir de encontro à lei, deixar de executá-la, estando tal execução condicionada às conveniências do tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que somente a norma e o interesse público podem aferir.¹²

Nesta linha de pensamento, cabal dizer que é lícito à Administração escolher o melhor caminho para resolver determinadas situações diante de um fato concreto, não estando caracterizada, nestes casos, a infração da lei, posto que a referida atividade deve estar submetida a determinados limites, mesmo que diversos dos comuns, sem prejuízo da obrigatoriedade de admissão e regulação pelo próprio direito escrito.

Tais hipóteses de “relaxamento relativo” dos limites impostos à atividade administrativa podem versar sobre os motivos do ato administrativo (utilidade e oportunidade), sobre o modo de agir (objeto ou conteúdo do ato administrativo), ou sobre ambos, simultaneamente, sem esquecer que as referidas limitações à atividade administrativa devem sempre satisfazer ao princípio da legalidade, estando eivados de nulidades os atos praticados em dissonância com tal princípio.

1.2. DUAS ESPÉCIES DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: ADMINISTRATIVO E PARLAMENTAR

Sem prejuízo da existência de outras formas de controle, como os realizados pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas,¹³ versará este tópico sobre duas

¹¹ FAGUNDES. *op cit.* p. 83.

¹² Fala-se aqui do mérito do ato administrativo. Conforme a lição da professora Odete Medauar, “A legalidade do ato administrativo diz respeito, em síntese, a sua conformação às normas do ordenamento. A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao aspecto de mérito do ato administrativo; tal aspecto expressa o juízo de **conveniência e oportunidade** da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (grifou-se) (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 182).

¹³ De maneira sempre perfeita, o professor Marçal Justen Filho traz em sua obra cinco espécies de controle da atividade administrativa: administrativo, legislativo, jurisdicional, do Tribunal de Contas e do Ministério Público. (JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 983-985).

da formas clássicas de controle da atividade administrativa, quais sejam, o administrativo interno e o parlamentar ou legislativo.

Visto isso, de modo a tornar efetiva a submissão da Administração Pública aos ditames legais, o próprio ordenamento jurídico, inaugurado pela Constituição Federal, “prescreve mecanismos ou sistemas de controle de suas atividades, utilizáveis em sua própria defesa e na defesa dos direitos e garantias dos administrados”,¹⁴ confirmando-se ou desfazendo-se a atuação administrativa, dependendo da legalidade, conveniência e eficiência do ato administrativo.¹⁵ Tais mecanismos jurídicos de controle da atividade administrativa, nas palavras do professor Marçal Justen Filho, são “destinados a verificar a regularidade dos atos administrativos e a **reprimir os desvios ocorridos**”.¹⁶

A professora Odete Medauar afirma que o significado de controle da atividade administrativa vem desde 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quando foi conferido a todos da sociedade o direito de pedir contas dos agentes públicos quanto à sua administração.¹⁷

De acordo com o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, o controle da Administração Pública, figurando como tema clássico no âmbito do direito administrativo, “surge como um dos mais caros valores políticos desde a Revolução Francesa, representando uma das principais características do Estado de Direito”.¹⁸

¹⁴ GASPARINI. *op. cit.* p. 760. (grifou-se).

¹⁵ Neste sentido, a professora Odete Medauar, em posição não similar a de Cretella Jr., mas alinhando-se a Seabra Fagundes e Celso Antônio Bandeira de Mello, diferencia o controle restrito, no qual caberia ao Judiciário somente o controle do ato administrativo quanto à legalidade em sentido estrito, posto que seus membros não tem legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público, do controle amplo, no qual estaria autorizado ao Judiciário o controle de quaisquer atividades da Administração, perpassando a legalidade do ato, e atingindo o seu mérito. De acordo com a professora, “a tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988”, posto que “o texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público”. Assim, discorrendo sobre os parâmetros impostos à atividade administrativa, tanto vinculada quanto discricionária, quais sejam, os princípios que regem a Administração pública (art. 37, da Constituição Federal) conclui a professora, de modo exemplificativo, que “a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo da moralidade, independentemente de considerações de estrita legalidade” (MEDAUAR. *op. cit.* p. 479-480).

¹⁶ JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 980.

¹⁷ De acordo com a autora, o tema do controle “se liga à questão da visibilidade ou transparência no exercício do poder estatal, sobretudo da Administração, inserida no Executivo, hoje o **poder hegemônico**” (grifou-se) (MEDAUAR. *op. cit.* p. 455-456).

¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. Coleção Curso e Concurso. Edilson Mougenot Bonfim (coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 223.

Aduz ainda o autor que, no início do Estado Liberal, o controle dos atos administrativos só se dava quanto aos aspectos conectados com a legalidade, podendo ser entendido o controle de legalidade como uma espécie restrita de controle,¹⁹ que foi afetada por significativas mudanças no Estado Social e Democrático de Direito,²⁰ com a criação de outras modalidades de controle dos atos administrativos, sendo legitimado, inclusive, o cidadão como agente controlador.

1.2.1. Controle administrativo interno

A Constituição Federal vigente, que alberga esta concepção de Estado Democrático de Direito, dá liberdade para que possamos extrair o conceito de controle da atividade administrativa brasileiro, que “corresponde a um poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e os cidadãos, com o objetivo de **garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico**”.²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello, de maneira simples, mas sempre pontual, subdivide o controle da Administração Pública em controle interno e externo. Para ele, “interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração”.²²

¹⁹ Ao tratar do âmbito do controle dos atos administrativos pelo Judiciário, Cretella Jr. entende que, como muitos autores tradicionais, cumpre a este Poder tão somente o patrulhamento da legalidade do ato, estando “proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento. Inscreve-se o mérito em competência exclusiva do Poder Executivo, pois traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade-conveniência, que traduz juízo axiológico do administrador.. Ora, o mérito nem se confunde com a legalidade, nem a ela se contrapõe. São campos diferentes, com pontos de contato acidentais.”(CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, pp. 335-336). Em posição diversa, encontram-se Emerson Gabardo (GABARDO. *op. cit.*) e Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO. *op. cit.*). Quanto ao controle restrito da atividade administrativa, ver nota supra.

²⁰ Complementando, discorre o professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná: “Com a social democracia, torna-se mais instrumentalizada a sistemática de controle da Administração, na medida em que cresce a preocupação com o controle das atividade administrativas, em face da sua maior intervenção na sociedade, seja pela prestação de serviços públicos, seja pela atividade regulatória da economia. (*Ibidem*. p. 223-224).

²¹ *Ibidem*. p. 224. (grifou-se).

²² BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* p. 927.

Seguindo a mesma linha do professor paulista, o consagrado administrativista paranaense também adota a subdivisão do controle da Administração Pública em controles interno e externo. De acordo com Bacellar Filho, a modalidade de controle interno foi bastante considerada no contexto da Reforma Administrativa de 1967, onde a preocupação com o autocontrole, como forma de fiscalizar a atividade administrativa, já era latente, sem prejuízo dos controles que a Constituição já trazia, quais sejam, o parlamentar e o jurisdicional, que serão logo abaixo analisados.

Destarte, para Bacellar Filho, o controle interno é aquele que “é executado pelos próprios órgãos da Administração Pública, no exercício do poder hierárquico e nos termos definidos em lei”.

Assim, o Poder Executivo, pelo controle administrativo, e, portanto, controle interno, “exercita-o amplamente sobre suas funções administrativas, extroversas e introversas, e, os demais Poderes do Estado, bem como os órgãos constitucionalmente autônomos, sobre as suas respectivas funções administrativas introversas”.²³

Importante destacar a posição de Seabra Fagundes, que entende ser o controle administrativo (controle interno) um autocontrole dentro da Administração Pública, que se exerce de ofício, através do poder disciplinar,²⁴ de instruções, de ordens, entre outros. Ainda, com o fito de proteger o administrado, o controle administrativo pode ser realizado pelo sistema de recursos administrativos, dentre os quais se encontram a reclamação, a representação, o recurso hierárquico, entre outros.

Importante salientar que o referido controle é exercido pelos três poderes sobre suas próprias atividades administrativas, visando “confirmá-las ou desfazê-las,

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 554.

²⁴ O poder disciplinar, de acordo com Seabra Fagundes, “é exercido pelos funcionários das categorias superiores sobre os de categoria inferior. Decorre da organização hierárquica do quadro administrativo e se efetiva pela imposição de penas chamadas disciplinares, consistentes em advertência, censura, suspensão, etc., aplicadas aos funcionários que faltem a deveres do cargo”. (FAGUNDES. *op. cit.* p. 87). Neste ponto, importante fazer um adendo quanto ao Poder responsável pela realização do autocontrole, tendo em vista que Seabra Fagundes entende que tal controle faz-se por meio do poder disciplinar, ao passo que Romeu Felipe Bacellar Filho diz ser tal controle concretizado pelo poder hierárquico. Como este trabalho não ultrapassa os limites da simplicidade, não será verticalizada tal discussão.

conforme sejam, ou não, legais, convenientes, oportunas e eficientes”,²⁵ podendo ser realizado tal controle, ainda, com o objetivo de avaliar a legalidade e o mérito destas mesmas atividades.

Por meio do controle administrativo, cada Poder pode anular seus atos ilegais e, diante do caso concreto, modificar ou revogar os atos legais, porém inconvenientes, inoportunos ou ineficientes, conforme prescreve a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque **deles não se originam direitos**; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos** e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.²⁶

A razão de ser desta modalidade de controle “reside no dever-poder de autotutela que a Administração Pública tem sobre suas atividades, atos e agentes”,²⁷ sendo que tal dever-poder de autotutela é realizado, geralmente, por órgãos superiores e/ou especializados, tais como os órgãos de controle técnico e de auditoria.

Ainda com relação ao controle administrativo das atividades administrativas, é importante trazer à baila, mais uma vez, a lição do mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no que tange aos controles de legitimidade e de legalidade da atividade administrativa. Segundo o professor, ao controle administrativo de legitimidade compete a administração extroversa, entendida por ele como a gestão dos interesses da sociedade, constitucionalmente confiada ao Poder Executivo, cabendo ao chefe de Governo a última palavra quando do desempenho dessa modalidade de controle, que exercerá aspectos setoriais de controle.²⁸ Por fim, o controle de legitimidade também se aplica aos demais Poderes, que também possuem órgãos de cúpula de direção.

²⁵ GASPARINI. *op. cit.* p. 762.

²⁶ Grifou-se.

²⁷ GASPARINI. *op. cit.* p. 762.

²⁸ MOREIRA NETO. *op. cit.* p. 554.

Quanto ao controle administrativo de legalidade, tem-se que “é um dever geral que se impõe a todo e qualquer ente, órgão ou agente da administração pública, não importa quem a exerça e se é extroversa ou introversa”.²⁹

O referido dever está implícito na investidura do agente no cargo público, obrigando-o a agir de acordo com a lei, além de atuar no controle da legalidade de sua aplicação, apontando violações à norma legal e corrigindo-as quando for competente para tal.

1.2.2. Controle parlamentar

Quanto ao controle realizado pelo Poder Legislativo, também chamado de controle parlamentar, pode-se dizer que é essencialmente político, destinando-se “à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral de sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo”.³⁰ Realiza-se por meio de interpelações, inquéritos, tomadas de contas, entre outros, sendo uma modalidade de controle de alcance muito restrito no regime político brasileiro, tendo como seu grande campo de atuação o controle realizado sobre a elaboração orçamentária.

Por meio deste controle apenas os mecanismos de fiscalização emanados diretamente das casas legislativas, “não abrangendo as instituições que extraem do Legislativo sua força para exercer controle ou que significam prolongamento deste poder”.³¹

O controle parlamentar tem como objetivo primordial, segundo Diógenes Gasparini, “conformar a atuação da Administração Pública com os altos interesses do Estado e da comunidade”.³²

Esta função de controle sobre os atos do Poder Executivo, mesmo inerente ao Legislativo, mostra-se ineficaz e paradoxal, posto que os resultados decorrentes do controle parlamentar não fazem frente a sua importância. Um ou outro exemplo pode ser citado, tal como o *impeachment* de Collor, não perfazendo, porém, a regra.

A falta de interesse político em realizar concreta e eficazmente a vigilância dos atos praticados pela administração, com o objetivo de não entrar em choque

²⁹ MOREIRA NETO. *op. cit.* p. 555.

³⁰ FAGUNDES. *op. cit.* p. 88.

³¹ MEDAUAR. *op. cit.* p. 470.

³² GASPARINI. *op. cit.* p. 776.

com o chefe do Poder Executivo e ausência de sanções são fatores que justificam o quadro da inocuidade do controle parlamentar das atividades legislativas.³³

Assim, não será mais do que necessário citar quais os meios de controle parlamentar que objetivam a atividade da administração, sem prejuízo dos já acima referidos: pedidos escritos de informação; convocação para comparecimento; fiscalização de atos da administração direta e indireta; comissões parlamentares de inquérito;³⁴ aprovações e alterações de atos do Executivo; sustação de atos normativos do poder Executivo e; fiscalização orçamentária.³⁵

E, por fim, como modalidade de controle que dá título a este capítulo, temos o controle jurisdicional da atividade administrativa, que será mais bem trabalhado logo abaixo.

1.3. AS CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

De acordo com o professor Cretella Junior, dentre os três tipos de controle da atividade administrativa, o mais eficiente é o controle jurisdicional,³⁶ “mediante uma série de ações utilizadas pelo interessado, na via judicial”.³⁷

Tal eficiência se dá, dentre outros, pela possibilidade de a revisão jurisdicional recair sobre qualquer tipo de ato administrativo defeituoso,

³³ MEDAUAR. *op. cit.* p. 470.

³⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as CPIs “terão poder de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, e suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* p. 931).

³⁵ MEDAUAR. *op. cit.* p. 471-473.

³⁶ O controle jurisdicional é exercido quando os “fenômenos executórios [de realização do direito] saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional”, sendo que, neste caso, a Administração não irá figurar mais como um órgão ativo do Estado, mas sim como parte, em condição de igualdade com o indivíduo. Ainda, tem-se que a finalidade essencial e característica deste controle é “a proteção do indivíduo em face da Administração Pública”, já que ela “tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei”, tanto pela falta de conhecimento do direito objetivo quanto pelas injunções políticas, caso no qual o erro estará estampado. Assim, este sistema de controle é o meio concreto de conter a Administração pública na ordem jurídica, de modo que seja assegurado ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos. (FAGUNDES. *op. cit.* p. 91-92).

