

Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios*

Public administration must apply the basic law ex officio and cease applying unconstitutional rules when complying it entails improbity for breach of principles

*Juarez Freitas***

* Artigo recebido em setembro de 2011 e aprovado em setembro de 2011.

** Professor titular do Mestrado e do Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), professor de direito administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Pós-doutorado na Universidade Estatal de Milão. Tendo sido presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, é membro do Conselho Nato do IBDA. Pesquisador visitante na Universidade de Oxford e *visiting scholar* na Universidade de Columbia. É codiretor de tese na Universidade Paris II. É presidente do Conselho Editorial da revista *Interesse Público*. Membro da Comissão Especial de Combate à Corrupção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), advogado, consultor e parecerista.

RESUMO

A administração pública tem o dever *ex officio* de proteger os direitos constitucionais e a moralidade. Tais deveres presumem amplificação do autocontrole, respeito às decisões judiciais consolidadas e favorecem a assertiva do princípio da deferência. A tarefa de evitar a “deflação” constitucional é para todos os agentes do Estado, de acordo com suas atribuições, e representa o aspecto crucial do novo direito administrativo. Em outras palavras, a constitucionalidade dos atos administrativos — além do cumprimento das regras jurídicas — precisa ser assegurada e garantida pelo Estado, incluindo a administração pública. O controle, em última instância, permanece do Judiciário. Isto é, o controle de constitucionalidade não se torna fraco, mas articula, de forma integrada, o controle sistemático que não permite a inatividade ou a omissão violadora da Constituição e, ao mesmo tempo, direciona as melhores energias em direção às prioridades fundamentais da república.

PALAVRAS-CHAVE

Probidade administrativa — controle *ex officio* de constitucionalidade — administração pública — princípios e direitos fundamentais — princípio da moralidade

ABSTRACT

The public administration has the *ex officio* duty of protecting constitutional rights and morality. Such duty presumes amplification of selfcontrol, respect of consolidated judicial decisions and favors the assertion of the deference principle. The task of avoiding the constitutional “deflation” is for all State agents and, according to their attributions, represents a crucial aspect of the new administrative law. In other words, the constitutionality of administrative acts — besides their compliance with legal rules — needs to be insured and guaranteed by the whole State, including public administration. The “ultimate control” remains with the Judiciary, that is, the judicial review does not get weak, but articulates, in an integrated way, the systematic control that doesn’t allow the inactivity or violatory omission of the Constitution and, at the same time, directs the best energies towards the fundamental republican priorities.

KEY-WORDS

Administrative probity — *ex officio* constitutionality control — public administration — fundamental principle and rights — principle of morality

1. Introdução

O Estado-administração tem o dever de aplicar a lei fundamental de ofício e, simultaneamente, deixar de aplicar as regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade administrativa por violação a princípios constitucionais: eis a ideia-chave. Assumir tal premissa implica, de um lado, a ousadia de aceitar modificação do conceito tradicional de controle da constitucionalidade, para além do sentido especificamente judicial de declarar a nulidade de leis e atos normativos. De outro lado, significa admitir que o agente público pode-deve justificadamente deixar de cumprir ordens manifestamente inconstitucionais, sempre que o cumprimento acarretar improbidade administrativa. Integra-se, assim, (a) o sentido de cautelarmente, em circunstâncias excepcionais e com a cogente motivação, a administração pública deixar de aplicar determinadas leis, com fundamento em inconstitucionalidade, embora, de passagem, seja útil esclarecer que deixar de aplicar e declarar a nulidade de leis são operações rigorosamente distintas e inconfundíveis. Ou seja, não se pretende que a administração declare a nulidade, porém tão somente que deixe de aplicar leis inconstitucionais ou de cumprir ordens manifestamente mutiladoras dos princípios constitucionais. Incorpora-se, ainda, ao conceito enriquecido de controle da constitucionalidade, (b) o sentido de que à administração pública, no exercício de guarda da Carta (CF, art. 23), cumpre, de ofício, no âmbito dos controles interno e externo, detectar e coibir as omissões e inércias inconstitucionais, as quais contribuem decisivamente para o atual quadro de inconstitucionalidades disseminadas.

Imagine-se, por exemplo, uma lei indecente que liberasse o tráfico de influências. Um chefe inescrupuloso de repartição resolve cumpri-la, emitindo ordem com base no tráfico de influências. Deveria o subordinado deixar de cumprir semelhante ordem? Sim, precisaria fazê-lo, alegando conflito com a Constituição e com a lei de improbidade (Lei nº 8.429/1992, art. 11). Todavia, como esta última é regra ordinária, o critério cronológico não ajudaria muito. Por esse motivo, o agente precisaria aduzir: resiste a cumprir ordem manifestamente inconstitucional, por se tratar de violação flagrante ao princípio da

moralidade, cuja eficácia imediata independe das leis, eis que brota diretamente da Constituição.

Por outras palavras, o agente público não mais deve ser condescendente ou cúmplice das inconstitucionalidades, por ação ou por omissão. É seu indeclinável papel zelar pela eficácia direta e imediata dos princípios e direitos fundamentais, cuidando de adotar providências (preferencialmente cautelares) contra leis espúrias que ostensivamente inviabilizam tal eficácia, quando a “interpretação conforme” ou a abertura de exceções não resolver o problema. E é também tarefa sua adotar atitude implementadora da Carta, independentemente de regulamentação legal, postura que nada tem de usurpatória, desde que levada a efeito com a imprescindível prudência, que favorece a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (como requerido pelo art. 5º, § 1º, da CF). Com efeito, a tarefa de evitar a “deflação” constitucional é de todos os agentes do Estado (não somente dos juízes) e representa, nos dias que passam, aspecto crucial do novo direito administrativo, imantado pelo direito fundamental à boa administração pública, na empreitada de correção das falhas de mercado e de governo.

Nessa linha, a constitucionalidade dos atos administrativos e dos atos legais nos quais se baseiam — acima da simples e reducionista pretensão de conformidade passiva e automática com as regras legais —, passa a ser missão do Estado inteiro e da sociedade. Certo: o “controle último”, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição, permanecerá com o Poder Judiciário, pois não se almeja debilitar o *judicial review*. O que se defende é, de modo integrado, o controle sistemático e ampliado de constitucionalidade, apto a combater as inconstitucionalidades comissivas e, ao mesmo tempo, impedir a recorrente inércia violadora da Constituição, de maneira a endereçar as práticas administrativas às prioridades republicanas.

Bem por isso, o controle administrativo de constitucionalidade, sem disfarce e em toda luz, pode ser traduzido como *guarda de ofício da constitucionalidade pelo Estado-administração*, peça inextirpável do controle de conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas com todos os princípios, objetivos e regras, que compõem o bloco substancial de constitucionalidade.

Não custa reiterar que tal controle é tecnicamente distinto do controle peculiar (difuso e concentrado) de constitucionalidade, levado a efeito pelo Estado-juiz. Não se trata, no âmbito do Estado-administração, de declarar a nulidade de leis ou de atos normativos, mas de, no exercício dos controles externo e interno, deixar de ser artífice, por ação ou omissão, das inconstitucionalidades. Ressalva feita, tudo recomenda que a guarda da constitu-

lidade passe a ser assimilada como tarefa *também* da administração pública, sob pena de kafkiano e desolado alheamento das exigências do melhor constitucionalismo de ponta.

Desde logo, convém esclarecer (para evitar possível mal-entendido): no estágio atual, não se preconiza o controle administrativo de constitucionalidade empreendido, por assim dizer, pelo guarda de trânsito, a quem incumbe, antes de mais, cumprir zelosamente a lei, embora sem descuidar dos demais princípios. O que se colima, no presente estudo, é acentuar que, observadas as intranponíveis atribuições e sem letargia administrativa, *a guarda da Constituição jamais se deve cingir às Cortes judiciais, embora a elas, em nosso sistema, incumba controle característico e cabal*. Nessa perspectiva, imperativo tecer, com o austero resguardo das competências, uma rede de controle sinérgico de constitucionalidade, a cargo do Estado inteiro e da sociedade, de sorte a realizar inédita sindicabilidade integrada — externa, interna, jurisdicional e social — da gestão pública brasileira.

Vale dizer, o controle da juridicidade constitucional, simultaneamente avesso a automatismos subalternos e à discricionariedade opressora,¹ viabiliza, sem levante ou sedição, novo e promissor esquadro constitucional, no terreno das relações de administração. Deveria ser manifesto, quando quase ninguém mais defende concepção restrita de legalidade ou vazia de normas programáticas,² que o Estado-administração, para não ser desertor e refratário, necessita cooperar, incisa e sistematicamente, para o êxito do controle da legalidade, mas não só. Respeitadas as especificidades, em vez do culto timorato às regras legais, é dever ensejar, com eficiência (CF, art. 37), eficácia (CF, art. 74) e sustentabilidade (CF, arts. 3º, 170 e 225), que *a Constituição, por assim dizer, administre*.

Não se trata, desse modo, de propor usurpação de qualquer matiz, mas de vivamente realçar que

(a) ao Estado-administração incumbe realizar muito mais do que o simples controle da legalidade, pois, por exemplo, é chamado a empreender o

¹ Sobre o tema, ver: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Cap. 1, p. 48. Ainda: "A tarefa mais produtiva do controle sistemático das relações administrativas consiste em bem hierarquizar as escolhas administrativas, com eficiência, economicidade, eficácia, prevenção e precaução, de maneira que a Constituição administre" (p. 151). Ver, ainda: _____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. BH: Fórum, 2011 (sobre o princípio constitucional da sustentabilidade e suas aplicações em vários campos do direito).

² Ver, sobre as falhas do legalismo, para ilustrar, o testemunho do juiz Richard Posner em *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 47: "Legalist methods fail in many cases [...]".

controle previsto, de modo expresso, no art. 74 da CF: o controle precisa ser de eficácia (não simples aptidão para produzir efeitos jurídicos, mas concretização de objetivos fundamentais), o que acrescenta ineliminável cuidado com impostergável gama de deveres estatuídos pela Constituição, assim os relacionados à saúde (exs.: dever de fornecimento tempestivo de remédios³ para os carentes e dever de remover as pessoas das áreas de risco) e à educação (exs.: dever de matricular as crianças em escolas de qualidade⁴ e implementação de programas de atendimento às crianças vítimas de abusos de qualquer natureza). Mais: admite-se, em circunstâncias excepcionais, o bloqueio de recursos públicos,⁵ a despeito da regra do art. 100, da CF, justamente para fazer valer (topicamente) determinado direito fundamental. Cede a regra à hierarquização tópico-sistemática dos direitos fundamentais. É que, nesses casos, não cabe invocação, sem os correspondentes e redobrados ônus argumentativos, da reserva do possível ou da discricionariedade administrativa. A Carta, segundo a melhor inteligência, determina nutrir *reservas à reserva do possível* e perceber que *toda discricionariedade, em nosso modelo, vincula-se aos princípios e direitos fundamentais*. Ora bem, como toda discricionariedade encontra-se vinculada, inexistente espaço lícito para a discricionariedade pura⁶ ou exclusivamente política, que nada mais é do que o ninho de arbitrariedades por ação ou por omissão.

(b) ao Estado-administração, nas fronteiras e nos marcos constitucionais, máxime por meio dos integrantes das carreiras de Estado, cumpre levar a cabo o *controle administrativo de constitucionalidade de ofício*, se possível de índole cautelar, que permita motivadamente até a inaplicabilidade de lei ou de ato administrativo normativo, como sinal enfático da vinculação ao mandamento explícito de guarda da Constituição.⁷

³ Ver, por exemplo, RE 271286 AgR/RS, rel. min. Celso de Mello, em cuja ementa se lê: “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente [...]”.

⁴ Ver ARE 639337/SP, rel. min. Celso de Mello, em cuja ementa se lê: “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.

⁵ Ver, para ilustrar, AI 553712 AgR/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski: “Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes”. Sobre o combate à inércia inconstitucional, ver o referencial julgamento do RE 482.611/ SC, rel. min. Celso de Mello.

⁶ Ver, sobre o tema da discricionariedade administrativa vinculada aos princípios e direitos fundamentais: Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, op. cit.

⁷ Não há, a rigor, discrepância com a lição clássica de Miguel Seabra Fagundes (*Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4-5), no sentido de que admi-

(c) ao Estado-administração cumpre fortalecer, no âmbito da fiscalização dos atos e processos administrativos, a eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, com simétrica e proporcional sindicabilidade das políticas públicas, voltadas à correção das falhas de mercado e de governo, no momento agudo de transformação das funções do Estado.⁸ Em suma, sem omissivismo rendilhado e assumida, na devida conta, a totalidade dos princípios regentes das relações administrativas, com destaque para os (negligenciados) princípios da sustentabilidade e da probidade.

2. O Estado-administração e o controle ampliado da constitucionalidade

À luz desses precisos termos, intenta-se a *guarda administrativa da Constituição* (afastada a “concepção unicêntrica de Estado”⁹ e evitada a “constitucionalização exacerbada”).¹⁰ Tudo sem prejuízo da persistência do Poder Judiciário, em nosso modelo, na condição de controlador “último”,¹¹ alicerçado em cláusula pétrea e intangível (CF, art. 5º, XXXV), da qual emanam consequências de monta, a saber: (i) o controle judicial “último” (nem sempre

nistrar é aplicar a lei de ofício. Apenas se explicita que, para além disso e de modo mais abrangente, bem administrar é aplicar a Lei Fundamental de ofício.

⁸ Ver: TANZI, Vito. *Government versus markets: the changing economic role of the State*. New York: Cambridge University Press, 2011.

⁹ Ver BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 270: “A ideia de supremacia da lei foi a conclusão necessária de uma concepção unicêntrica de Estado, que encontrou sua formulação mais acabada no Leviatã de Hobbes. Esta concepção, por sua vez, decorria da convicção de que o Estado estava destinado a dominar, e até mesmo suprimir, os sistemas inferiores (Hobbes), as sociedades parciais (Rousseau) e os órgãos intermediários. Todavia o desenvolvimento político seguiu um caminho oposto [...] quanto mais desenvolvidos econômica e socialmente são os Estados contemporâneos tanto mais se tornam policêntricos [...]”.