³⁷ Afirma ainda o autor que, mesmo perfeito, pode o ato administrativo oferecer dúvidas ao administrado, que irá buscar o meio adequado para retirar-lhe os efeitos, impugnando-o. (CRETILLA JÚNIOR. *op. cit.* p. 329).

especialmente no que tange aos atos praticados em desconformidade com lei, ou com abuso de poder. Assim, pode-se afirmar, de plano, que o controle jurisdicional estaria limitado ao “patrulhamento da legalidade do ato”.³⁸

Assim, está o Poder Judiciário livre para examinar o aspecto legal do ato administrativo, sem que indague acerca do mérito, já que o controle deste elemento se dá pelo Poder Executivo, com competência exclusiva para tal, posto que somente este pode, através do “juízo axiológico do administrador”,³⁹ identificar o clássico binômio da oportunidade-conveniência dos atos administrativos.⁴⁰

É assim porque, segundo Cretella Júnior, não há similitude entre mérito e legalidade, estando ambos em campos diferentes, sem prejuízo dos pontos de contato acidentais.

Legalidade, para ele, é uma mera adequação do ato administrativo ao texto legal, ao passo que o mérito é aspecto que possui íntima relação com o binômio supracitado, identificado como conjunto de ponderações adotado pelo agente administrativo para a produção do ato.

Assim, não há que se falar, também, em controle do ato exclusivamente político pelo Poder Judiciário, conforme lição expressa na obra do professor Cretella Júnior.

Porém, sempre com idéias vanguardistas e contemporâneas, o professor Emerson Gabardo defende que “os atributos de conveniência e oportunidade não mais podem escapar do controle jurisdicional, que deve realizar **juízo de**

³⁸ Sempre pontual, o professor Cretella Júnior aduz que cumpre ao Poder Judiciário, quando da realização do exame da legalidade, examinar o ato administrativo sob todos os seus aspectos, desde o nascimento até a finalidade visada na produção daquele ato. (*Ibidem*. p. 335-336).

³⁹ *Ibidem*. p. 336.

⁴⁰ Importante salientar que há grande debate acerca do campo de atuação reservado ao Poder Judiciário quando do controle dos atos administrativos emanados pelo Poder Executivo. Alguns autores (e dentre eles, sumidades) entendem que a legalidade estaria a par com o mérito do ato administrativo, podendo o juiz, nestes casos, determinar o desfazimento do ato no caso de ausência do binômio oportunidade-conveniência. Porém, tal posição ainda é minoritária no ordenamento jurídico pátrio, contando com o posicionamento, por exemplo, do professor da Universidade Federal do Paraná Emerson Gabardo que, seguindo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, defende ser possível (ou melhor, exigível), “o controle da eficiência da atividade administrativa”, posto que “os atributos de conveniência e oportunidade não podem mais escapar do controle jurisdicional, que deve realizar juízo de compatibilidade entre o mérito do ato e o sistema constitucional como um todo” (GABARDO. *op. cit.* p. 136-137).

compatibilidade entre o mérito do ato e o sistema constitucional como um todo (princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo)”.⁴¹

De acordo com José Afonso da Silva, o princípio da justiciabilidade do ato, entendido como “a possibilidade de submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional, para que o juiz declare sua conformidade à lei ou o anule”, encontra-se tangenciado à legalidade administrativa, já que, quando o ato é vinculado, não há dúvidas quanto à possibilidade de que seja examinado judicialmente. Porém, o ato discricionário refoge ao controle da legalidade, segundo o autor, ainda que o Judiciário venha ampliando este controle, em atendimento aos princípios do art. 37 da Constituição Federal. Desatendendo a um destes princípios, incorrerá a Administração em excesso de poder, ingressando, assim, no campo da arbitrariedade.⁴²

Feito isto, e já com vistas ao próximo tópico, tem-se que os legitimados para provocar a invalidação dos atos administrativos não são os mesmos para a invalidação dos atos jurídicos de direito privado, tendo em vista, entre outros, a própria conceituação de ato administrativo⁴³.

Destarte, para que ocorra a invalidação de um ato administrativo, um critério diverso daquele adotado no direito privado deve ser levado em conta. Na esfera privada, o critério utilizado para a classificação dos atos inválidos, quanto à amplitude dos meios de invalidação, é o da possibilidade de ratificação, ao passo que, “no direito administrativo, o critério é outro: o da existência de dano, presumido

⁴¹ GABARDO. *op. cit.* p. (grifou-se). Retomando o pensamento de alguns doutrinadores, dentre os quais pode-se citar Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem não há ato discricionário, e Carmen Lúcia A. Rocha, que acredita ser mais apropriada a expressão “poder discricionário” do que “ato discricionário”, Emerson Gabardo afirma não haver discricionário, poder, em um sentido *ex própria auctoritate*, sendo perfeitamente possível o controle da eficiência da atividade administrativa, justificando seu posicionamento, ainda, sob o argumento de que uma análise completa da legalidade dos atos administrativos não alcança um controle minimamente adequado da atividade administrativa, sendo imperiosa uma “nova forma de controle da atuação administrativa” (*Ibidem*. p. 137).

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 428.

⁴³ Nunca demais lembrar o conceito de ato administrativo que, para Marçal Justen Filho, é “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”. Segundo o mesmo autor, essa vontade do ato administrativo difere-se da vontade dos atos jurídicos de direito privado justamente porque “é essencial considerar que a vontade no ato administrativo é diversa daquela verificada quanto aos atos jurídicos de direito privado. O ato jurídico de direito privado é uma manifestação da vontade autônoma. Já o ato administrativo é uma manifestação da vontade funcional. O ato administrativo aperfeiçoa-se por meio de uma vontade objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, e não como processo psicológico de satisfação de um interesse individual (JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 273-274).

ou provado, ao patrimônio público, tomado em sua mais ampla acepção”,⁴⁴ sendo que “nenhum dos atos atacáveis por ação popular é convalidável, pois, provocando dano ao patrimônio público, não haveria como repeti-los sem vício”.⁴⁵

Por conseguinte, se o ato praticado, mesmo que inconvalidável, não agravar o patrimônio público, incabível será a ação popular,⁴⁶ sem prejuízo das ações individuais próprias. É aqui que se encontra mais uma diferença entre os atos administrativos e aqueles existentes no direito privado, somando-se a isto, ainda, o fato de que o ato administrativo, conforme supracitado, pode ser invalidado administrativamente, mediante provocação, ou de ofício, o que não ocorre na esfera do Direito Civil.

Quanto à invalidação de ofício do ato administrativo pelo juiz, tem-se que não há previsão legal na legislação federal dando azo a tal possibilidade, de modo que, adotando-se tal postura, estaríamos tomando caminho para a vulnerabilidade. Assim como Carlos Ari Sundfeld, acreditamos que a melhor opção será a de rejeição da possibilidade de invalidação do ato administrativo de ofício pelo juiz.⁴⁷

Para reforçar sua posição doutrinária, trazemos, mais uma vez, a lição de Carlos Ari Sundfeld:

Realmente, o controle judicial – para qualquer espécie de ato – é sempre provocado por alguém externo ao Poder Judiciário, o que, face à indispensável citação do réu, leva ao contraditório. O debate processual, restrito aos termos do pedido inicial, permite que o julgador conheça os vários ângulos de fatos, direitos e interesses envolvidos, antes de ditar sua decisão. O contraditório é, assim, condição para uma sentença esclarecida e ajustada ao Direito e aos fatos.⁴⁸

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 77.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 78.

⁴⁶ Neste sentido, é importante salientar o caráter constitucional da ação popular, presente no art. 5º, inc. LXXIII, da Carta Magna vigente, onde se lê: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular ato lesivo ao patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência. E ainda, a Lei 4.717/65, conhecida como a Lei da Ação Popular, dispõe, em seu art. 1º, acerca da legitimidade “para pleitear a **anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio** da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios (...)” (grifou-se). A ação popular será revisitada no próximo tópico deste trabalho.

⁴⁷ Não se pode confundir a impossibilidade de invalidação de ofício do ato administrativo pelo juiz com a possibilidade, ou até mesmo dever, de o juiz realizar controle sobre o mérito do ato, tendo em vista que, para a realização deste controle “ultra legem”, deve ser realizada uma provocação jurisdicional a priori.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 79.

O respeitado autor aduz que não há ato administrativo que possua vício tão grave a ponto de ser decretada sua anulação a qualquer custo, já que poderia haver, neste caso, considerável comprometimento da ordem jurídica, sem contar, ainda, com o grande problema da emanção de uma decisão jurisdicional não precedida de debate, o que fere, frontalmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, pode-se dizer que, quanto à invalidação de ofício do ato administrativo de ofício pelo juiz, tem-se que é uma medida não essencial ao controle jurisdicional da atividade administrativa, posto que, para tal anulação, cabível é a ação popular, que passará a ser estudada agora.

1.4. A AÇÃO POPULAR COMO AÇÃO ESPECÍFICA PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Vejamos agora a ação popular, como medida exemplificativa concreta da possibilidade de controle jurisdicional da atividade administrativa por iniciativa do cidadão.

1.4.1. Panorama geral da ação popular

Conforme expõe a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a ação popular é:

(...) a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.⁴⁹⁻⁵⁰

Com um conceito um pouco mais refinado e abrangente, o pioneiro Seabra Fagundes expõe que:

⁴⁹ Com interpretação um pouco mais alargada, Gessinger afirma que a ação popular não encontra semelhança com nenhum outro tipo de ação, sendo uma verdadeira ação civil pública, condicionada à iniciativa de qualquer cidadão. "Parece-se, portanto, com a ação penal pública condicionada à representação" (GESSINGER, Ruy Armando. **Da ação popular constitucional**. Porto Alegre: Editora Metrópole, 1985, p. 21).

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 800.

(...) a ação popular pode conceituar-se como aquela por meio da qual o indivíduo, como partícipe da comunidade política, provoca o pronunciamento do órgão judicante sobre atos ou abstenções da Administração Pública, que, não ferindo direito seu, afetem, de qualquer modo, preceitos do direito objetivo ou critérios de moralidade administrativa relacionados com os serviços públicos, o domínio do Estado, as servidões administrativas e as obrigações públicas.⁵¹

Conhecida desde o direito romano, a ação popular (*actio popularis*) era utilizada pelos cidadãos daquela civilização sempre que os altos interesses da república estivessem em perigo.⁵²

Hodiernamente, a presença da ação popular em no ordenamento jurídico pátrio, em especial em nossa Constituição Federal, justifica-se pela sua íntima relação com o princípio republicano⁵³, já que a coisa, sendo do povo, dá a este o direito de fiscalizá-la. “Pertence-lhe o patrimônio do Estado. Por isso é público”.⁵⁴

A ação popular, mesmo entendida como uma garantia individual fundamental, nos termos do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, tem como

⁵¹ FAGUNDES. *op. cit.* p. 309-310. O professor Hely Lopes Meirelles entende que os atos administrativos (bem como os contratos administrativos) passíveis de anulação por ação popular devem ser, simultaneamente, ilegais e lesivos ao patrimônio público. Destarte, não bastaria, para ele, a mera ilegalidade do ato, mas sim a concomitância entre esta e o efeito da lesividade. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 12 ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 85).

⁵² Para que este trabalho não passe sem um brocardo latino sequer, “*eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*”, ou seja: a ação popular, no direito romano, era a ação de que se servia o povo para defender direitos do próprio povo. (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 3 ed. 2 t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 239). No mesmo sentido, José Afonso da Silva, ao afirmar que “o qualificativo popular prende-se a isto: defesa da coisa pública, coisa do povo (*publicum*, de *populicum*, de *populum*)” (SILVA. *op. cit.* p. 462).

⁵³ O professor José Afonso da Silva entende que o exercício da ação popular decorre diretamente da soberania popular, consubstanciada no par. único do art. 1º da Constituição Federal, revelando-se como uma garantia constitucional política, como “uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Segundo o autor, a ação popular manifesta-se também como uma garantia coletiva, posto que o cidadão invoca a atividade jurisdicional objetivando a tutela dos interesses ditos coletivos, e não dos pessoais (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 462-463).

⁵⁴ Complementa o constitucionalista, aduzindo que “o constituinte não se cingiu à fiscalização por meio de representantes populares. Quis que fosse exercitada, também, singularmente, por cidadão brasileiro. Isto para que os titulares da coisa pública possam, individualmente, protegê-la contra atos que a lesionem. **A Constituição erige cada um dos cidadãos brasileiros em defensor do patrimônio público**” (grifo nosso) (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 3 ed. 2 t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 240).

fulcro a proteção de interesses de coletividade⁵⁵. Isto se dá, segundo Marinoni e Arenhart, por duas razões: a) o inc. XVIII do art. 5º da CF, quando fala da inafastabilidade da jurisdição, não faz referência a direito individual ou coletivo, especificamente e; b) o inc. LXXIII deste mesmo artigo confere a qualquer cidadão legitimidade para buscar a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, ou seja, direito coletivo, e não individual.⁵⁶

Neste sentido, importante trazer a lição de Luísa Elisabeth Timbó Corrêa Furtado que, lecionando sobre a relação entre direitos individuais e coletivos, afirma que:

Há, pois, na realidade brasileira uma necessidade premente de tutela dos direitos subjetivos próprios, gozados individualmente. Porém, sem diminuir a importância desses direitos, a pós-modernidade jurídica vem, notoriamente no campo constitucional e processual, desprendendo-se de uma esfera liberal e confluindo para interesses mais sociais, coletivos e difusos. Daí a necessidade de proteção jurisdicional desses interesses transindividuais.⁵⁷

A garantia de proteção aos interesses coletivos eleva-se ao status de direito fundamental, merecendo, como direito fundamental que é, uma interpretação otimizada, para que a sua satisfação seja alcançada da maneira mais extensiva possível, a partir das considerações de que: a) toda medida que impeça ou dificulte o acesso ao Judiciário de discussões que envolvam direitos coletivos deve ser entendida como inconstitucional e; b) aquele que postula em juízo questões envolvendo interesses coletivos (e individuais também), espera obter uma resposta útil, eficaz, tempestiva e adequada.⁵⁸

Assim, pode-se notar que instrumento constitucional consiste, basicamente, “na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor

⁵⁵ Conforme expõe o professor Cretella Jr., “embora o autor não seja titular de direito ferido, pede, como parte da coletividade, que o Poder Judiciário reexamine o ato e proteja o patrimônio do Estado”. (CRETELLA JÚNIOR. *op. cit.* p. 473).