¹⁰ Quadra referir a expressão de Luís Roberto Barroso que, não sem antes identificar o “efeito expansivo das normas constitucionais” como “fenômeno positivo”, manifesta preocupação com os riscos da constitucionalização excessiva: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 391. Força sublinhar, entretanto, que a defesa da guarda da constitucionalidade por todos os poderes e pela sociedade, empreendida aqui, realça a dimensão positiva do fenômeno e tende, em instância última, a favorecer o princípio da deferência.

¹¹ Sem que a presente abordagem represente endosso, portanto, à posição extremada de Mark Tushnet de populismo constitucional. Ver: *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, especialmente Caps. 7 e 8. Aqui, propõe-se ampliar a guarda da constitucionalidade, incluir a administração e a sociedade, sem debilitar o controle judicial, nem cair em populismo simplificado de qualquer natureza. Para refletir, em acréscimo, sobre o tema, ver: PERRY, Michael. Protegendo direitos humanos constitucionalmente entricheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 83-151.

no sentido cronológico, uma vez que a ameaça à lesão pode-deve ser afastada) faz as vezes de “legislador negativo”. Nada obstante, em face da inércia (omissão imotivada e injustificável) do Poder Legislativo, pode aditar regras até que o outro poder desempenhe o seu papel constitucional; (ii) o controle judicial “último” faz as vezes de “administrador negativo”, com a missão de escoimar, em tempo útil, todos os vícios administrativos insuscetíveis de convalidação, em que pese a admissibilidade de preservação de efeitos, à condição rigorosa de que a exceção sirva à efetivação (aparentemente paradoxal) dos objetivos fundamentais da Carta. Todavia, no caso de apatia ou omissão desproporcional (antijurídica, por definição) do Estado-administração, isto é, perante inércia objetivamente descumpridora dos deveres administrativos, ao Poder Judiciário cumpre diligentemente tomar as medidas cabíveis para que a tutela seja acatada, a ponto de — em situação-limite — paralisar transitóriamente determinada regra, à vista das exigências do caso. Como salientado, o Estado-juiz pode-deve conceder a antecipação de tutela contra o Poder Público, em prol de princípio fundamental hierarquizável topicamente como mais relevante. É o Estado-juiz emprestando efetividade, sem protagonismo extremista, ao direito fundamental à boa administração pública, entendido como direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas;¹² (iii) o controle judicial “último” deve, ao máximo, respeitar as decisões dos outros poderes (em função do princípio da deferência), salvo se insanáveis e claramente¹³ incompatíveis com o todo do sistema constitucional, assumido o pressuposto (*juris tantum*) de que os demais poderes cuidam ou deveriam cuidar, enérgica e zelosamente, da dignidade do sistema constitucional. Naturalmente, sem que a deferência acarrete atitude condescendente ou negligente em face da inércia inconstitucional.

Convém remarcar: a Constituição Federal, compreendida sem a falácia da desintegração,¹⁴ revela-se altamente inclusiva em matéria de controle da constitucionalidade, ao estabelecer a competência comum da União, dos estados,

¹² Ver: FREITAS, Juares. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22 e ss.

¹³ A propósito, força lembrar, sem endossar plenamente sua noção hermenêutica de clareza, a observação clássica, a ser prudentemente filtrada, de James Thayer: The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. VII, p. 129-156, 1893-94.

¹⁴ Sobre a falácia de *dis-integration*, ver: TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 20.

do Distrito Federal e dos municípios para zelar pela “guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas” (CF, art. 23, I). Decerto, ao fazê-lo, não pretendeu o constituinte que a tarefas e concentrasse, com exclusividade, no Poder Judiciário, mas almejou o controle ampliado de juridicidade ou legitimidade¹⁵ constitucional, isto é, o controle mais eficiente e eficaz, de sorte a favorecer, ao menos em tese, os resultados legislativos e administrativos em consonância com os objetivos fundamentais da república, mediante universal e emancipacionista resguardo dos direitos em geral, não apenas dos direitos “entricheirados”.¹⁶

A última assertiva, por suposto, merece acolhida sem o previsível entrave das pré-compreensões contaminadas por temores superdimensionados de que, uma vez abolida a escravatura do administrador às regras legais inconstitucionais, poderia sobrevir o caos. Ao revés: caos é, sob vários aspectos, o que existe hoje. Numa leitura tópico-sistemática,¹⁷ ao Estado-administração-cumpra, sem desbordar, o dever de efetuar, de ofício, o controle de conformidade dos atos administrativos com a Constituição, justamente para assegurar a eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública. Ou seja, agrega-se dever, não se suprime a relevância do princípio da legalidade, compreendido no círculo concêntrico dos demais princípios. O mero reconhecimento — que se aceita, em tese, de *defeasibility*, não como propriedade objetiva, mas aplicável ao modo de interpretar as regras (as quais também comportariam exceção justificada, não somente os princípios) —, embora represente avanço em matéria de compreensão sistemática, é estratégia, não raro, insuficiente. Além disso, preconizar que o administrador, astuciosamente, realizaria o controle oblíquo de constitucionalidade, via dilatação do princípio da legalidade, pode ser uma trilha sedutora, porém não parece ir ao fundo da questão. De outra parte, insistir que o administrador público tente contornar o problema do cumprimento de ordem manifestamente inconstitucional, via interpretação conforme, é solução demasiado precária, ao menos em situações extremas e pouco rotineiras. O que deve ser aceito, sem vacilação: fidelidade à lei só faz sentido como fidelidade à Constituição,

¹⁵ Sobre o princípio da legitimidade, ver art. 70, da CF, que o acolheu expressamente.

¹⁶ Sobre *entrenchment* entendido como proibição de retrocesso e tutela mínima dos direitos fundamentais, ver: AGRA, Walber. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-41.

¹⁷ Ver: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Defende a essencial identidade do pensamento sistemático e da tópica.

porque situações há em que o mais correto é deixar de cumprir a lei para bem cumprir a Lei Fundamental.¹⁸

Portanto, inescapável o desafio (ao mesmo tempo, pragmático e deontológico)¹⁹ de costurar, com vigor, o movimento dialógico de afirmação do Estado-administração vinculado à Carta e livre da glacial indiferença com a cultura do inconstitucionalismo. Nesse aspecto, entende-se o controle ou a guarda da constitucionalidade como²⁰ irrenunciável missão *também* da administração pública, sem prejuízo do caráter específico do controle jurisdicional e do controle exercido pelo Poder Legislativo e pela sociedade.²¹

Note-se: ainda quem defenda a tese de que o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos seria de “competência exclusiva do Poder Judiciário”, é forçado a conceder que os poderes Executivo e Legislativo podem “determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”.²² Ora, deixar de aplicar lei ou ato normativo, com fundamento em inconstitucionalidade, nada mais representa do que admitir a necessidade de aceção ampliada do controle de constitucionalidade, nos moldes preconizados.

Outras vezes respeitáveis entendem que os órgãos administrativos, “sem deixarem de estar vinculados à Constituição, encontram-se diretamente e primariamente subordinados à lei”; todavia, são forçados a admitir, em caráter excepcional, exceções para a devida resistência contra leis injustas ou manifestamente negadoras de direitos fundamentais. É que, conquanto queiram dar ênfase ao controle de legalidade (temerosos do excesso de poderes dos agentes executivos), não podem deixar de reconhecer circuns-

¹⁸ Ver: GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 180, esclarecendo que tal opção “não reconhece aos órgãos administrativos um poder genérico de fiscalização e controle de constitucionalidade, sendo que tão somente a errônea interpretação conferirá à função administrativa tarefa tipicamente jurisdicional”. Na mesma linha, ver: REALE, Miguel. Inexecução, pelo Executivo, de lei que entenda inconstitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 95, p. 45, 1965. A propósito, no sentido de caber ao executivo reverenciar, acima de tudo, a Constituição, ver: BARROSO, Luís Roberto. Poder Executivo: lei inconstitucional, descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 181/182, p. 397, 1990.

¹⁹ Sobre os modelos deontológico e consequencialista, como não reciprocamente excludentes, ver, por exemplo: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 239.

²⁰ Ver: OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação jurídica à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 678-671.

²¹ Ver: HÄBERLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 81: “Não apenas a jurisdição constitucional, mas todos nós somos, politicamente, ‘guardiões da Constituição’”.

²² Ver Adin 221, rel. min. Moreira Alves.

tâncias excepcionais que justificam que o administrador público deixe de aplicar lei inconstitucional.

Trata-se, então, a partir do alargamento conceitual do controle de constitucionalidade, de pretender que o controle da gestão pública, hoje censurado e tímido, não dê parte de fraco, rompa com os lugares comuns da gestão desleixada e, acima de tudo, assuma o compromisso com a renovada cidadania-ativa e,²³ em última análise, com a primazia da Constituição, acima das regras e do mito da subsunção automática e passiva das leis ao caso. Existe, pois, o dever ético-jurídico incontornável de, motivadamente, não obedecer ordens ilegais e, com muito mais razão, ordens manifestamente inconstitucionais.

Eis o ponto fulcral: mister evoluir, no âmbito das relações de administração, para o constitucionalismo, o que supõe admitir que o administrador não pode agir como servo da lei inconstitucional. Quer dizer, todos os progressos hermenêuticos realizados, na tarefa inconclusa, para tornar o juiz mais ativista da Constituição devem agora ser empregados para converter o administrador público em ativista da Carta, sob pena de nunca se ver instaurada, entre nós, a cultura robusta de apreço aos direitos fundamentais.

Com tais observações em mente, convém ter presente que o exercício sistemático do controle dos atos e processos administrativos²⁴ reclama assimilar, à vista de todos, que o agente público não pode ser atado ao jugo do medo de emitir juízo sobre constitucionalidade. Afinal, agir de acordo com ordem manifestamente inconstitucional pode configurar, no limite, improbidade administrativa por violação aos princípios, espécie que abrange qualquer ação ou omissão que viole os deveres de moralidade, para além da legalidade.²⁵

De fato, múltiplas esferas mostram-se imprescindíveis ao controle assim concebido, embora se encontrem tímidas e desarticuladas, no combate à onda gigante de inconstitucionalidades dolosas ou culposas, perpetradas pelo Estado-administração e pelo Estado-legislador. Sair desse quadro monótono de negligência sistêmica supõe enfrentar a crônica falta de controle da legitimidade constitucional de leis e atos normativos pela própria administração

²³ Sobre o tema da “nova cidadania”, ver, por exemplo: CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 257.

²⁴ Ver: Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, op. cit, cap.1, no qual, além de estabelecer a tábua dos princípios que devem reger tal controle, constam as principais transformações paradigmáticas do direito administrativo.

²⁵ Ver Lei nº 8.429/1992, art. 11, segundo o qual constitui ato de improbidade administrativa aquele que atenta contra os princípios da administração pública, mediante qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

pública, negligência que só tem produzido torrentes de processos judiciais repetitivos e quase infindáveis.

Nessa medida, desde que assimilada com boa-fé e acurácia, a noção larga de guarda administrativa da constitucionalidade não implica jamais excesso nem invasão. Não conspira contra a segurança jurídica, e ainda a fortalece. Em lugar, pois, de retrocesso, como se insinua em algumas decisões liminares do STF, dever-se-ia ampliar a noção de controle de constitucionalidade, num avanço potencialmente corretivo da performance da “maquinaria” do Estado, ao reconhecer que todos os poderes têm a missão de realizar (por exemplo, por meio de súmulas administrativas vinculantes), com temperamentos e nos limites das respectivas atribuições, a proteção mais efetiva da Constituição.

Para ilustrar: tome-se o papel do Estado-administração no resguardo da constitucionalidade no bojo de processo administrativo fiscal. O diploma federal de regência, Decreto nº 70.235/1972 (com significativas alterações introduzidas em 2009, notadamente pela inclusão do art. 26-A), estatui, *prima facie*, que se encontra vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei, tratado ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Contudo, ao contrário do que poderia inferir o intérprete ligeiro, constata-se, no § 6º do mesmo dispositivo,²⁶ que tal vedação não se aplica aos casos de lei ou ato normativo que já tenham sofrido declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal (independentemente da existência de súmula vinculante do STF). Tampouco se aplica a vedação quando fundamentem crédito tributário objeto de dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do procurador-geral da Fazenda Nacional,²⁷ súmula da AGU²⁸ ou, ainda, pareceres do advogado geral da União, aprovados pelo presidente da República.²⁹

Em outro dizer, transparece da leitura do texto normativo a inferência de que a pré-compreensão dogmática, segundo a qual não se toleraria o julgamento, no processo administrativo fiscal, com base em inconstitucionalidade, jamais pode ser acolhida, sem exceções importantes. Há, com efeito, situações nas quais, observadas condições, é dever deixar de aplicar a lei, sob fundamento de inconstitucionalidade. Plausível — e imperioso — que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais expeça súmulas vinculantes, que con-

²⁶ Inserido pela Lei nº 11.941, de 2009.

²⁷ Nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522/2002.

²⁸ Nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73/1993.

²⁹ Nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73/1993.

templem as situações aludidas, no desiderato de tutela administrativa célere, econômica e improtelável da Constituição e das leis. Mais: resta ou deveria restar acima de dúvida razoável, nas hipóteses estampadas no art. 26-A, que, *a contrario sensu*, faz-se obrigatório o julgamento administrativo que proteja o sistema constitucional contra regras havidas como categoricamente incompatíveis com a Constituição, observadas as cautelas da motivação madura e da probidade.

Desse modo, ainda que fora da presença de súmula vinculante do STF a respeito, inquestionável (a) a vinculação do Estado-administração às decisões definitivas plenárias do STF (salvo resistência devidamente motivada) e (b) o dever de produzir súmulas administrativas e pareceres que disponham sobre matéria de constitucionalidade, nos moldes traçados. Pois bem: qual é o nome disso? Guarda da juridicidade constitucional ou, dito sem meias palavras, controle ampliado da constitucionalidade, emitido, por meio de juízo sobre a inconstitucionalidade, pelo próprio Estado-administração, no bojo de processo administrativo, no qual se impõe, justificadamente, a inaplicação de lei ou decreto por vício de estridente afronta à Lei Maior.