⁵⁶ Destarte, “a garantia de proteção aos interesses coletivos assenta-se na própria proteção dada à ação”, bem como a tutela destes interesses configura-se como “um impositivo constitucional”, em virtude da garantia da inafastabilidade da jurisdição, tal como colocada no texto constitucional (MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: procedimentos especiais**. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 271-272).

⁵⁷ FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão**. São Paulo: Editora LTr, 1997, p. 18.

⁵⁸ Ainda, “é dever também imposto ao magistrado conformar o procedimento, na medida de suas possibilidades, de modo a dar o maior atendimento possível à garantia de ação”, já que a “máxima potencialidade de proteção é dever imposto ao magistrado pela Constituição, razão pela qual ela se impõe como critério maior de atuação da atividade jurisdicional” (MARINONI. *op. cit.* p. 272-274).

amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos”,⁵⁹ tendo como um dos objetivos principais o “resguardo do patrimônio público, em diversos de seus espectros”.⁶⁰⁻⁶¹ Assim, é ação que deve ser intentada por qualquer cidadão para conservação ou defesa da coisa pública.⁶²

Em uma breve retrospectiva, podemos notar uma paulatina progressão no instituto da ação popular que, coincidentemente, assemelha-se à própria evolução do direito administrativo no Brasil.

De todas as Constituições existentes no Brasil, as únicas que não continham em seu corpo normativo o referido instituto foram as de 1891 e 1937.

A Constituição de 1824 já adotara a expressão “ação popular” para designar tal instituto, o que só veio a ocorrer novamente com a promulgação da atual Carta Magna. Porém, importante destacar que o âmbito de atuação da ação popular naquela Carta restringia-se aos atos do Poder Judiciário.

Cronologicamente, a Carta de 1934, ao seu turno, já definia como objeto da ação popular o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

Retirada do texto constitucional de 1937, tal ação retomou seu espaço na Constituição de 1946, com pequenas alterações em relação ao texto de 1934,

⁵⁹ SILVA. *op. cit.* p. 462.

⁶⁰ Conforme expõe a professora Odete Medauar, a ação popular possui fins preventivos e repressivos, ou seja, visa tanto impedir os efeitos lesivos da conduta administrativa quanto anular o ato lesivo praticado, com a possível responsabilização patrimonial do causador do dano. (MEDAUAR. *op. cit.* p. 493). Ao seu turno, Maria Sylvania entende que não é possível ação popular preventiva (DI PIETRO. *op. cit.* p. 803). Ainda, pode-se dizer que a ação popular é uma ação desconstitutiva, com teor declaratório, “pois que tem por objetivo a criação, modificação ou extinção (anulação) do ato imputado lesivo ao patrimônio público” e, ao mesmo tempo, condenatória, posto que prevê a responsabilização dos agentes implicados no ato lesivo, bem como de terceiros beneficiados diretamente, através do pagamento de perdas e danos. (FURTADO. *op. cit.* p. 19).

⁶¹ GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Controle da Administração Pública via Ação Popular: isenção de custas judiciais, como direito fundamental, no exercício direto da cidadania*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 09 de outubro de 2010, p.02.

⁶² Cidadão, aqui, é “o brasileiro, nato ou naturalizado, que está no gozo dos direitos políticos, ou seja, dos direitos de votar e ser votado” (DI PIETRO. *op. cit.* p. 800). Porém, com o fito de viabilizar o ingresso desta ação, basta a qualidade de eleitor do indivíduo para que ele possa exercer seu direito de ação. Neste sentido, a lição do grande Seabra Fagundes: “O interesse à propositura (...), individualizado na generalidade das ações, de sorte a competir com o próprio titular do direito material ou a terceiro referido expressamente em lei (substituto processual), tratando-se da *actio popularis*, compete a qualquer dos integrantes ativos da comunidade política (eleitor) que **delibere investir-se em defensor da legalidade e da moralidade dos atos administrativos, ou de atos de pessoas privadas a esses outros equiparados**” (grifou-se). Neste caso, o direito subjetivo de agir, segundo Seabra Fagundes, nasce com a decisão tomada pelo indivíduo qualificado politicamente, de buscar em juízo a aplicação da lei, a respeito dos bens assegurados pelos dispositivos que tratam da ação popular (FAGUNDES. *op. cit.* p. 313-314).

principalmente quanto à ampliação para outras entidades além da Administração direta.

Presente também nas Cartas de 1967 e 1969, a ação popular passou a figurar entre os direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao ser inserida no inc. LXXIII do referido artigo, com algumas adições em seus objeto, passando a figurar como passivos de controle jurisdicional os atos lesivos à moralidade administrativa e ao meio ambiente.

Importante também salientar a promulgação da Lei n.º 4.717/65,⁶³ ainda vigente, quase vinte anos após a inserção do instituto na Constituição de 1946, o que não impediu, porém, que o dispositivo constitucional fosse aplicado, mesmo com a inexistência de legislação infraconstitucional que o regulamentasse.⁶⁴

E ainda, duas importantes características deste instituto foram mantidas com o advento da Carta de 1988: a) a titularidade da ação popular pertence a qualquer cidadão e; b) o cidadão age na defesa do interesse coletivo.⁶⁵

Desta feita, pode-se notar que, na ação popular, o autor pugna pela prestação jurisdicional estatal para a defesa de interesse social, caracterizando o instituto como um direito de natureza política,⁶⁶ posto que o controle sobre os atos lesivos aos interesses resguardados pela Constituição cabe, de forma inicial, ao cidadão.⁶⁷⁻⁶⁸

⁶³ Tendo em vista que esta lei foi promulgada em momento posterior à Constituição de 1967, é imperioso que sua interpretação seja feita à luz do texto constitucional vigente. (MEIRELLES. **Mandado...** *op. cit.* p. 87).

⁶⁴ DI PIETRO. *op. cit.* p. 799.

⁶⁵ A professora Maria Sylvia entende que o cidadão age, por meio da ação popular, em defesa do interesse público (DI PIETRO. *op. cit.* p. 799). Conforme se estudará logo mais, a noção de interesse público, bem como sua dita supremacia, são vistas pela professora da USP em sua acepção clássica, contrária a que se defende neste trabalho. Assim, melhor utilizar a expressão *interesse da coletividade*, expressão também comungada pelo grande José Afonso da Silva que, mesmo adotando o conceito clássico de interesse público, utiliza aquela expressão para designar o interesse defendido pelo autor popular (SILVA. *op. cit.* p. 462).

⁶⁶ De acordo com Luísa Elisabeth Timbó Corrêa Furtado, “percebe-se que há com a sacramentalização da ação popular a solidificação de um direito político, pois o cidadão passa a ser o controlador da legalidade imanente, qual seja o da sua participação na vida política estatal, em ato de fiscalização da gestão do patrimônio público para que a mesma corresponda aos princípios da legalidade e moralidade” (FURTADO. *op. cit.* p. 19).

⁶⁷ Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, a ação popular “é, talvez, a única providência judicial realmente temida pelos administradores, porquanto, nos termos do art. 11 da referida lei [a Lei 4.717/65], se a ação for julgada procedente, vindo a ser decretada a invalidade do ato impugnado, a sentença *condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele*” (BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.*).

Frente ao verdadeiro encanto que a ação popular representa em uma ordem constitucional democrática, muitos mal-intencionados vem utilizando este instrumento como meio de oposição política de uma administração a outra, exigindo do Judiciário “redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger”.⁶⁹

Após esta breve explanação acerca do posicionamento constitucional da ação popular, bem como dos seus objetivos e interesses por ela tutelados, passamos a uma pequena análise da relação entre a ação popular e a proporcionalidade, com uma verticalização maior deste último instituto em capítulo próprio.

1.4.2. A invalidação do ato e o postulado da proporcionalidade

Conforme Marçal Justen Filho, “a avaliação da validade dos atos questionados e a pronúncia de sua invalidade se sujeitam ao princípio da proporcionalidade”.⁷⁰ Com isso, evita-se que, por meio da invalidação do ato supostamente nulo, mais prejuízos do que aqueles já criados pela simples emanção do ato sejam gerados. Os efeitos da decisão em sede de ação popular devem, assim, ser objeto de análise do postulado da proporcionalidade e de seus subelementos, que serão vistos em capítulo posterior.

O que se deve anotar aqui é que a simples argumentação de que o ato deve ser declarado nulo em atenção ao princípio da supremacia do interesse público não pode mais ser aceita pelos julgadores brasileiros, e muito menos utilizada por eles como fundamentação de suas decisões.

O que se espera, e a ação popular é um dos melhores exemplos para que isto seja retirado do plano teórico e trazido para o plano concreto, é que sejam consideradas todas as circunstâncias e efeitos da invalidação de ato ou contrato

⁶⁸ Contemporaneamente, outras ações constitucionais têm por objetivo o resguardo de interesses coletivos e sociais enumerados pela Constituição Federal, tais como o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, utilizada em escala considerável frente ao número ainda pequeno de ações populares em trâmite no Judiciário nacional. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 799).

⁶⁹ MEIRELLES. **Mandado...** *op. cit.* p. 87.

⁷⁰ JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 1.043.

administrativo, posto que o embate entre direitos fundamentais quase sempre é latente em questões envolvendo interesses públicos e privados, já que há grande tendência por parte dos julgadores em declarar a nulidade de atos administrativos pelo simples fato de estarem em dissonância com o princípio da legalidade.

Fecha-se este capítulo (já com referência ao próximo) afirmando que: a supremacia do interesse público cai por terra quando direitos fundamentais estão envolvidos, já que a justificativa para mutilação ou negação destes direitos não pode ficar adstrita a um princípio geral e indeterminado como este.

O Estado, que tem como objetivo único a satisfação dos direitos fundamentais, não pode, através da ação popular e de outros mecanismos de controle da atividade administrativa, renegar aos indivíduos direitos fundamentais oriundos da prática de atos administrativos supostamente inválidos, sem que os efeitos desta anulação sejam meticulosamente avaliados, por meio do postulado da proporcionalidade.

É o que se passa, de modo extremamente singelo, a demonstrar a partir de agora.

2. INTERESSE PÚBLICO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, A SUPREMACIA E A CRÍTICA

*Eu vejo o futuro repetir o passado
Eu vejo um museu de grandes novidades
O tempo não pára*

2.1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Analisar-se-á a partir de agora o conceito de interesse público, passando-se, posteriormente, ao estudo da supremacia do interesse público sobre o particular e sua relação com os direitos fundamentais para, ao fim, demonstrar-se como a proporcionalidade pode atuar nas hipóteses de conflito entre direitos fundamentais e interesses públicos.

A expressão *interesse público* não possui presença menos do que estrondosa no direito administrativo, sendo os verdadeiros fundamento, fim e limite de atos e medidas administrativas.

Porém, mesmo possuindo tamanha importância, conceituar o interesse público não é tarefa de fácil realização.

Em primeiro lugar, muitas expressões semelhantes são utilizadas, como se o mesmo significado tivessem, tais como interesse geral, interesse coletivo, interesse social.⁷¹

Em segundo lugar, vários significados são conferidos à fórmula conceitual de interesse público, dentre eles: a soma dos interesses particulares, interesse que vai além da soma dos interesses particulares, interesse específico da sociedade, distinto, por sua essência, dos interesses particulares, além de inúmeros outros.

Neste sentido, a professora Odete Medauar afirma que:

⁷¹ Extrapola os limites deste trabalho diferenciar cada um destes interesses. Tentar-se-á, na medida do possível, identificar cada expressão com o significado que lhe é cabível.

se é difícil enunciar um conceito jurídico preciso de interesse público, parece, no entanto, possível, associá-lo ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade. Evidente que atos administrativos podem atender a fins públicos atinentes, de modo imediato, a uma parcela da população e de modo mediato a toda a população.⁷²

Alguns doutrinadores, tais como Bandeira de Mello, defendem ser o interesse público o interesse do todo, do próprio conjunto social, mas nunca a somatória dos interesses individuais. Ainda na linha do professor paulista, mais equivocado do que afirmar que o interesse público é uma simples operação aritmética de somatória dos interesses individuais, é declarar que há contradição entre os interesses das partes (ou privados) e o interesse do todo, “propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo”.⁷³

Este *todo*, conforme definido pelo mestre supracitado, não é algo que existe por si só, que possui consistência autônoma, que está apartado do interesse dos particulares. É justamente este interesse público (ou interesse do todo) que qualifica o interesse privado, caracterizando-se como uma “função qualificadora dos interesses das partes”.⁷⁴ O interesse público, de forma simplória e esclarecedora, é uma dimensão dos interesses individuais, posto que impropriedade o pensamento de que “o interesse de todos (é) fosse um anti-interesse de cada um”,⁷⁵ não havendo possibilidade de existir um interesse público que vá de encontro aos interesses de cada membro da sociedade.

Ao seu turno, o professor Marçal Justen Filho afirma categoricamente ser impossível a contraposição entre um interesse público e um direito subjetivo atribuído a um particular, com o único propósito de eliminação deste⁷⁶. Na seqüência de seus ensinamentos, afirma Justen Filho que podem ser oponíveis direitos subjetivos a interesses públicos, em harmônica consonância com os ditames constitucionais e do Estado Democrático de Direito.

⁷² MEDAUAR. *op. cit.* p. 169-170.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* p. 59.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 57.

Importante salientar a distinção básica entre direito subjetivo e interesse público, para que dúvidas subseqüentes possam ser tranqüilamente sanadas.

Configura-se direito subjetivo a situação em que o ordenamento jurídico atribui ao (s) sujeito (s) a possibilidade de exigir uma conduta específica (fazer ou não-fazer) relativamente a um ou mais sujeitos. Ao seu turno, o interesse, entendido como uma relação de conveniência e adequação, não se caracteriza pela possibilidade de exigência de uma conduta específica de um por outro sujeito determinado. É o exemplo mais do que propício da ação popular constitucional, em que o cidadão busca a invalidação de ato administrativo defeituoso pela via jurisdicional. Ao propor tal ação, o cidadão tem o interesse (e não o direito subjetivo) de evitar a má utilização do patrimônio público. É a diferenciação aceita pelos tribunais superiores, inclusive pelo STF, ao reconhecer que “o titular de um mero interesse não pode invocar a tutela jurídica reservada para o direito subjetivo”⁷⁷.