Como decorre do elucidativo exemplo, a guarda administrativa da constitucionalidade contribui para o fim da omissão nefasta da administração pública, no tocante à utilização dos legítimos mecanismos de defesa imunológica dos princípios, objetivos e direitos fundamentais. Mas não é só. Ainda para ilustrar, eis outro caso emblemático: por se tratar de uma das carreiras de Estado, a Advocacia Pública da União não deve defender ato normativo que reputar incorrigível e insanavelmente inconstitucional, esgotadas as tentativas de interpretação conforme, ao se manifestar obrigatoriamente no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Bem verdade que a dicção literal do art. 103, § 3º da Constituição, estabelece: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”. No entanto, a melhor postura hermenêutica não aceita o textualismo imoderado, nem o originalismo estrito.³⁰ Amelhor inteligência sistemática do dispositivo corre no sentido de que o advogado geral da União haverá de defender o ato impugnado somente quando o ato for defensável, à base da Constituição. Do contrário, resvalar-se-ia para o servilismo da car-

³⁰ Ver, para uma crítica aos argumentos do textualismo e do originalismo estrito, Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, op. cit., cap. 9.

reira de Estado a propósitos secundários, num fluxo ruinoso de traição dos desígnios constitucionais. Em síntese, o ato será defendido somente quando defensável à luz da Constituição.

Tal exemplo corrobora, de modo incisivo, a necessidade inegociável de compromisso estratégico das carreiras de Estado com a guarda da constitucionalidade, algo que requer independência ativa, diante dos apelos governamentais imediatos, não raras vezes interessados na manutenção de dispositivos manifestamente viciados ou envolvidos no dolo eventual da inconstitucionalidade. Mais: em matéria de guarda administrativa da constitucionalidade, convém não esquecer que o veto presidencial a projeto de lei pode/deve ocorrer também por questões propriamente constitucionais (CF, art. 66, § 1º). Certo: ainda não há lei, nesse caso. No entanto, trata-se de controle preventivo de constitucionalidade. Não há como negar-lhe esse caráter e serve como irresponsável prova adicional de que incumbe a todos os poderes, sem exclusão do Poder Executivo, a mais fiel e decidida tutela da constitucionalidade, inclusive em respeito ao art. 78, da CF. Desse modo, advogar que o Poder Executivo deveria apenas cuidar da legalidade, deixando aos outros poderes a preocupação com a constitucionalidade, representa perigoso conformismo com a inconstitucionalidade, numa espécie de capitulação diante da má política e do omissivismo inconstitucional.

Consolidando: o controle de constitucionalidade não é, nem seria plausível cogitar que fosse, uma exclusividade das cortes judiciais, assim como seria erro grave (de sinal trocado) considerar insindicáveis judicialmente as políticas públicas, tomando-as como tarefas exclusivas do Poder Executivo ou do Parlamento. A própria opção do constituinte pelo “controle externo” (CF, art. 70), quanto à legitimidade e à economicidade dos atos administrativos, em vez de atinente só à estrita legalidade, introduziu o propósito, em nosso arcabouço institucional, de dilatar o controle de constitucionalidade, no sentido aqui esposado. Nesse contexto, seria equívoco cancelar a Súmula 347, do STF, aquela que admite que o Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, aprecie a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Retrocesso, em primeiro lugar, porque se afigura irrazoável determinar que aquela Corte de Contas faça somente o controle restrito de legalidade: aliás, nenhum operador jurídico se restringe às regras legais, mormente nos casos complexos. É que, sem afastar esse controle, precisa fazer o controle de legitimidade, sob pena de descumprir frontalmente a Carta. Retrocesso, em segundo lugar, porque nada impede que a palavra final sobre o assunto seja dada pelo Poder Judiciário, isto é, os eventuais desvios ou erros dos Tribunais

de Contas poderão ser, tempestivamente, atacados na via judicial. Em função disso, o que seria oportuno fazer, no âmbito do STF, é justamente cobrar a intensificação do controle ampliado de constitucionalidade no âmbito do controle externo, nunca o inverso.

Não fosse o bastante para salientar a relevância e a congruência do controle ampliado de constitucionalidade, força notar que, na seara do “controle interno”, segundo os ditames do art. 74, II, da CF, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle orientado, não apenas para comprovar a legalidade, mas para avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, bem como da aplicação de recursos públicos. Ou seja, a Constituição, às escâncaras e meridianamente, determina sinergia e integração dos controles na proteção da higidez dos atos administrativos, vigilância larga para abranger o resguardo dos princípios da eficácia e da eficiência, da moralidade, da prevenção, da precaução e da sustentabilidade.

Como acentuado, a quebra desses princípios configura inconstitucionalidade e nada a fazer para impedi-la consubstancia, em tese, improbidade administrativa, com todas as sanções correspondentes. Dito em outros termos, ao controle integrado de legitimidade dos atos administrativos (interno, externo, social e jurisdicional) impõe-se a observância plena do princípio da eficácia, não propriamente no sentido tradicional de aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico, senão o de obter resultados compatíveis com os objetivos fundamentais republicanos. Logo, bem observadas as coisas, uma leitura includente e expansiva, em matéria de controle administrativo da constitucionalidade, resulta de inarredáveis pressupostos sistemáticos, designadamente:

- (a) por si, a omissão no cumprimento diligente da guarda eficaz direta e imediata da Carta pelo Estado-administração pode redundar em danos juridicamente injustos (violações aos princípios fundamentais).
- (b) se e quando todos os poderes, sem exceção, observarem o dever de guarda da constitucionalidade, maior tenderá a ser a observância do princípio da deferência, segundo o qual as decisões de cada poder têm de ser respeitadas, desde que não afrontem nitidamente a Constituição. Antes disso, a aplicação do princípio da deferência pode-se confundir com simples cumplicidade inconstitucional.
- (c) imperativo perceber que, precisamente por efetuar a cabível guarda da constitucionalidade, nos limites de suas atribuições, a administração públi-

ca (em sentido lato) tem de acatar (salvo nos casos de resistência legítima) as decisões definitivas ou pacificadas do Poder Judiciário, mormente em sede de pronunciamentos concentrados ou objetivos, nos quais inexistem, a rigor, a clássica contraposição de partes. No entanto, também se vincula ao decidido, em definitivo, em sede de controle difuso, isto é, quando houver decisão plenária definitiva do STF (independentemente da sustação de execução da lei pelo Senado).

Quadra sublinhar que o Estado-administração, não obstante a interdependência dos poderes, encontra-se obrigado a seguir a orientação do controlador “último”, não apenas na hipótese da súmula de que fala o art. 103-A da CF, que ostenta o “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, sem prejuízo da técnica aplicável da distinção. É que, apesar de tal súmula ter como um dos objetivos a interpretação e a eficácia de normas determinadas, verdadeiramente não exaure as hipóteses de vinculação, quando se assume o dever ampliado de guarda da constitucionalidade pela própria administração pública.

Com efeito, uma das hipóteses de vinculação, independentemente dessa súmula, reside expressamente no art. 102 da CF, § 2º, consoante o qual as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.³¹ Claro que, na seara concentrada de controle judicial da constitucionalidade, o afastamento do mundo jurídico da norma considerada nula é, como regra geral, imediato, salvo nas conhecidas exceções de modulação, diferimento ou mitigação de efeitos.³² Por isso, a administração pública não pode praticar atos com arrimo em regra considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, toda vez que, em definitivo e de modo plenário, suceder decisão declaratória do vício, ressalvadas as modulações.