Em caminhada própria, mas não contraposta, alguns teóricos (e entre eles o sempre vanguardista Celso Antônio Bandeira de Mello) posicionam-se no sentido de que há um *direito subjetivo público* dos indivíduos à defesa de interesses propriamente públicos, quando a ingerência do Estado incorrer em ônus ou gravames suportados individualmente por cada um, ou ainda, quando houver alguma privação de vantagens e proveitos decorrente do descumprimento de norma de direito público pelo próprio Estado.

Este direito público subjetivo estaria caracterizado a partir do momento em que o gravame decorrente do descumprimento da norma pelo Estado atingisse não só o indivíduo, mas sim uma generalidade de sujeitos, já que os efeitos jurídicos decorrentes do (des) cumprimento da norma pelo ente estatal acobertariam uma gama determinada de pessoas, inexistindo a possibilidade de incidir apenas singularmente.

Destarte, pode-se perceber que há um considerável campo de defesa atribuído ao particular frente aos desvios de conduta do Estado, devendo ser entendidos estes desvios como atos praticados pelos entes estatais que violam frontalmente a legalidade, desatendendo, conseqüentemente, ao interesse público precípuo.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 58.

Eduardo García de Enterría, em seu *Curso de Derecho Administrativo*, escrito em parceria com Tomás-Ramón Fernandes, afirma que a legalidade imposta à Administração não é uma simples exigência dela mesma, que pudesse derivar de sua condição de organização burocrática e racionalizada, mas antes uma técnica de garantir a liberdade. Complementando:

toda ação administrativa que force um cidadão a suportar o que a lei não permite não é só uma ação ilegal, mas sim uma agressão à liberdade deste cidadão. Assim, a oposição a um ato administrativo ilegal é, em última instância, **uma defesa da liberdade de quem tenha sido injustamente afetado por este ato.**⁷⁸

Desta maneira, o que se busca com a legalidade é, precipuamente, oferecer a todos os indivíduos do corpo social uma proteção e uma garantia, sendo a objetivação concreta deste princípio a possibilidade de restauração e correção das violações à legalidade através da via jurisdicional, não se reduzindo a uma simples regra moral para a Administração.

Conseqüentemente, ao sofrer danos com a atuação administrativa ilegal, em virtude dos elementos conjugados do prejuízo e da ilegalidade, nasce para o indivíduo um direito subjetivo para a eliminação desta atuação ilegal, de modo que seus interesses possam retornar ao *status quo ante*; direito esse qualificado como público subjetivo.

Em suma, o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, “dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade”,⁷⁹ entendidos estes interesses em sua continuidade histórica, considerado o “depósito intertemporal destes mesmos interesses” em virtude da sucessividade das gerações de seus nacionais.⁸⁰

Ainda, pertinente a crítica acadêmica que, sem pretensão de extrapolar os limites deste singelo trabalho, deve ser feita a uma das grandes publicistas deste

⁷⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 2 ed., v. II, Madri: Civitas, 1981. p. 48. *Apud.* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. rev e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 64. (grifou-se). Tradução livre: “Toda acción administrativa que fuerce um ciudadano a soportar lo que la ley no permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a um acto administrativo ilegal es, em último extremo, uma defensa de la libertad de quien há resultado injustamente afectado por dicho acto”.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 60

⁸⁰ *Idem*.

país (e a outros administrativistas que não se dão ao trabalho de buscar o verdadeiro significado de interesse público), a honrada professora titular de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

A respeitada doutora, em seu consagrado manual, não faz sequer menção ao instituto ora estudado, limitando-se a discorrer acerca do “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado, deixando ao relento maiores considerações acerca do conceito e conteúdo do interesse ora estudado, restringindo-se a afirmar que o objetivo primordial das normas de direito público é defender interesses públicos e o bem-estar coletivo,⁸¹ posicionando-se de forma dogmatista, até certo ponto retrógrada.

No mais, equipara, ao nosso ver, de maneira inconsistente, o citado interesse ao interesse geral. Em sua conclusão ao breve estudo temático, justifica a existência dos poderes administrativos, tais como o hierárquico e o disciplinar, pela simples e entusiasmada celebração ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Críticas à parte, sem fugir à discussão que envolve os interesses públicos e privados, é cabível salientar a existência de interesses unicamente pessoais, particulares, atinentes às conveniências de cada um, que podem ser de uma única pessoa ou de um grupo de pessoas singularmente consideradas, de um lado; e de outro, o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, atuando enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos. Este segundo interesse é que seria o interesse do todo, o interesse público, deixando claro mais uma vez que há uma relação íntima e indissociável entre os interesses privados e públicos no âmago social.

Neste norte, o interesse público, enquanto “faceta dos interesses privados (...), só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que integrarão no futuro”.⁸²

Elucidativamente, trazendo mais uma vez à baila a lição de Bandeira de Mello:

⁸¹ DI PIETRO. *op. cit.* p. 64.

⁸² *Ibidem.* p. 61.

(...) o interesse público deve ser conceituado como **o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.**⁸³

Destarte, podemos afirmar, com base nas lições acima expostas, que interesses públicos podem ser defendidos por particulares (na esfera jurisdicional, via ação popular, por exemplo), justamente porque os particulares não são estranhos aos referidos interesses públicos. Ainda, pode-se dizer, com certa tranqüilidade, que nem todos os interesses do Estado são interesses públicos, haja vista que o Estado, possuindo interesses primários e secundários⁸⁴, é apenas um depositário de interesses públicos, mas que também possui interesses que não possuem as características exclusivas dos interesses públicos.

O professor Marçal, ao seu turno, afirma que não existe só um interesse público, mas inúmeros interesses públicos, que freqüentemente se chocam, sendo que “a decisão a ser adotada não poderá ser fundada na pura e simples invocação do interesse público”, já que “estarão em conflito diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis”.⁸⁵

Com isso, independente da teoria conceitual adotada, não se poderá negar o caráter complexo e heterogêneo do instituto ora analisado, e muito menos que:

quando se invoca o interesse público somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade pode ser atribuída ao Estado precisamente pela inviabilidade de sua realização pelo sujeitos privados, de modo individual.⁸⁶

Com isso, passa-se ao estudo da controvertida supremacia do interesse público sobre o particular.

2.2. O INTERESSE PÚBLICO E SUA DITA SUPREMACIA

⁸³ *Idem.* (grifou-se).

⁸⁴ ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960.

⁸⁵ JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 65.

⁸⁶ *Ibidem.* p. 67.

Vistas algumas idéias acerca do que vem a ser o interesse público, passa-se à análise da supremacia do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma ser a supremacia do interesse público sobre o privado um pressuposto da ordem social estável, onde todos e cada um podem sentir-se garantidos e resguardados.⁸⁷

O Poder Público, segundo ele, se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, sendo esta uma condição indispensável para a gestão dos interesses públicos postos em confronto.⁸⁸

O professor Marçal Justen Filho, porém, afirma que o pensamento de que há uma prevalência do interesse público sobre todos os outros interesses, bem como de que o regime de direito administrativo seria destinado a assegurar esta prevalência, apresenta inconvenientes práticos e defeitos teóricos, que exigem certo aperfeiçoamento.⁸⁹

Esta supremacia tem sido há muito evocada para justificar a prática de atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática, sendo imperioso encontrar uma solução mais satisfatória e adequada em face da Constituição de 1988. Isto se dá a partir da idéia de que o constituinte assegurou a prevalência dos direitos fundamentais antes e acima do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público advém de um tempo em que a Administração utilizava-se de poderes genéricos de ingerência na vida dos indivíduos para assegurar um metafísico *interesse público*, o que é não menos do que incompatível com o Estado Democrático de Direito contemporâneo.⁹⁰⁻⁹¹

⁸⁷ *Ibidem*. p. 69.

⁸⁸ Segundo o autor, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular “compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas” (*Ibidem*. p. 70).

⁸⁹ Conforme o professor, “a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia. (*Ibidem*. p. 56).

⁹⁰ Não será discutido neste trabalho a natureza da supremacia do interesse público sobre o particular, posto que não é este o objetivo. Porém, para não se dizer que não há divergências quanto à situação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, aduz Humberto Bergmann Ávila que a supremacia do interesse público sobre o particular não é uma norma-princípio, tanto conceitual como normativamente, posto que possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas, bem como não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente. Por fim, não pode a supremacia do interesse público sobre o privado descrever, conceitual e normativamente, uma relação de supremacia, já que “se a discussão é sobre a função administrativa, não pode “o” interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da

A partir da idéia de que não há interesse público algum abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares, pode-se dizer que a tarefa de regulação do Estado não pode se prender à simples formulação de uma *supremacia do interesse público*.⁹²

Tanto os interesses públicos como os interesses individuais não podem ser descritos de forma segregada na análise da atividade estatal e de suas finalidades, posto que há uma conexão estrutural entre estes interesses, não sendo admissível, assim, a confusão entre a persecução do interesse público como fim estatal precípua e a supremacia do interesse público sobre o particular.⁹³

O reconhecimento da existência de inúmeros interesses públicos pela doutrina impõe que não se proceda a uma rigidez na prefixação de *interesse público*, justamente pelo fato de não haver definição conceitual pacífica deste instituto, o que causa dúvidas principalmente quanto a sua objetividade.⁹⁴⁻⁹⁵

atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**, In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 215-216).

⁹¹ De acordo com Gabriel de Araújo Lima, “a epistemologia do paradigma da supremacia do interesse público idealiza o Estado e, conseqüentemente, os intérpretes estatais do interesse público, tomados como uma entidade abstrata e neutra”. Ainda, segundo o autor, este paradigma “informa simbolicamente a Administração e a Sociedade como *mito* autoritário, que coloca o Estado como ente axiologicamente superior à Sociedade Civil” e, “como decorrência de sua natureza de mito autoritário, mas não apenas disso, informa o sistema normativo infraconstitucional como um vetor axiológico autoritário, assim favorecendo a edição de normas infraconstitucionais inconstitucionais”. (LIMA, Gabriel de Araújo. **Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal**. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. ano 3, n. 11, jan/mar. 2003. Rio de Janeiro: 2003. p. 148).

⁹² Conforme expõe Gustavo Binenbojm, “embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio norteador do direito administrativo, sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes”. (BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 168).

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade no direito econômico**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 223/199-230. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/2001, p. 213.

⁹⁴ Nos dizeres de Gustavo Binenbojm, “uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos” (BINENBOJM. *op. cit.* p. 168)

⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 182.

O interesse público, não raras vezes, importa em convergência com os direitos fundamentais dos indivíduos, e não em colisão, já que a garantia dada a estes direitos favorece, em grande parte, o bem-estar geral. Esta convergência dos direitos fundamentais com o interesse público é a regra, e não a exceção, já que, como o interesse público é composto pelos interesses particulares dos membros da sociedade, não há possibilidade de dissociação entre estes interesses.

Assim, não é incomum que se encontre situações em que são aludidos conflitos inexistentes entre direitos fundamentais e o interesse público.

Isto se dá, além de outros motivos, pelo fato de os direitos fundamentais não serem mais encarados sob uma perspectiva individualista, mas sim como a base jurídica da coletividade, já que estes direitos cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, atuando como limites, impulso e diretriz para a atuação dos poderes públicos. Destarte, o Estado deve tanto abster-se de ofender os direitos fundamentais quanto promovê-los e salvaguardá-los de quaisquer ameaça. Assim, nada mais racional do que afirmar que “a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público”,⁹⁶ sendo que a promoção deste interesse público consiste, muitas vezes, na preservação de um direito individual, na medida do possível.

Entretanto, existem hipóteses em que o interesse da coletividade entra em choque com direitos fundamentais, que podem ser observados nos casos em que o interesse público não possui relação íntima com nenhuma espécie de direito fundamental.

Sobre o tema, constitucionalistas como Dworkin e Rawls afirmaram que não há possibilidade de restrição de direitos fundamentais com o objetivo único de satisfação de interesses coletivos, pois, segundo Dworkin, os direitos fundamentais só podem ser afastados apenas em razão de outros direitos, mas nunca por considerações relacionadas ao interesse público. Os direitos fundamentais, para ele, são os trunfos do indivíduo, que devem prevalecer sempre, diante de quaisquer outras razões relacionadas à promoção de objetivos da comunidade.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Anuário 2004/2005. 1 vol., tomo 2. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p.52.

Porém, para países que adotaram constituições sociais, estas idéias são inaplicáveis, sendo constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público.

O que se deve ter em mente, porém, é que a persecução de interesses públicos pela atividade administrativa, afetos à coletividade, difere da sustentação de que estes interesses devem prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos.

Deste modo, pode-se perceber que o dogma da supremacia do interesse público parece ignorar o ordenamento constitucional brasileiro, que possui como uma de suas maiores virtudes a relevância dada aos direitos fundamentais.

Assim, não há que se falar em soluções simplistas para as questões que envolvem restrições de direitos fundamentais justificados com base no interesse público, conforme expõe Daniel Sarmiento, ao afirmar que “elas demandam um exame mais complexo, que leve em conta **toda a constelação de limites** às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina”.⁹⁷

Os limites aos direitos fundamentais podem: a) estar estabelecidos diretamente na Constituição; b) estar autorizados pela Constituição, que prevê a edição de leis restritivas e; c) decorrer de restrições que não estão expressas no texto constitucional.

Interessa, neste momento, considerar as hipóteses de restrições aos direitos fundamentais que não estão expressas na Constituição, afirmando, de plano, que esta possibilidade de restrições deriva da própria Constituição, já que o constituinte não fixou, de antemão, critérios para a solução de conflitos em que há colisão de direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, no caso concreto. A justificativa para estas hipóteses de restrições seria a de garantia de “proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional, seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade”.⁹⁸

Aqui se encontra mais uma razão para a recusa da supremacia do interesse público como critério de limitação de direitos fundamentais, já que nem todos os interesses públicos possuem berço constitucional, o que importa em uma não prevalência destes interesses sobre os referidos direitos.

⁹⁷ *Ibidem.* p.56.

⁹⁸ *Ibidem.* p.59.

Assim, a limitação dos direitos fundamentais deve ter como pressuposto a sua previsão em lei geral, abstrata e suficientemente densa e determinada a gerar previsibilidade e segurança jurídica.

Porém, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais, e dentre elas a supremacia do interesse público, caracteriza a violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, já que transfere para a atividade administrativa a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental.⁹⁹

Visto isso, raras são as hipóteses de limitações mais vagas e indeterminadas aos direitos fundamentais do que a proteção do interesse público, posto que há dificuldade, inclusive, em conceituar interesse público, tamanha sua indeterminabilidade. Assim, pode-se dizer que a definição de interesse público torna-se cada vez mais dependente de decisões discricionárias, frente aos mais variados casos concretos, o que debilita em excesso os direitos fundamentais, já que se tornam reféns de “valorações altamente subjetivas e refratárias à parametrização por parte dos aplicadores do Direito”.¹⁰⁰

2.3. A PROPORCIONALIDADE E O INTERESSE PÚBLICO

A necessidade de proteção de bens jurídicos diversos justifica as restrições feitas aos direitos fundamentais, já que não são eles direitos absolutos.¹⁰¹

Estas restrições devem ser determinadas através da ponderação constitucional dos interesses em jogo, sendo necessário que, para esta ponderação, também sejam impostas algumas limitações, denominadas de “limites dos limites”.¹⁰²

⁹⁹ Nos EUA, a jurisprudência tem recusado a constitucionalidade de restrições muito amplas às liberdades fundamentais, por meio da *Void Vagueness Doctrine* (em tradução literal, doutrina da nulidade por excessiva vagueza), ao dispor que as “restrições às liberdades constitucionais são inválidas por excessiva vagueza, quando as regras limitadoras forem tão indefinidas que a linha entre a conduta válida e a inválida do particular se torne matéria controvertida entre pessoas de boa-fé e inteligência mediana” (*Ibidem*. p.60).

¹⁰⁰ *Ibidem*. p.61.

¹⁰¹ Humberto Bergmann Ávila afirma que, mesmo nos casos em que o interesse público legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve existir uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição (ÁVILA. **Repensando...** *op. cit.* p. 217).

¹⁰² Ponderação, da forma como exposta pelos autores aqui citados, deve ser entendida como uma aplicação restrita do postulado da proporcionalidade, que será melhor visto no próximo capítulo.

Quando não feita pelo legislador, a ponderação poder ser operada, no caso concreto, pelo Poder Judiciário, sempre que houver conflito entre princípios constitucionais, ou também quando o equacionamento da questão empreendido pelo legislador revelar-se inconstitucional, sendo que o interesse público jamais deve prevalecer de maneira indistinta e desregrada sobre os direitos fundamentais.¹⁰³

Alguns doutrinadores entendem que não há compatibilidade entre a supremacia do interesse público e o princípio da proporcionalidade,¹⁰⁴ parâmetro ímpar para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais.

Este postulado estabelece critérios intersubjetivamente controláveis para a resolução de colisões envolvendo interesses constitucionais, podendo ser desdobrado em três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação deste princípio tem como finalidade a otimização da proteção dos bens jurídicos em confronto, evitando sacrifícios desnecessários e exagerados de uns em proveito da tutela de outros. Atua, desde modo, como uma fórmula de limitação de medidas que restrinjam estes direitos, exigindo que ponderações minuciosas e devidamente motivadas, que levem em consideração as minúcias de cada caso, sejam feitas.

Porém, a grande crítica à supremacia do interesse público é que, ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens jurídicos em conflito, este princípio anula qualquer possibilidade de sopesamento, oferecendo a vitória ao interesse público envolvido, relegando a segundo plano as peculiaridades do caso concreto, com o conseqüente sacrifício do direito fundamental conflitante.¹⁰⁵

¹⁰³ Para Ávila, “é essa ponderação para atribuir máxima realização aos interesses envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa”, sendo que “antes que se esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular” (ÁVILA. **Repensando...** *op. cit.* p. 217).

¹⁰⁴ Ao tratar do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, a professora Odete Medauar expõe que “este clássico princípio rege muitos institutos e normas do direito administrativo. Mas vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício “a priori” de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. O *princípio da proporcionalidade* também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado” (MEDAUAR. *op. cit.* p. 157).

¹⁰⁵ Sobre o assunto, o artigo publicado por Paulo Roberto Ferreira Motta, onde a colisão de direitos fundamentais foi solucionada com a simples utilização da precedência *prima facie* da supremacia do interesse público sobre o particular, sem que a ponderação ou o postulado da proporcionalidade fossem aplicados. (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A supremacia do interesse público (e sua**

Assim, o que se pode notar é que se confere prestígio a apenas um dos pólos da relação, o que se afigura como incompatível com o princípio da hermenêutica constitucional da concordância prática, que “obriga o intérprete a buscar, em casos de conflitos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um, em prejuízo do outro”.¹⁰⁶

Ainda, pode-se fazer referência à regra de precedência *prima facie* do interesse público, qual seja, aquela que determina a existência de uma normal prevalência dos interesses públicos em face dos interesses individuais, sem prejuízo de que, em algumas circunstâncias, a situação possa ser invertida, havendo, neste caso, a necessidade de razões muito fortes para que o direito fundamental derrote o interesse público, quando da ponderação feita pelo aplicador do Direito.¹⁰⁷

Mas, a utilização da regra de precedência *prima facie* mostra-se, conforme se pode perceber, incompatível com a ordem constitucional brasileira, que consagra e defende os direitos fundamentais, que são “a projeção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado”.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ Além disso, há: a) o princípio de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal; b) as garantias processuais constitucionais dos direitos, tais como a jurisdição constitucional, que busca proteger os direitos fundamentais de abusos intentados pelo legislador e; c) a conversão dos direitos fundamentais em cláusulas

indisponibilidade) e os direitos fundamentais: o caso Glória Trevi. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. ano 3, n. 11, jan/mar. 2003. Rio de Janeiro: 2003. p. 251-269).

¹⁰⁶ SARMENTO. **Colisões...** *op. cit.* p. 63.

¹⁰⁷ Não há que se falar na utilização da regra de precedência *prima facie* no direito brasileiro, já que os direitos fundamentais partem em larga desvantagem em relação aos interesses públicos no processo de ponderação, pelo simples fato de que existem bens jurídicos essenciais para a promoção da dignidade do indivíduo, que gozam de fortíssima proteção frente aos poderes públicos. (*Ibidem.* p.64).

¹⁰⁸ Para Odete Medauar, não há que se falar em “sacrifício de interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre outro interesse”. Segundo a professora, o que há, contemporaneamente, é a cogitação acerca da “função atribuída à Administração de ponderação dos interesses em confronto; o princípio é da não sacrificabilidade de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses (...) Pode-se associar à orientação ora exposta, da necessidade de completa apreciação de todos os fatores e interesses, com vista à sua conciliação e sacrifício mínimo, à previsão do princípio da impessoalidade, para todos os setores da Administração Pública, na Constituição Federal, art. 37, *caput*”. (MEDAUAR. **O direito...** *op. cit.* p. 183).

¹⁰⁹ SARMENTO. **Colisões...** *op. cit.* p.64.

pétreas, que confirmam o destaque e a centralidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.¹¹⁰

Ao contrário do que expõe a regra de precedência *prima facie* dos interesses públicos, deve-se atribuir um peso inicial superior aos direitos fundamentais no processo de ponderação, impondo um ônus argumentativo maior para que os interesses públicos possam sobrepujar os interesses individuais.

Destarte, para que haja restrições aos direitos fundamentais, são necessárias razões mais fortes do que a simples justificativa de supremacia do interesse público, avaliadas por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade. Tal concepção vincula tanto o legislador, que não deve realizar ponderações abstratas que negligenciem a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, quanto os juízes e administradores, frente aos mais variados casos concretos.

Ainda com relação aos limites impostos às restrições de direitos fundamentais, não se pode esquecer o limite máximo à restrição, que é o respeito ao núcleo essencial do direito fundamental.

Este núcleo é um limite à proteção dos interesses públicos, fazendo-se concluir que a supremacia do interesse público encontra aqui mais um obstáculo.

Mesmo não encontrando previsão expressa no texto constitucional nacional, a proteção ao núcleo essencial se faz presente como um reflexo da supremacia da Constituição e dos significados que possuem os “direitos fundamentais na estrutura constitucional nos países de constituições rígidas”.¹¹¹

Assim, pode-se concluir que a proteção do núcleo essencial do direito fundamental não possui compatibilidade com a idéia de primazia dos interesses públicos sobre os direitos fundamentais.

Com isso, pode-se concluir que não é simples a tarefa de solucionar colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos, que deve levar em conta não só

¹¹⁰ Assim, “concepções que não atribuem à merecida preeminência a estes direitos (...) devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua franca inadequação à ordem constitucional brasileira”. (*Ibidem*. p.65).

¹¹¹ STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 141-142. *Apud*. SARMENTO, Daniel. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Anuário 2004/2005. 1 vol., tomo 2. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p.66.

os “limites dos limites” daqueles direitos, mas também a inexistência de uma supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

3. O PRINCÍPIO (REGRA, OU POSTULADO) DA PROPORCIONALIDADE

*People say you "Hear from what you see,
not from what you hear."
I can't help bein' confused;
if it's true, won't you tell me dear?*

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Cabe-nos, de frente, justificar a utilização dos parênteses em nosso título.

Conforme se verá adiante, há discussão doutrinária efervescente quanto à classificação da proporcionalidade, posto que alguns autores, dentre eles o vanguardista Humberto Bergmann Ávila, entendem não ser a proporcionalidade um princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo, um dever, em virtude de suas peculiaridades e de seu fundamento jurídico-positivo de validade, ao passo que, para outros doutrinadores, a proporcionalidade não seria nem um princípio e nem um dever, mas sim uma regra, à vista de sua estrutura. Porém, para que não coloquemos a carroça à frente dos bois, começaremos com algumas breves considerações acerca da proporcionalidade.

Deste modo, utilizaremos a expressão adequada à posição de cada jurista, para que fique determinada qual a nomenclatura e classificação adotadas por cada um deles.

A regra da proporcionalidade, objeto de estudos cada vez mais freqüentes na doutrina brasileira, muitas vezes é encarada como sinônimo de razoabilidade, de maneira errônea e apressada, o que se pode justificar, além de outros, pela própria (e insuficiente) atenção com que vem sendo tratado este instituto, de forma obscura e imprecisa, o que levou renomados pensadores, e entre eles, Luís Virgílio Afonso da Silva, a buscar uma conceituação técnica um pouco mais adequada de proporcionalidade.

O autor supracitado, com o fito primário de oferecer um suporte ao seu trabalho, define, preliminarmente, proporcionalidade como:

uma regra de interpretação e aplicação do direito (...), empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais ¹¹².

Assim, o objetivo da aplicação da regra de proporcionalidade, para este autor, seria impedir que restrições a direitos fundamentais tomem dimensões desproporcionais, através da *restrição às restrições*, sendo imperioso que o ato estatal passe pelos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (as subregras da proporcionalidade), que serão vistos detalhadamente no decorrer deste trabalho.

Quanto à necessidade de definições preliminares para que uma posterior verticalização na matéria possa ser feita, Luís Virgílio Afonso da Silva retoma os ensinamentos de Ávila, posicionando-se em consonância ao autor gaúcho quanto à necessidade de maiores reflexões acerca do termo “princípio” da proporcionalidade, tendo em vista a corrente adoção de “princípio” como contraposto à “regra jurídica”, retomando as lições não menos do que primordiais de Alexy que, de acordo com Luís Virgílio, divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e princípios, sendo que essa divisão se baseia na estrutura e na forma de aplicação da norma.

Desta forma, Luís Virgílio complementa suas idéias com os ensinamentos do sempre basilar Robert Alexy, discorrendo que:

regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes ¹¹³.

Destarte, pode-se afirmar, baseado nestes e em outros argumentos, que a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, tomando por base, como

¹¹² Este conceito inicial de proporcionalidade possui pontos de tangência com a lição de Paulo Bonavides, conforme se verá logo abaixo, ao trazer à lume os ensinamentos de Grabitz, quando da principal função da proporcionalidade, entendida por Bonavides como um princípio, e não como uma regra, como defendido por Luís Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 24).

¹¹³ Ainda retomando Alexy, Virgílio da Silva escreve que “princípios são, portanto, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas; são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 25).

feito acima, a classificação de Alexy, posto que a referida regra é aplicada de forma constante, sem variações latentes.

Segundo Luís Virgílio, diferentemente do que nos ensina Humberto Bergmann Ávila¹¹⁴, a proporcionalidade não é nem um princípio, e nem um dever, mas sim uma regra¹¹⁵.

Para mais bem fundamentar sua doutrina, Afonso da Silva afirma que a expressão *dever de proporcionalidade*, utilizada por Ávila, não mais faz do que contornar a questão, posto que:

se se fala em dever, fala-se em norma. Normas são ou regras, ou princípios. (...) No que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade.¹¹⁶

Ao utilizarmos a expressão “princípio”, em “princípio da proporcionalidade”, segundo Afonso da Silva, estamos querendo elevar uma regra ao nível de uma disposição fundamental (que, segundo o autor, é o que fazem Celso Antônio Bandeira de Mello, e seu próprio pai, José Afonso da Silva). Para ele, não há um sentido único à expressão princípio, tendo em vista que a noção de princípio em princípio da proporcionalidade difere da noção de princípio definida por Alexy quando de sua definição de princípios e regras.

Ao final de suas considerações iniciais, Afonso da Silva faz menção à necessária segregação que deve ser feita entre proporcionalidade e proibição de excesso, posto que a (errônea) similitude prática entre ambas não deve ser entendida como sinônimo teórico, em virtude das hipóteses concretas em que a

¹¹⁴ Acerca do tratamento que Alexy dá ao princípio da proporcionalidade, Ávila afirma que o jusfilósofo alemão, “sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 169).

¹¹⁵ Importante salientar que esta é uma posição doutrinária adotada por Luís Virgílio Afonso da Silva a partir das afirmações de Robert Alexy (de que os subelementos da proporcionalidade devem ser classificados como regras) e de Görg Haverkate (de que a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção). Assim, pode-se concluir que o autor adota claramente a classificação de Alexy para fundamentar seu conceito de proporcionalidade. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 26).