Convém registrar que o caráter vinculante da jurisprudência é fenômeno incontendível, ainda que mereça temperamentos. Naturalmente, não se prescreve a subsunção automática e imponderada. Entretanto, para corroborar a

³¹ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

³² Modulação que, diga-se de passagem, pode acontecer, justificadamente, em todo e qualquer processo de controle da constitucionalidade, não apenas no concentrado.

vinculação da discricionariedade administrativa à jurisprudência, com o desiderato ilustrativo, importante destacar que:

- (a) a teor do art. 741, parágrafo único, do CPC, na execução contra a Fazenda Pública, os embargos poderão versar sobre inexigibilidade do título, considerado também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal.³³
- (b) nos termos do art. 475, § 3º, do CPC, não se procede o reexame necessário de sentença proferida contra a União, o estado, o Distrito Federal, o município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI, do CPC). Releva sublinhar: segundo dispõe o § 3º, também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente.
- (c) na linha do insofismável caráter vinculante da jurisprudência pacificada (embora distinto, em alguns efeitos, no caso da súmula vinculante),³⁴ cumpre citar o art. 518 do CPC, consoante o qual interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder; contudo, não receberá o recurso de apelação quando a sentença

³³ Min. Teori Zavaski bem historia a evolução legislativa no rumo de vários precedentes vinculantes (inclusive no sistema difuso), além dos aqui citados. Com razão, considera (Ação Rescisória: a Súmula 343 do STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Doutrina do STJ*, Comemorativa dos 20 anos, Brasília, p. 87, 2009) que o art. 741, parágrafo único do CPC, “passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas (mesmo em controle difuso), a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, par. 1º, do CPC”.

³⁴ Sobre súmula vinculante, ver Lei nº 11.417/2006. Tal diploma acrescentou parágrafo ao art. 56 da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), de maneira que se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. Também houve acréscimo dos arts. 64-A e 64-B, de modo a dispor que se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente, para decidir o recurso, explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. E acolhida pelo STF a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. Note-se: responsabilização pessoal.

estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do STF.

Tais ilustrações, somadas ao exemplo do art. 26-A, introduzido pela Lei nº 11.941/2009, são exuberantes para mostrar que existe efeito vinculante da jurisprudência, mesmo nos casos em que não houver ensejo para o instituto da reclamação. Por outras palavras, o Estado-administração, ao acatar, avisadamente, as decisões “últimas” do Poder Judiciário em matéria de constitucionalidade, realiza espécie de papel complementar na guarda da Constituição. *Integra o controle de constitucionalidade, igualmente por esse ângulo.* Deixa, por essa via, de engendrar o pesadelo de conflitos intertemporais, provocados pelo excesso de “partidarização” dos temas administrativos, erro grave que conspira contra o amadurecimento isonômico do Estado constitucional, que reclama, vez por todas, o controle dos impulsos administrativos lesivos aos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

É que apenas a guarda da juridicidade constitucional, levada a cabo pela administração pública, por iniciativa própria (autotutela) ou por acatamento, colabora decisivamente para a tarefa de dizer não às cascatas de inconstitucionalidade, que atormentam a sociedade brasileira. Decerto, isso não significa endosso à imposição autoritária, de cima para baixo, da jurisprudência dominante. Nem se confunda, grife-se, o sustentado com qualquer defesa acrítica e cega do efeito coativo dos precedentes judiciais.

Sem dúvida, o conteúdo dos precedentes resta, sempre e sempre, submetido ao inafastável controle judicial e à revisão, a ser empreendida, sem peias ou temores exagerados, por todos os juízes (sob provocação, exatamente como sucede em relação às leis). Quadra sublinhar: em nosso sistema, apesar de tendência perigosamente concentracionista, *todo juiz é guardião da Carta.* Deveria ser óbvio que não se pode jamais cercear ou punir o julgador pelo razoável desempenho do controle da constitucionalidade, inclusive dos precedentes. De fato, a manutenção do controle difuso é requisito para a formação da requerida ambiência de internalização da Lei Maior, aliada à autêntica postura “constitucionalista”, diretamente concretizadora dos direitos fundamentais de todas as dimensões, em lugar do carcomido “legalismo estrito”, que só tem servido para perpetuar regressividades inconfessáveis. De maneira que o “precedente vinculante” será, no mínimo, tão questionável como é no sistema anglo-saxão, no qual o juiz mantém a liberdade para dizer a propósito da incidência, ou não, daquele enunciado ao caso vertente, embora observados os precedentes, na maioria das vezes. A técnica da distinção também pode

ser aplicada em nosso sistema. De mais a mais, cada juiz está livre para motivadamente questionar, se considerar adequado fazê-lo, a constitucionalidade das decisões pacificadas. Entretanto, a postura consequencial esclarecida (dos juízes e, por suposto, dos administradores), no mais das vezes, deliberará a favor do precedente, isto é, da preservação do sistema contra a excessiva volatilidade que debilita a tutela tempestiva da Constituição.

Assentado esse aspecto, impõe-se sublinhar que a vinculação do administrador público às diretrizes constitucionais deve acontecer, (a) de modo interventivo próprio ou (b) mediante acatamento das decisões judiciais pacificadas, como sinal do cultivo das mentalidades cruciais³⁵ para a sustentabilidade constitucional, nas relações de administração, com vistas a obter ganhos de qualidade da gestão pública, por intermédio do controle administrativo de constitucionalidade.

Tudo isso, por sete argumentos principais, que convém retomar nesse momento:

- (I) porque é necessário criar um clima cultural propício à promoção da boa-fé constitucional, em contraponto ao alastramento das poluentes inconstitucionalidades dolosas ou culposas.
- (II) porque se revela imprescindível reduzir a litigiosidade, causada pelo próprio Estado-administração, fenômeno que congestiona a pauta judicial e a faz morbidamente morosa. Ademais, no plano das ponderações estatísticas, imperioso admitir que o resoluto acatamento das decisões judiciais pelo Estado-administração desafogaria os tribunais, pois não há dúvida de que a administração pública converteu-se em grande demandada, num quadro que piora a já baixa confiabilidade média dos agentes políticos.
- (III) porque o laço voluntário e de ofício com a Constituição abre caminho para uma administração pública menos disruptiva e mais propensa a se deixar guiar pelo direito fundamental à boa administração pública, voltado a resolver conflitos, preferencialmente na seara administrativa. Ou seja, a mais ágil resolução administrativa dos conflitos é uma decorrência natural do aqui proposto.

³⁵ Ver: GARDNER, Howard. *Cinco mentes para o futuro*. Porto Alegre: Artmed, 2007. Para o autor, as “mentes” de cultivo crucial são: a disciplinada, a sintetizadora, a criadora, a respeitosa e a ética. Fora de dúvida, todas configuram “tipos de mente” indispensáveis à ampliação preconizada de guarda da constitucionalidade, na esfera administrativa.