¹¹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 26.

aplicação da proporcionalidade não encontra relação com a prática de excessos pelo poder estatal¹¹⁷.

Humberto Bergmann Ávila, um dos grandes estudiosos dos princípios e regras no Brasil, ao seu turno, com base essencialmente no direito alemão, em análise a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, extrai prematuras e certas conclusões que o ajudam a delinear seu trabalho de estudo da proporcionalidade.

A primeira conclusão a que chega Ávila é que a exigência da proporcionalidade vem sendo entendida por nossos tribunais como um dever jurídico-positivo, revelando a importância de se explicar e descrever o dever ora estudado e; a segunda conclusão feita por ele é que a proporcionalidade, quando utilizada pelos julgadores brasileiros, assume diferentes significados nos diferentes casos, sendo nas hipóteses (não menos do que corriqueiras) em que se confunde a proporcionalidade com a razoabilidade (discussão esta que merecerá tópico específico neste trabalho), nas em que há exigência de racionalidade na decisão judicial, ou noutras inúmeras hipóteses em que a proporcionalidade é aventada¹¹⁸.

Esta pluralidade desenfreada de significados atribuídos à proporcionalidade, muitas vezes de modo involuntário, é reflexo da falta de explicação adequada do que realmente vem a ser o dever de proporcionalidade, sobretudo quando o objeto de estudo é o fundamento de validade, que, segundo Ávila, “varia do Estado de Direito, dos direitos fundamentais ou da unidade da Constituição até a conjugação de todos esses fundamentos”¹¹⁹.

¹¹⁷ Quanto à similitude entre princípio da proporcionalidade e proibição de excesso, Fernanda Kellner, ao citar J.J. Gomes Canotilho, discorre que o constitucionalista português entende que o princípio da proporcionalidade, em seu sentido amplo, é o próprio princípio da proibição de excesso, o que vai de encontro ao que nos ensina Luís Virgílio Afonso da Silva (PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 227/321-338. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/2002, p. 326.

¹¹⁸ O professor gaúcho, em complemento ao seu raciocínio inicial, nos ensina que, mesmo nos casos em que a proporcionalidade é corretamente aplicada, “a fundamentação do chamado *princípio da proporcionalidade* não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim (...), bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade”, fazendo com a fundamentação das decisões contraponha-se à clareza e congruência, incorrendo em indesejada ambigüidade (ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 152).

¹¹⁹ E, em virtude desta grande variação que caracteriza o fundamento de validade, “os temas mais complexos ligados à definição de princípios, dos quais a proporcionalidade seria uma espécie, ou à delimitação objetiva da relação meio-fim, sem cujo delineamento a proporcionalidade não pode ser racionalmente concebível, não recebem a devida importância” (ÁVILA, Humberto Bergmann. “A

Ainda discorrendo sobre o fundamento de validade do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade (definição esta utilizada pelo próprio professor gaúcho), Ávila afirma que este fundamento jurídico resulta “da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que **estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis**”¹²⁰ (grifou-se).

A demonstração do fundamento de validade do dever de proporcionalidade requer seja revisitado o conceito de “princípios”, com uma obrigatória remissão aos clássicos do direito constitucional, o que levará Ávila a conceituar a proporcionalidade não como um princípio, mas como um dever, posto que a proporcionalidade não desencontra-se somente dos princípios, mas também de outras categorias jurídicas, tais como a razoabilidade, a equivalência e a proibição material de excesso. E é justamente desta famigerada confusão entre proporcionalidade e razoabilidade que falaremos logo abaixo.

Baseando-se na doutrina francesa, o professor Paulo Bonavides nos ensina que o princípio da proporcionalidade é um daqueles princípios em que a compreensão é mais fácil do que a definição, sendo possível, porém, estabelecer duas noções iniciais acerca do que vem a ser o referido princípio¹²¹. A primeira, tomando a proporcionalidade em sentido lato, afirma ser tal instituto uma regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder e, a segunda, observando a proporcionalidade em seu sentido menos abrangente, entende que o referido princípio “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”¹²².

distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 153).

¹²⁰ E assim, a tentativa de extrair o fundamento jurídico do dever de proporcionalidade da Constituição Federal será não menos do que frustrada, segundo Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. “**A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**”. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 153).

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 393.

¹²² E ainda, retomando a proporcionalidade em sua acepção mais estrita, o nobre professor entende que haveria violação do princípio da proporcionalidade, caracterizando-se o arbítrio, sempre que os meios destinados a realizar um fim não fossem por si mesmos apropriados, e ou quando a desproporção entre meios e fins fosse particularmente evidente. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 393).

Destarte, buscaria este princípio a instituição de uma relação entre fim e meio, onde deve estar caracterizado o confronto entre o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível um controle do excesso. Soma-se a isso, ainda, uma situação de fato, o que faz nascer a relação triangular fim, meio e situação de fato, sendo que fim e meio, em virtude da regra jurídica, encontram-se em uma conexão normativa, bem como em uma conexão sistemática, determinada pelo direito e pela própria sociedade.

Em atenção às lições de Felix Ermacora, Bonavides nos ensina que o humanista austríaco admitiu que o campo de ação do princípio da proporcionalidade vai além da aplicabilidade aos direitos do homem (ou de primeira geração, como preferem os constitucionalistas), o que levou este mesmo professor a afirmar que o princípio da proporcionalidade é o mecanismo de proteção dos direitos fundamentais de aplicabilidade mais eficaz na ordem constitucional vigente ¹²³.

Sendo um mecanismo de proteção de direitos fundamentais, não será exagero algum elevar o princípio da proporcionalidade ao cânone de grau constitucional, posto que deve ser levado em conta a grande influência que este princípio exerce no domínio destes direitos, principalmente pelo papel que ele vem desempenhando na judicatura do nosso Supremo Tribunal Federal, que o utiliza de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre maiores do nosso direito constitucional, como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado ¹²⁴.

Entendida por muitos, com inteira e honesta razão, como um princípio consubstancial ao Estado de Direito, a proporcionalidade possui plena e necessária operatividade, devendo ser observada, principalmente e primordialmente, como uma garantia básica, em qualquer hipótese de lesão a direitos e liberdades, sendo não

¹²³ Sem lacunas, continua o professor, proferindo que “com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito, cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 394).

¹²⁴ A principal função do princípio da proporcionalidade, segundo Bonavides, ao citar Grabitz, é observada justamente na esfera dos direitos fundamentais, já que o festejado princípio é extremamente útil à atualização e efetivação da proteção da liberdade a estes direitos. Dando amparo aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, ao ser a grande pedra no sapato do poder legítimo, é que deve fornecer o critério das limitações à liberdade individual. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 395).

menos do que basilar a importância com que vem sendo abraçada pela jurisdição constitucional e pela doutrina mais avançada¹²⁵.

Para isso, entretanto, mister se faz a diferenciação entre os postulados normativos específicos¹²⁶ da proporcionalidade e da razoabilidade, posto que não são postulados de significado comum, como entendido, em maior escala, por nossos ministros do Supremo Tribunal Federal, diferenciando-se quanto aos seus elementos, objeto de aferição e método de aplicabilidade. É o que, de modo singelo, se passa a fazer agora.

3.2. A DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Já de início, podemos afirmar que razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos, pois, para a mais autorizada doutrina¹²⁷, são construções jurídicas

¹²⁵ Mais uma vez, Bonavides assevera que “tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa, como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente deste princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 396).

¹²⁶ O professor Humberto Ávila, em seu “Teoria dos princípios”, diferencia os postulados normativos (deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinadas relações entre eles, ou seja, deveres estruturais) em postulados normativos inespecíficos e específicos. Os primeiros podem ser entendidos como postulados normativos eminentemente formais, que exigem um relacionamento entre os elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios e razões), porém, sem a devida explicação quanto aos critérios que devem orientar a relação entre estes elementos, constituindo-se em meras idéias gerais, sem critérios orientadores da aplicação. Dentre estes postulados, estão a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso. Ao seu turno, os postulados normativos específicos dependem da existência destes mesmos elementos, porém sua aplicação clama por determinados critérios. Aqui, podem ser encontrados os postulados da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 142).

¹²⁷ Humberto Bergmann Ávila, em “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, diz serem os deveres de proporcionalidade e razoabilidade indistinguíveis entre si, posto que são fenômenos distintos, tratados, na grande maioria das vezes, como se um postulado só fossem. Na hipótese de aplicação do postulado da proporcionalidade, “analisa-se o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e a medida relativamente a um fim. Trata-se de um exame relativo. Sua aplicação pressupõe uma relação meio-fim”. E, quando da aplicação do postulado da razoabilidade, “não se analisa apenas o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e nem a medida em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. Sua aplicação ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional, para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito envolvido”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 173).

diversas, mesmo que os objetivos perquiridos por ambos os postulados possam parecer semelhantes.

A confusão envolvendo estes conceitos é facilmente percebida não só na jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, mas também nas lições de alguns dos mais renomados juristas brasileiros¹²⁸.

Porém, dentre aqueles que admitem que não há igualdade entre os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, encontram-se Ávila e Virgílio da Silva. Este, em seu clássico sobre o tema, afirma que as divergências entre ambos os princípios não estão limitadas ao aspecto histórico, adentrando também ao aspecto estrutural¹²⁹. Traz em sua obra breve histórico acerca da aplicação de ambos os postulados, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América¹³⁰, aplicação esta, segundo o autor, feita de maneira confusa e descompromissada.

O Tribunal Constitucional alemão, neste sentido, seria aquele que pioneiramente utilizou a regra da proporcionalidade da maneira como entendemos ser a correta, ou seja:

¹²⁸ Luís Virgílio Afonso da Silva traz em “*O proporcional e o razoável*” os dizeres de Luís Roberto Barroso, que entende ser “digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira.” (BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?*. Revista de Direito Administrativo, 214 (1998): 1-25, p. 18, *apud* SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 28.). Em nosso entender, trata-se de observação apressada do constitucionalista carioca, já que a simples influência germânica que alguns de nossos doutrinadores e julgadores possuem não justifica que seja dado um tratamento similar aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo a discussão perpassar por liames que não meramente terminológicos.

¹²⁹ Ao trazer em seu artigo acadêmico um breve histórico acerca das diferenças iniciais entre proporcionalidade e razoabilidade, Virgílio da Silva afirma que “a não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 29).

¹³⁰ Segundo o autor, a associação entre proporcionalidade e razoabilidade é latente na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do *substantive due process*, associação esta que também é feita, em não excepcionais vezes, pelo nosso Supremo Tribunal Federal. Lá, a Suprema Corte exige, em determinados casos, a proporcionalidade aproximada (caso Dolan VS. City of Tigard, por exemplo), que não guarda relação íntima com a regra da proporcionalidade da forma com que está sendo aqui analisada. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 30).

na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela [a proporcionalidade] uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes (...), que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da meda exigência de razoabilidade.¹³¹

Desta forma, dando seqüência às diferenciações, temos que um dos maiores nódulos desta questão seja o fato de não percebermos que existem fenômenos distintos que recebem a mesma denominação. Assim, nada melhor do que beber da fonte de Humberto Ávila para aclararmos um pouco esta estrada de mão dupla que são estes postulados normativos específicos.

Segundo o autor, o postulado da proporcionalidade exige que meios adequados, necessários e proporcionais sejam escolhidos para a realização dos fins. Assim, a aplicação da proporcionalidade exige a existência de uma relação de causalidade entre meio e fim, sendo que, ao adotar este meio, promove-se o fim.

A razoabilidade, ao seu turno, não necessita de uma relação de causalidade entre um meio e um fim para que possa ser aplicada, o que a difere, especificamente, da proporcionalidade.

Podemos trazer a este trabalho algumas hipóteses citadas por Ávila em seu “Teoria dos princípios”, que nos dá certo conforto quanto à falta de semelhança estrutural entre proporcionalidade e razoabilidade.

Na primeira hipótese, quando atua a razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual, por exemplo, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação, ou seja, não há nem entrecruzamento horizontal de princípios, e muito menos relação de causalidade entre um meio e um fim.

Na segunda hipótese, quando a razoabilidade atua como dever de vinculação entre duas grandezas, impõe-se que seja considerada uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Destarte, exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim¹³².

¹³¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 30. Os subelementos da proporcionalidade aqui citados são os da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que serão estudados na seqüência.

¹³² Para justificar suas afirmações, Ávila afirma que “tanto é assim que não se pode afirmar (...) que o custo do serviço promove a taxa, ou que a culpa leva à pena”, concluindo que “não há, nessas hipóteses, qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, como é o caso da aplicação do postulado da proporcionalidade. Há (..) uma relação de correspondência entre duas grandezas. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da

A partir deste discernimento, Ávila declara que, independentemente dos argumentos por ele utilizados, “um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica”. Assim, os mais variados modos de se explicar a proporcionalidade devem ser considerados, não existindo um método que, sendo considerado correto, possa excluir os demais ¹³³.

Interessante, porém, é o que escreve a professora da Universidade de São Paulo, Odete Medauar, que de forma consideravelmente singela, nos ensina que:

à proporcionalidade [os doutrinadores] associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotada, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. No direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o princípio da proporcionalidade. Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade ¹³⁴

Como se pode extrair dos objetivos deste trabalho, e principalmente do que foi até agora exposto, não seria menos do que necessário que discordássemos da eminente administrativista, pelos simples argumentos de que: a) não há que se falar em utilização de um ou outro postulado por um ou outro país ou sistema normativo, mas sim em aplicações diferenciadas para casos diferenciados e; b) admitir que a proporcionalidade engloba a razoabilidade seria o mesmo que retroagir pelo menos duas décadas de estudo acerca do tema. ¹³⁵

O postulado da proporcionalidade, neste sentido, aplica-se naquelas hipóteses em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim que

definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 160).

¹³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 160. O professor Luís Virgílio Afonso da Silva, ao seu turno, afirma, de maneira um tanto quanto rígida, que a proporcionalidade deve ser sistematicamente conceituada, considerando como única hipótese de explicação deste postulado a por ele utilizada. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002).

¹³⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

¹³⁵ Humberto Bergmann Ávila, Luís Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Bonavides são somente alguns dos nomes que estudam a proporcionalidade à fundo, buscando diferenciá-la de outros postulados, inclusive da razoabilidade.

pode ser percebida no caso concreto¹³⁶ e, o postulado da razoabilidade, ao seu turno, traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça. È por isso que a doutrina alemã, particularmente, dá ao dever de proporcionalidade um significado normativo autônomo¹³⁷.

E como pá de cal sobre este tópico, de acordo com Ávila:

pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.¹³⁸

Após esta breve diferenciação entre os dois postulados, e com o fechamento do tópico com esta bela definição de Humberto Ávila, passemos à análise dos subelementos do postulado da proporcionalidade.

3.3 OS SUBELEMENTOS DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina vem admitindo, não faz muito tempo, a existência de três subelementos que compõem o postulado da proporcionalidade: adequação¹³⁹, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹³⁶ A proporcionalidade, segundo o autor, importa em um “exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos (...) especificamente em função da medida adotada. Analisa-se, aqui, o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e a medida relativamente a um fim. Trata-se de um exame relativo. Sua aplicação pressupõe uma relação meio-fim”, o que a difere, substancialmente, da razoabilidade, que, ao seu passo, “determina que as condições pessoais e individuais dos indivíduos sejam consideradas na decisão”. Assim, “em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 174).

¹³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 174.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 175.

¹³⁹ Bonavides denomina o subelemento da adequação de pertinência ou aptidão, em homenagem ao direito alemão. Afirma ele que “examina-se aí [no subelemento da pertinência] a adequação, a conformidade ou a validade do fim”. São questões de divergências terminológicas, que não afetam o

Mesmo admitida pela doutrina, esta divisão é praticamente ignorada pelo Supremo Tribunal Federal. É ignorada não simplesmente pela confusão que fazem com outros postulados, como o da ponderação e o da razoabilidade, mas também pelo fato da falta de uma conceituação analítica de cada um destes subelementos, o que impossibilita, assim, a correta aplicação do postulado não só pelo STF, mas pelos demais tribunais brasileiros.

Estas subregras, assim, relacionam-se de forma pré-definida e subsidiária, ou seja, para que se possa analisar a necessidade, deve-se analisar, primeiramente, a adequação e, para que se possa analisar a proporcionalidade em sentido estrito, deve-se proceder à análise anterior da necessidade.

Quanto à subsidiariedade entre os subelementos, tem-se que não é imperiosa a análise de todas as subregras quando da aplicação do postulado da proporcionalidade, já que não há que se falar em exigibilidade da análise da subregra subsequente se o caso já tiver sido resolvido pela subregra anterior.¹⁴⁰ O que se exige é que os subelementos sejam analisados de maneira ordenada.

Humberto Ávila, ao seu turno, entende que não há subsidiariedade entre os subelementos, mas que a análise de todos eles é que completa o procedimento de aplicação do postulado da proporcionalidade.¹⁴¹

Esta afirmação pode ser justificada pelo fato de que a aplicação da proporcionalidade depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio-fim intersubjetivamente controlável. Desta maneira, quando houver um fim específico a ser buscado, o meio a ser escolhido deve ser a causa da realização deste fim, o que nos leva a afirmar que somente com o exame dos três subelementos é que se pode chegar a uma decisão satisfatória.

Feitas estas considerações iniciais, passemos ao exame individualizado dos subelementos do postulado da proporcionalidade.

conteúdo do elemento. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 396).

¹⁴⁰ Conforme discorre Virgílio da Silva, “em termos claro e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 36)

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 162-165.

3.3.1 A adequação

Em primeiro lugar, por adequação entende-se que o meio escolhido deve ser o adequado para fomentar um fim baseado no interesse público. O objetivo deste elemento seria, portanto, o de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, sendo que a medida escolhida deve, obrigatoriamente, ser suscetível de atingir o objetivo escolhido¹⁴².

Adequado, para Virgílio da Silva, “é o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”¹⁴³. A inadequação, assim, é entendida quando a medida adotada não contribuir para o fomento da realização do objetivo pretendido.

Para Ávila, porém, o exame da adequação exige uma relação empírica entre meio e fim, sendo que a eficácia deste meio deve contribuir para a realização paulatina do fim.

Uma medida será adequada, por exemplo, se, na hipótese de o Poder Público estiver atuando para uma generalidade de casos (edição de atos normativos, v.g.), servir de instrumento para a promoção do fim, abstrata e geralmente.

Será adequada também a medida que funcionar, concreta e individualmente, como meio para a promoção do fim, nos casos em que o agente público pratica atos administrativos individualizados.

A partir disso, pode-se afirmar que “adequação do meio escolhido pelo Poder Público deve ser julgada mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha e de acordo com o modo como contribui para a promoção do fim”¹⁴⁴.

Quando do julgamento da adequação do meio adotado com vistas ao fim fomentado, tem-se que a declaração de invalidade da medida escolhida só será feita

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 397.

¹⁴³ O autor critica o conceito de adequação geralmente difundido pelo Brasil, de que um meio é considerado adequado se for apto a alcançar o resultado pretendido. Segundo ele, o meio não é adequado quando é apto para alcançar o resultado, mas sim quando fomenta o resultado. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 36).

¹⁴⁴ O autor não faz maiores considerações acerca deste seu posicionamento (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 169).

nos casos em que houver incompatibilidade manifesta entre o meio e o fim, prevalecendo a opção encontrada pela autoridade competente, caso contrário.¹⁴⁵

Conclui Ávila, de maneira concisa, afirmando que:

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.¹⁴⁶

3.3.2 A necessidade

O subelemento da necessidade diferencia-se do da adequação pelo fato de que este importa em um exame absoluto do meio a ser escolhido, ao passo que a necessidade pressupõe um exame comparativo dos meios disponíveis.

Assim sendo, a limitação de um direito fundamental por um ato estatal só será necessária se a realização do objetivo fomentado não puder ser feita, com a mesma intensidade, “por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”¹⁴⁷

Destarte, deve-se, prioritariamente, buscar alternativas ao meio inicialmente escolhido que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados¹⁴⁸.

O subelemento da necessidade pode ser entendido de acordo com a velha máxima de que *de dois males, faz-se mister escolher o menor*. Deste modo, deve

¹⁴⁵ Complementa Ávila ao dizer que “para preservar a prerrogativa funcional do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros poderes se sua inadequação for evidente e não for, de qualquer modo plausível, justificável”, já que “uma mera má projeção, por si só, não leva à invalidade do meio escolhido” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 169-170).

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 182.

¹⁴⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 38.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 170. O professor Paulo Bonavides nos ensina que a medida escolhida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, sendo admissível a medida que for necessária (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 397).

ser eleita aquela medida que seja mais inofensiva aos interesses em jogo, o que nos permite entender o subelemento da necessidade como o da escolha do meio mais suave.

A par desta análise, tem-se que o exame da necessidade não é raciocínio simples, justamente pelo fato de envolver, geralmente, a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais com a do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública. A dificuldade reside, de verdade, quando os meios escolhidos são diferentes tanto no grau de restrição dos direitos fundamentais quanto no grau de promoção da finalidade pública. Aqui, deve-se fazer valia do postulado inespecífico da ponderação¹⁴⁹.

A anulação do meio escolhido, quando do controle da necessidade, só pode ser declarada se houver um meio alternativo que, em seus aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições.¹⁵⁰

3.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito

Também chamada de proporcionalidade propriamente dita, determina que a escolha do meio ou meios, no caso concreto, seja feita de modo a considerar da melhor maneira os interesses em jogo. A utilização deste subelemento impõe, assim, que o sujeito tanto se obrigue a fazer uso dos meios adequados quanto se abstenha da escolha de meios desproporcionais.¹⁵¹

Esta subregra pode ser entendida como “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. A partir deste conceito, pode-se afirmar que o sopesamento exigido pelo subelemento da proporcionalidade em sentido estrito é que tem a capacidade de evitar que medidas descabidas sejam tomadas.¹⁵²

¹⁴⁹ Quanto à ponderação, trataremos do tema em outra oportunidade.

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 182.

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 398.

¹⁵² O professor Virgílio da Silva traz como exemplo de aplicação desta subregra a questão envolvendo o encarceramento de portadores do vírus HIV, e o conseqüente embate entre a liberdade individual, a dignidade da pessoa humana e a saúde pública, todos assegurados pela Constituição Federal. Segundo ele, a medida de encarceramento destes portadores seria adequada e necessária,

O professor Humberto Ávila, ao seu turno, afirma que o exame desta subregra exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, sendo que as vantagens causadas pela promoção do fim devem ser proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.¹⁵³ Isto se justifica pelo fato de que a adoção de um meio, com vistas ao interesse coletivo tem, como efeito colateral, a restrição a alguns direitos fundamentais do cidadão.

A partir deste raciocínio é que se deve proceder ao exame do subelemento da proporcionalidade em sentido estrito.

A reprovação de uma medida submetida ao exame da proporcionalidade em sentido estrito se dá quando os motivos utilizados para fundamentar a adoção desta medida não possuem força suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido. Assim, “se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional”¹⁵⁴.

Vistas as subregras que estruturam o princípio da proporcionalidade, maduro está o trabalho para chegar ao seu último tópico.

3.4. O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUMAS OBSERVAÇÕES

pois promove o fim fomentado, mas não proporcional, tendo em vista que liberdade individual e dignidade da pessoa humana são preferíveis neste caso, sem prejuízo das outras medidas alternativas que podem atingir a mesma finalidade. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 40).

¹⁵³ Segundo ele, trata-se de exame complexo, já que a avaliação quanto ao que é ou não vantagem é bastante subjetiva. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 173).

¹⁵⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 41.

A regra da proporcionalidade, segundo Virgílio da Silva, é tratada como se fosse sinônimo da razoabilidade pelos ministros do STF, sendo invocada com caráter simplesmente retórico, e não sistemático, como deveria ser.¹⁵⁵

Destarte, mesmo reconhecendo a grande importância que tem este postulado como regra de interpretação na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, o Supremo limita-se a citá-lo, sem se preocupar com uma aplicação estruturada do princípio. O raciocínio feito costuma ser simplista e mecânico, e não complexo e reflexivo, conforme reclama a matéria.

Além disso, a constante recorrência ao postulado da proporcionalidade pelos nossos ministros nem sempre é justificada, parecendo-nos que é uma fundamentação meramente pressuposta, “como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro.”¹⁵⁶

Em se tratando do modo concreto de aplicação do postulado, quando muito, o Tribunal faz mera referência a dois dos subelementos da regra de proporcionalidade, quais sejam, a adequação e a necessidade, sem uma real preocupação em aplicá-las estruturalmente.¹⁵⁷

Porém, a razoabilidade, da forma como entendida por este autor, corresponderia somente à subregra da adequação, a primeira da proporcionalidade. Assim, aduz o professor que “a regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ De acordo com o autor, “em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula *à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade* (..).”. O professor, porém, não deixa de analisar esta decisão em suas minúcias, quando o faz individualmente ao explicar os subelementos da proporcionalidade. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 31).

¹⁵⁶ Ainda, “quando alguma fundamentação é fornecida, é quase sempre mencionado o art. 5º, LIV, e o chamado *substantive process of Law*” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 32). Quanto ao *substantive process of Law* (ou processo legal substancial), ver nota supra.

¹⁵⁷ A partir disso, pode-se concluir que o Tribunal “limita-se a equiparar proporcionalidade a razoabilidade, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 32).

¹⁵⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 33.

Deste modo, onde se lê proporcionalidade nas decisões do STF, deve-se ler razoabilidade, pois é o que se pode concluir a partir da leitura de alguns dos acórdãos deste Tribunal. Segue o exemplo:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.¹⁵⁹

Conforme o voto do eminente Min. Cezar Peluso, “embora o objetivo da lei seja bom (...), no caso concreto, a medida não é adequada para o fim que ele pretende promover”, posto que o fim visado pela lei restringe o exercício da liberdade fundamental do comércio.

Aqui, o que se pode notar, é uma descarada equiparação do postulado da proporcionalidade ao postulado da razoabilidade, sem a mínima preocupação dos julgadores em diferenciar um postulado do outro.

A exposição teórica dos subelementos da proporcionalidade não é ignorada pelos julgadores. O que ocorre é que, frente ao caso concreto, o exame individualizado de cada uma dessas subregras é simplesmente esquecido.

Retomando ao acórdão supracitado, não podemos afirmar, com mínima tranqüilidade, se os subelementos do postulado da proporcionalidade foram considerados pelos ministros ao aplicar esta regra interpretativa. Assim, se não procedeu ao exame dos subelementos, aplicada não foi a regra da proporcionalidade.

Humberto Ávila, ao seu turno, entende que a necessidade de distinção entre o método envolvido na aplicação de cada um dos postulados é mais importante do

¹⁵⁹ Ação direta de inconstitucionalidade n.º 855, do estado do Paraná, Relator: Min. Octavio Galotti, publicado no DOU em 27.03.2009.

que impor uma qualificação distinta para os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade.¹⁶⁰

A proporcionalidade, de acordo com ele, consiste em um juízo relacionado a bens jurídicos conectados a fins, ao passo que a razoabilidade infere em um juízo referente à pessoa atingida.

O eminente Ministro ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, objetivou, por duas vezes, demonstrar como a proporcionalidade é aplicada nos julgamentos do Tribunal. A nosso ver, porém, suas tentativas restaram inócuas.

Ao acompanhar a doutrina alemã, o jurista equipara a proibição de excesso¹⁶¹ ao princípio da proporcionalidade, afirmando que ambos se revelam através da (i) razoabilidade ou da (in) adequação entre meios e fins. De acordo com ele, “*no direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proibição de excesso (...) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito*”¹⁶². E ainda, para ele, a utilização de um ou de outro postulado envolveria a análise à necessidade e a adequação, o que vai de encontro ao ensinado por Ávila e Virgílio da Silva, que trabalham com o caráter tríplice dos subelementos da proporcionalidade.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 175.

¹⁶¹ Proibição de excesso, segundo Ávila, é aquele postulado que “proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental”, sendo que “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 146).

¹⁶² Pode-se perceber com esta afirmação que Gilmar Mendes equipara, mais uma vez, proibição de excesso à proporcionalidade. Quanto à diferenciação entre proibição de excesso e proporcionalidade, temos que começa pelo fato de a primeira ser um postulado normativo inespecífico, ou seja, que não depende dos elementos que serão objeto de relacionamento para a sua aplicação, ao passo que a proporcionalidade é um postulado normativo específico, que depende destes elementos, conforme explicado acima. Ainda, conforme assevera Ávila, “a proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade”. Isto se dá, segundo ele, pelo fato de que a aplicação da proibição de excesso “não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 146).