- (IV) porque o Estado-administração, desde que engajado legitimamente na salvaguarda da constitucionalidade, tende a ver aplicado, igualmente em seu favor, o aludido princípio da deferência, especialmente em matéria de regulação (atividade administrativa mais de Estado do que de governo), algo que tem o condão de evitar pleonasmos viciosos em matéria de controle. Com efeito, quando todos estão igualmente comprometidos com a guarda da Constituição,³⁶ reúnem-se as condições objetivas para instaurar estratégia convergente sobre o discurso constitucional,³⁷ com gradativa regeneração da desgastada “autoridade” pública.
- (V) porque a tardança em respeitar a Carta, a par de se mostrar contrária e lesiva à duração razoável dos processos administrativos e judiciais, revela-se tenebrosa para os cidadãos vitimados pela síndrome das vitórias com sabor amargo. Nesse aspecto, atos praticados pela administração pública em juízo, em linha claramente discrepante com a interpretação constitucional consolidada, podem, em muitos casos, configurar inaceitável abuso de defesa ou revelar inadmissível tática protelatória (art. 273, II, do CPC), sem embargo do enquadramento eventual na hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I). Pode-se cogitar até de antecipação da tutela contra o poder público,³⁸ não se justificando conferir elastério às restrições normativas a respeito.³⁹
- (VI) porque existe vinculação dos agentes públicos em face das “definitivas” decisões tomadas no controle difuso e no controle concentrado, quando se admite que a jurisprudência representa momento culminante da po-

³⁶ Impõe-se mencionar que, identicamente, ocorre o fenômeno da guarda da constitucionalidade pelo Parlamento, dada a interdependência dos poderes (CF, art. 2º). Sim, por exemplo, o Parlamento pode fazê-lo por meio da Comissão de Constituição e Justiça. Ainda no tocante ao Parlamento: como mencionado, nos termos do art. 52, X, cabe ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, em controle incidental ou difuso. Tal competência privativa do Senado comporta parcial revisão hermenêutica, como sugerido, de passagem. Mais um exemplo: a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias depende de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. São suficientes tais ilustrações sobre o controle de constitucionalidade exercitável pelo Poder Legislativo. A propósito, sobre o poder congressional de sustar atos do Poder Executivo como controle político de constitucionalidade, ver: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: RT, 1994. p. 206.

³⁷ Com acerto, no ponto, Cass Sunstein, ao dizer que “é fundamental reviver esse entendimento mais amplo da Constituição, que se tornou uma parte indissolúvel do compromisso originário para a democracia deliberativa”. In: *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 2.

³⁸ Ver, a propósito, RE 495740, rel. min. Celso de Mello.

³⁹ Não se ignora o julgamento da ADC 4, pelo STF. Tampouco o art. 7º da nova Lei de Mandado de Segurança.

situação do direito. Justamente em função dessa característica indelével, impende reiterar que a jurisprudência iterativa dos Tribunais — fonte material do direito administrativo, por excelência, inclusive no sistema romanístico-continental (e desde os primórdios) — vincula constitucionalmente o administrador público, e não somente nas hipóteses de súmulas vinculantes. Tampouco se mostra ocioso reiterar que o princípio da moralidade determina que a administração pública atue de sorte a fazer universalizáveis suas condutas, com forte incentivo à confiança legítima. Logo, não se admite que o Estado-administração dê o péssimo exemplo de maneirista descaso em relação ao significado do plexo normativo, desvelado pelo Poder Judiciário, “em definitivo”, seja no controle incidental, seja no controle concentrado. O contrário disso, em várias situações processuais, pode representar ofensa à dignidade da jurisdição (CPC, art. 14: *Contempt of Court*),⁴⁰ prática que só tem feito onerar o erário e aumentar a percepção dos riscos associados às relações de administração.

(VII) porque o administrador público não goza de discricionariedade pura ou ilimitada, em nenhum momento dos processos administrativos e judiciais. Encontra-se vinculado aos princípios e objetivos fundamentais. No limite, como destacado, a violação intencional dos princípios constitucionais pode ser traduzida como improbidade administrativa. Assim, a recusa de uma ordem discriminatória negativa ou racista, por exemplo, é um dever ético-jurídico, ainda que a ordem esteja baseada em lei inconstitucional.

Correm, em paralelo, tais argumentos nada antinômicos, notadamente para quem compreende o modo de operar e de aplicar o direito constitucional administrativo, cuja vinculação direta e imediata ao direito fundamental à boa administração pública acarreta cogência do plexo inteiro de princípios constitucionais que devem nortear as relações de administração.

Assumido, dessa maneira, o desiderato de fazer com que a Constituição “administre”, fica nítido, por exemplo, que o legislador infraconstitucional errou na formulação literal do art. 77 da Lei nº 9.430/1996,⁴¹ ao apenas facultar

⁴⁰ Nos termos do art. 14 do CPC.

⁴¹ Dispõe o art. 77 que fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, possa: I — abster-se de constituí-los; II — retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; III — formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

ao Poder Executivo a disciplina das hipóteses em que a Administração Tributária federal, relativamente aos créditos baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, possa abster-se de constituí-los. Inegável que o significado sistemático desse comando, à base do prisma deontológico e consequencial afinado com o controle da constitucionalidade pela própria administração pública, é distinto do extraído da literalidade, donde segue o dever de ultrapassar a atecnia do legislador ordinário. Definitivamente, não se está perante uma mera *faculdade* do agente público, mas de rigoroso e indeclinável *dever*. A discricção, nesse passo, resulta vinculada à decisão definitiva ou indisputável do Poder Judiciário, salvo motivação consistente e expressa em contrário.

Em igual senda e por idênticos motivos de fundo (sempre para ilustrar), não resulta minimamente aceitável a compreensão literal do art. 4º da Lei nº 9.469/1997.⁴² Ali se diz que, não havendo a referida Súmula da Advocacia Geral da União, o advogado geral *poderá* dispensar a propositura de ações quando a controvérsia estiver sendo iterativamente decidida pelo STF ou pelos tribunais superiores. Errado: tirante casos excepcionalíssimos, trata-se de poder-dever. Quer dizer, a dispensa da propositura não é singela faculdade do ocupante do topo dessa carreira de Estado, comprometida que deve estar, às inteiras, com o controle ampliado da constitucionalidade.

Claro: ao se preconizar tal dever, não se propugna servilismo, nem subserviência, tampouco ímproba prevaricação. Muito pelo contrário. Afinal, em situações-limite, presentes razões fortes para o convencimento sobre o desacerto da posição jurisprudencial, revela-se, como destacado, legítimo e obrigatório procurar alterá-la, com a suficiente motivação.⁴³

Como soa indisputável, nessa altura, *a vinculação do agente público é à lei e, acima disso, à Constituição*. Daí resulta indispensável o acatamento pela administração pública das pacificadas decisões dos tribunais superiores, notadamente em declarações de inconstitucionalidade por decisão definitiva do Plenário do STF. O maior beneficiário de semelhante postura não será, apenas,

⁴²Assim dispõe: “Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o advogado geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”. Não se trata, como sustentado, de simples faculdade, mas, como regra geral, de um dever.

⁴³A teor do art. 50, VII, da Lei nº 9.784/1999, a motivação deve ser “explícita, clara e congruente” sempre que o administrador público deixar de “aplicar jurisprudência firmada sobre a questão”.

aquele que litiga atomizadamente contra o poder público, mas o contribuinte e, em consequência, o genuíno interesse público.