Quanto à adequação, é importante dizermos que o professor Gilmar Mendes entende que o meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado¹⁶³.

Para não ficarmos somente no plano teórico, vejamos algumas decisões do STF, e as suas respectivas fundamentações quanto à aplicação do postulado da proporcionalidade, parcial ou integralmente.

“Lei n. 4.116, de 27.8.62. Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão (C.F. Art. 153, par. 23). É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na constituição federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe "condições de capacidade." representação procedente "in totum"¹⁶⁴.

Esta representação tinha por objeto uma lei que impunha aos corretores de imóveis a comprovação de condições de capacidade para o exercício da profissão. O Tribunal, acertadamente, entendeu que o exercício desta profissão não exige a dita comprovação.

Utilizando-se da subregra da adequação, mesmo que indiretamente, declarou o STF que o meio escolhido, qual seja, o atestado de condições de capacidade, não promovia o fim (o controle do exercício da profissão), além do fato desta exigência violar o livre exercício profissional.¹⁶⁵

Como segundo exemplo, podemos citar o caso em que, em sede de *habeas corpus*, o Supremo entendeu como inválida a ordem judicial que obrigava o paciente a realizar o exame de DNA, utilizando-se do argumento de que tal medida viola a dignidade da pessoa humana. Veja-se a ementa do acórdão:

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em: 20 de outubro de 2010, p. 02.

¹⁶⁴ Representação n.º 930, do Distrito Federal, Relator: Min. Cordeiro Guerra, publicado no DOU em 02.09.1977.

¹⁶⁵ Nos termos do voto do eminente Min. Rodrigues Alckmin, “o que se pretende é que o texto constitucional seja respeitado, quando diz que a restrição à liberdade do exercício depende de condições de capacidade. É necessário que o poder de polícia das profissões se atenha à limitação do texto constitucional. Se não se ativer, se não estabelecer condições de capacidade, não é possível julgar legítima a criação de uma ordem profissional para fiscalizar atividade que não está subordinada ao poder público em sua disciplina”.

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.¹⁶⁶

Neste caso, o STF valeu-se da subregra da necessidade, ao admitir que o teste de DNA poderia ser feito sem a presença do pai, estando o próprio autor da ação apto a fazê-lo. Destarte, o meio alternativo (realização do exame de DNA pelo autor da ação) seria menos restritivo que o escolhido pelo juiz singular (exame de DNA pelo réu da ação de investigação de paternidade).

Nada mais propício do que trazer o voto do Ministro relator, onde “o que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (...) é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”.

Gilmar Ferreira Mendes, ao seu turno, afirmando ser a proporcionalidade um instrumento de crescente importância no STF nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, trouxe como exemplo o referido *habeas corpus n.º 76.060.*, nos ensinando que, neste caso, a proporcionalidade foi notoriamente utilizada como “regra de ponderação entre os direitos em conflito, acentuado-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos evasivos ou constrangedores”.¹⁶⁷

Por fim, segundo Humberto Ávila, o Tribunal valeu-se da proporcionalidade em sentido estrito para declarar a inconstitucionalidade da já citada ADIn n.º 855, ao considerar desproporcional a medida prevista na lei estadual n.º 10.248/93-PR, que

¹⁶⁶ Habeas Corpus n.º 76.060, de Santa Catarina, 1ª Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DOU em 15.05.1998.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em: 20 de outubro de 2010, pp. 18-19.

obrigava os fornecedores de botijão de gás a realizarem a pesagem à vista do consumidor.

Conforme expõe Ávila, “a intensidade das restrições causadas aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada (ônus excessivo às companhias...) superava a importância da promoção do fim (proteção dos consumidores)”¹⁶⁸

3.5. CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

Algumas considerações devem ser pontuadas ao término deste capítulo.

A primeira delas diz respeito ao conceito e ao tratamento que nossos doutrinadores dão à proporcionalidade.

Conforme visto, não há sequer consenso quanto à natureza da proporcionalidade. Princípio, regra ou postulado, o fato é que muitos ainda não se debruçam sobre estas divergências, buscando não somente situar a proporcionalidade no ordenamento jurídico-constitucional, mas também dar a ela uma aplicação prático-sistemática, de modo a reconhecer-lhe a complexidade que lhe é inerente.

Em segundo lugar, a confusão existente entre razoabilidade e proporcionalidade não é algo que prejudica ou desvirtua as decisões em que a colisão de direitos fundamentais é questão central. Longe disso. O que se busca é uma otimização na aplicação destes dois postulados, de modo que, com a precisão conceitual definida, estes deveres interpretativos poderão ser utilizados de uma forma muito mais positiva e eficaz por nossos julgadores.

Em terceiro lugar, os doutrinadores que conseguiram identificar os elementos da proporcionalidade divergem em questões pontuais, o que nos dá a esperança de que o próximo passo será a aplicação estruturada deste postulado, com o exame individualizado de seus subelementos.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 173. Contudo, Virgílio da Silva, ao analisar o acórdão frente ao subelemento da proporcionalidade em sentido estrito, entendeu que “a proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa”, vendo como constitucional a lei objeto de discussão. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002, p. 41).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal não deixa de aplicar o postulado da proporcionalidade. O que faz, quando pouco, é realizar o exame de um ou outro subelemento do postulado. As questões envolvendo o STF e a proporcionalidade são em número de duas: a) ainda há certa confusão entre razoabilidade e proporcionalidade, utilizando o Supremo ambas como se uma só fossem e; b) quando realmente aplica a proporcionalidade, o Supremo não realiza o exame dos subelementos de modo pré-ordenado e subsidiário, como sugere a melhor doutrina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Forget your lust for the rich man's gold
All that you need is in your soul
And you can do this if you try*

Transpassadas as singelas argumentações utilizadas nesta monografia, podemos concluir que algumas divergências cabais ainda são encontradas nos mais variados campos do direito administrativo. Passemos a citar algumas.

Não há unanimidade quanto aos limites do controle jurisdicional da atividade administrativa, já que alguns autores, em sua maioria os clássicos, entendem que a interferência do Judiciário deve se limitar ao cumprimento da legalidade pelo administrador quando da prática do ato administrativo, não estando autorizado o juiz a adentrar o seu mérito, formado pelas escolhas de oportunidade e conveniência, feitas exclusivamente pelo administrador. Ao nosso humilde entender, porém, poderá o juiz avaliar sim o mérito do ato administrativo, já que isto não fere, em qualquer hipótese, o princípio da separação dos poderes, mas sim reforça o sistema de freios e contrapesos existente na ordem constitucional brasileira.

Quanto ao interesse público e sua pretensa supremacia, somos uníssomos em afirmar, sem medo algum de errar, que não há que se falar em supremacia do interesse público, posto que, conforme asseverou Humberto Bergmann Ávila, “não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular com base nesse “princípio”¹⁶⁹. E ainda, para balancear os ditos interesses públicos e os interesses privados, conveniente seria que se fizesse a ponderação entre estes interesses reciprocamente relacionados, com uma fundamentação baseada na sistematização das normas constitucionais¹⁷⁰. O interesse público, porém, não deve

¹⁶⁹ Ávila, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**, p. 216 In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

¹⁷⁰ Aqui, não se deve confundir a ponderação, que é um postulado normativo inespecífico, com a proporcionalidade, postulado normativo específico, que necessita de elementos e critérios próprios para a sua aplicação (é o que foi, de maneira simplória, explicitado no capítulo 3 deste trabalho). A discussão acerca da aplicação de ponderação de ou proporcionalidade pelos nossos julgadores é questão que transcende a esta monografia.

ser desconsiderado. O que deve ser defendido e proclamado é que “mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição”¹⁷¹. Esta ponderação, da forma como defendida por Ávila, é o critério decisivo para atribuir uma máxima realização aos direitos envolvidos, o que impossibilitaria a cogitação acerca da dita supremacia do interesse público sobre o particular.

Ponderação ou proporcionalidade, nosso trabalho não adentrou a esta discussão, limitando-se a diferenciar, de modo não mais do que didático, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, demonstrando que nossos tribunais, e principalmente nosso Supremo Tribunal, trabalham com estes conceitos como se um só fossem.

Não é elegante, e muito menos propício, criticar esta postura adotada por nosso julgadores, já que, conforme pudemos notar, a tarefa de aplicação de um ou outro postulado exige um trabalho intelectual e técnico não raras vezes complexo, o que demandaria reflexão demasiada para a solução de casos que clamam por uma decisão rápida e prática, principalmente quando se fala em anulação de ato administrativo que, geralmente, necessita de certa imediatidade.

Neste ponto, discordamos parcialmente da posição adotada por Luis Virgílio Afonso da Silva, que se posiciona de certa forma radical, não se limitando a diferenciar os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, mas lecionando, veementemente, que o Supremo Tribunal Federal não se preocupa em realizar os exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao nosso entender, e já concluindo este ponto, parece um pouco prematura esta afirmação, já que os exames dos subelementos da proporcionalidade não deixam de ser atendidos pelos julgadores. O que se pode notar (e isso não passa de uma afirmação meramente pessoal) é que ainda existem confusões conceituais a serem aclaradas, mas que não correspondem a uma marginalização concreta dos subelementos da proporcionalidade. Confusões estas que, talvez até reconhecidas pelos nossos julgadores, não são postas às mesas de discussões, em virtude dos motivos mais variados possíveis.

¹⁷¹ Ávila, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**, p. 217 In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

O que se deve considerar, e isto sim é uma crítica construtiva, é que “quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica”.¹⁷²

Ainda, como não podemos descartar o instituto que faz parte do título deste trabalho, devemos propor algo que ainda não se discute de forma abalizada em nosso país.

O atendimento ao interesse público, como defendido por Ávila e, contemporaneamente, por Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser um interesse sim a ser buscado, com a realização de ponderação entre os interesses envolvidos, quais sejam, públicos e privados, desde que o atendimento aos direitos fundamentais seja o objetivo primordial da atividade administrativa, não passando de mera argumentação infundada a invocação do “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”.

Este interesse público, por muitas vezes, torna-se não mais do que uma justificativa mascarada do administrador para a prática de atos em dissonância com a legalidade, bem como com os demais princípios da Administração Pública.

Estes atos, eivados de legalidade, nos termos propostos no art. 1º da Lei da Ação Popular, e no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, são passíveis de anulação, por meio do controle jurisdicional da atividade administrativa, onde o juiz, não mais limitado à mera análise da legalidade do ato, mas sim autorizado a investigar o seu mérito também, deve observar, em uma atividade intelectual complexa, imaginamos, quais os benefícios e prejuízos gerados pela prática deste ato, mesmo que em dissonância com os princípios e objetivos acima mencionados.

Assim como para o administrador a “supremacia do interesse público” não pode ser um argumento a ser considerado em sua unicidade para a prática do ato, para o julgador também não pode ser uma fundamentação única para a sua invalidação, posto que, mesmo atos praticados em desconformidade com a legalidade, e eivados de vício em seu mérito, podem criar benefícios para os indivíduos da sociedade, e a anulação de um ato inválido, nestes casos, poderia ocasionar mais tristezas do que alegrais àqueles que, reflexamente, sofreram os efeitos da prática daquele.

¹⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999, p. 178.

E é aqui que reside nossa singela proposta: ao se deparar com ações que visem anular atos administrativos supostamente praticados em desconformidade não só com o princípio da legalidade, mas com os demais princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e aqui citamos especificamente a ação popular, deverá o magistrado, utilizando-se do dever de proporcionalidade, avaliar quais seriam os efeitos da anulação daquele ato, por meio dos subelementos deste postulado, posto que uma declaração de nulidade do ato poderia causar muitos mais prejuízos do que a sua própria prática.

Assim, deverão nossos juízes, e não somente os nossos ministros do Supremo Tribunal Federal, abraçar o postulado da proporcionalidade como regra de interpretação nuclear de nosso sistema constitucional, aplicando-o, se não da forma como aqui proposto, pelo menos de modo a não simplesmente aventar a “supremacia do interesse público” como única e indestrutível fundamentação.

BIBLIOGRAFIA

Ação direta de inconstitucionalidade n.º 855, do estado do Paraná, Pleno, Relator: Min. Octavio Galotti, publicado no DOU em 27.03.2009.

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da proporcionalidade no direito econômico*. Revista de Direito Administrativo (RDA) 223/199-230. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/2001, pp. 199-230.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/1999.

_____. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4 ed. rev. e atual. Coleção Curso e Concurso. Edilson Mougenot Bonfim (coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?*. Revista de Direito Administrativo, 214 (1998): 1-25.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2 ed., v. II, Madri: Civitas, 1981.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. *Ação popular: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão*. São Paulo: Editora LTr, 1997.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Controle da administração pública via ação popular: isenção de custas judiciais, como direito fundamental, no exercício direto da cidadania*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 6, abril/mai/junho, 2006. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 09 de outubro de 2010.

GESSINGER, Ruy Armando. *Da ação popular constitucional*. Porto Alegre: Editora Metrópole, 1985.

Habeas Corpus n.º 76.060, de Santa Catarina, 1ª Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DOU em 15.05.1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Lei federal n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, publicada no DOU em 05.07.1965.

LIMA, Gabriel de Araújo. *Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal*. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. ano 3, n. 11, jan/mar. 2003. Rio de Janeiro: 2003, p. 123-153.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais*. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 12 ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em: 20 de outubro de 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 13 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *A supremacia do interesse público (e sua indisponibilidade) e os direitos fundamentais: o caso Glória Trevi*. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. ano 3, n. 11, jan/mar. 2003. Rio de Janeiro: 2003, p. 251-269.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos*. Revista de Direito Administrativo (RDA) 227/321-338. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro-março/2002.

Reclamação n.º 2.040, do Distrito Federal, Pleno, Relator: Min. Néri da Silveira, com publicação no DOU em 27.06.2003.

Representação n.º 930, do Distrito Federal, Pleno, Relator: Min. Cordeiro Guerra, publicado no DOU em 02.09.1977.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. 1 vol., tomo 2. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p.29-69.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais (RT) 798/23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2002.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, publicada no DOU em 10.12.1969.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 3 ed. 2 t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.