Em suma, a guarda da constitucionalidade precisa ser praticada, com rigor redobrado e de ofício, pela própria administração pública, no intuito de apurar a sindicabilidade dos princípios e direitos fundamentais, nas relações administrativas. Controle de ofício, no tocante à eficácia e à probidade, que implica responsável inteligência das regras (e das lacunas legais), sem omissivismo de qualquer matiz, seja na hipótese de acatamento, seja quando se mostrar necessária fundada concretização dos direitos fundamentais, acima das leis que os violem.

3. Conclusões

Do articulado, assumida a ideia-chave de que se reconhece o controle ampliado de constitucionalidade, a cargo também do Estado-administração, dos atos administrativos e dos atos normativos, impõe-se, em sede conclusiva, deixar sulcado que:

- (a) Existe dever de resistir à ordem manifestamente inconstitucional, quando cumpri-la, ainda que baseada em lei, representar improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais. Não é exagero asseverar: *a falta de tutela ampliada da Constituição é, antes de tudo, uma falha moral.*
- (b) *O controle de ofício de constitucionalidade, na esfera administrativa, deve ser visto como diferente do controle exercido privativamente pelo Poder Judiciário. Aquele deixa de aplicar a lei ou o ato normativo com fundamento em inconstitucionalidade. Este declara a nulidade das leis ou dos atos normativos, fixando os efeitos. São operações jurídicas inconfundíveis. No entanto, tudo recomenda que se adote uma concepção de controle de constitucionalidade que, sem prejuízo do controle judicial, seja larga e elástica o bastante para não prender macunaimicamente o administrador público ao dócil cumprimento, “sem nenhum caráter”, de comandos manifestamente inconstitucionais.*
- (c) *Uma das formas de controle de constitucionalidade, a ser efetuada pela própria administração (mas não só), é o controle das omissões ou inércias inconstitucionais. Em nosso ordenamento, os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade direta e imediata, independentemente de regula-*

mentação legal. Cumpre, nessa medida, permitir, por assim dizer, que a Constituição administre e concretize direitos fundamentais.

(d) Outra das formas de realizar o controle administrativo de constitucionalidade reside, paradoxalmente, no pronto acatamento das decisões judiciais iterativas pela administração pública. Bem por isso, a administração pública (salvo motivo plausível) precisa, exemplarmente, acatar os pronunciamentos irrecorríveis do Poder Judiciário (notadamente as decisões definitivas do Plenário do STF, não apenas em sede concentrada), sob pena de perecer a credibilidade do sistema inteiro de controle, dele subtraindo o hálito vital do respeito mútuo e da interdependência dos poderes. Ademais, seria despropositado não acatar pronunciamentos em sede difusa, apenas com base numa carência de manifestação suspensiva do Senado, quando, sobre a matéria, o Poder Judiciário tiver iterativa e consolidada posição. Ainda: desde que largamente pacificada a orientação jurisprudencial superior, afigura-se cristalino o dever (não mera faculdade) de acatamento dos precedentes judiciais e da emissão célere dos atos declaratórios, pareceres normativos e súmulas administrativas com acorroboração de tais diretrizes. Presente o aludido acatamento de ofício, resultará, provavelmente, fortalecido o princípio da deferência. Por motivos de produtividade funcional do discurso deontológico da Carta e sem menosprezar o papel da autoridade administrativa (justamente, ao revés), forçoso entender que o legislador fecunda e parteja o preceito jurídico, mas incumbe ao Estado-juiz efetivar o controle cabal de adequação à Carta. Do entendimento e da aceitação da intangibilidade desse ciclo, resulta aperfeiçoado o controle de juridicidade constitucional, incluindo aquele efetuado pela própria administração. Eis tarefa crucial para que o Estado-administração aja, *de ofício*, como integrante do Estado constitucional que é. A não ser assim, a longo prazo, apresentam-se onerosíssimos prejuízos (perfeitamente evitáveis) para os cofres públicos. Paga-se para compensar a maliciosa resistência à Carta, que produz danos irreparáveis ou de difícil reparação, sobretudo quando se configura, nos processos, o caráter protelatório ou a litigância de má-fé.

(e) Quando o Estado-administração absorve a vinculação primeira à juridicidade constitucional, cria as condições favoráveis à constitucionalidade, no seio das relações administrativas. *Assim como o agente público tem o dever de, motivadamente, recusar o cumprimento de ordem manifestamente ilegal, com muito mais razão, tem o dever de resistir à ordem manifestamente inconstitucional.*

nal, na defesa real da presunção de legitimidade e de constitucionalidade dos atos administrativos.

- (f) O controle ampliado da constitucionalidade, uma vez acolhido o acordo semântico proposto, deixa-se traduzir, no âmbito do escrutínio e da sindicabilidade dos atos administrativos, como *peculiar controle de conformidade dos atos administrativos com os princípios da Constituição, muito destacadamente com o princípio da moralidade*. Sim, cumprir — ou determinar cumprir — uma ordem manifestamente inconstitucional viola, inclusive, o princípio da moralidade.
- (g) Não é nenhuma temeridade reconhecer que todos os poderes de Estado, em parceria com a sociedade, têm de realizar, às abertas, uma *tutela sistêmica e integrada da constitucionalidade*, de molde a fazer que aconteça a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais de várias dimensões. Dessa maneira, o Estado-administração também precisa, de maneira fundamentada, *realizar, de ofício, o controle de constitucionalidade, em nome do direito fundamental à boa administração pública*. Não significa — seja dito uma vez mais — declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, exclusividade do Poder Judiciário, mas deixar de aplicar lei ou ato normativo que inviabilizar o cumprimento da Constituição.
- (h) Constata-se, em instância derradeira, o expressivo desafio de erigir *o novo relacionamento entre a Constituição e o administrador público*, tarefa que implica a expansão da rede sinérgica e cooperativa de guarda da constitucionalidade. Tal guarda de ofício (que *pode deixar cautelarmente de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional, sem excluir as técnicas da interpretação conforme ou a abertura de exceções, muito menos a tomada de providências para que a inconstitucionalidade seja afastada, em definitivo, pelo Poder Judiciário*) ostenta o condão de aperfeiçoar, *nos limites das respectivas atribuições*, a implementação dos princípios, direitos e objetivos fundamentais, no campo das relações administrativas. Eis o robusto motivo pelo qual, no modelo brasileiro, revela-se, por todos os ângulos, altamente benéfico assimilar, vez por todas, *que bem administrar é, antes de tudo, aplicar a Lei Fundamental de ofício*.

Referências

AGRA, Walber. O entrenchment como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-41.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Poder Executivo: lei inconstitucional, descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 181/182, 1990.

BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: RT, 1994.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARDNER, Howard. *Cinco mentes para o futuro*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação jurídica à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PERRY, Michael. Protegendo direitos humanos constitucionalmente entricheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 83-151.

POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

REALE, Miguel. Inexecução, pelo Executivo, de lei que entenda inconstitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 95, 1965.

- SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- TANZI, Vito. *Government versus markets: the changing economic role of the State*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- THAYER, James. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. VII, p. 129-156, 1893-94.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- ZAVASCKI, Teori. Ação Rescisória: a Súmula 343 do STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Doutrina do STJ*, Comemorativa dos 20 anos, Brasília, 2009.