

Concessão de provimento cautelar por juízo de primeiro grau em face de Tribunal de Contas: um típico caso de desvio de finalidade jurisdicional

Paulo Sávio Peixoto Maia

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito (UnB). Professor na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC TJ/CE –, bem como na Universidade de Fortaleza – UNIFOR (licenciado). Consultor Técnico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Resumo: Surgida por construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, a teoria do desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*) fez fortuna no Ocidente; em grande parte, por sua considerável aptidão para controlar atos administrativos que, a despeito de conformes à letra da lei, perseguiram fins diversos daqueles previstos na regra habilitante. Internalizada no direito brasileiro em meados do século passado, o desvio de finalidade passou a controlar os atos da Administração Pública brasileira e chegou a ser aplicado à guisa de anulação de atos legislativos. Sintomaticamente, a teoria não foi estendida aos atos jurisdicionais pela doutrina dominante. Este artigo, em sentido contrário, consigna a utilidade de tal instituto frente aos atos jurisdicionais e aponta que o combate a provimentos judiciais que abertamente contorna foro por prerrogativa de função revela-se um campo promissor para tanto.

Palavras-chave: desvio de finalidade; judiciário; paradigmas constitucionais.

Introdução

Pelo *medium* das mais olímpicas justificativas – tais como “princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional” ou “razoável duração do processo”, essa mais recente – as Cortes de Contas têm assistido, com razoável perplexidade, a amputações de suas competências por obra de provimentos jurisdicionais nada ortodoxos. Conquanto o tema comporte variações, a constante é a seguinte: por meio do exercício de uma competência legítima (exercício do poder

jurisdicional) se atinge um efeito que, a rigor, não se insere no círculo de atribuições do órgão prolator da decisão, mas, sim, no de outra instituição.

Posto o problema nestes termos, o paralelo com o desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*) ocorre fácil, afinal, há desvio de finalidade quando uma decisão toma em consideração uma finalidade outra que não aquela objetivada pela regra de competência estabelecida em lei¹. E tal paralelo não deve assustar, afinal, ausente está qualquer originalidade deste escrito quanto a esse aspecto: o desvio de finalidade jurisdicional já é tratado na Itália desde 1924, por Francesco Carnelutti², bem como no Brasil, a partir dos esforços de Caio Tácito³.

Os exemplos do que se está a tratar abundam; e evidenciam os riscos envoltos em tal prática. Imagine-se que determinado sujeito passivo de denúncia que tramita no âmbito de um Tribunal de Contas viu ser declarada como contrária ao direito uma acumulação de cargos da qual se beneficiava. Ora, caso não se conforme com o mérito do decisum, mostra-se possível ingressar, no âmbito da própria Corte de Contas, com um recurso de reconsideração. Existindo error in procedendo, afigura-se viável a impetração de mandado de segurança (seja perante Supremo Tribunal Federal, no caso do Tribunal de Contas da União; seja no âmbito Tribunais de Justiça estaduais, no caso dos Tribunais de Contas estaduais) para questionar aspectos formais, ligados ao devido processo legal.

Ante a existência de tais meios procedimentais, torna-se difícil o encontro de razões que justifiquem que um magistrado (togado, não se está a tratar de leigos) conceda provimentos cautelares ab initio litis e inaudita altera parte em clara afronta a textos de lei sobre os quais não paira dilemas hermenêuticos de nenhuma espécie. Pois bem, o problema foi lançado, mas suas nuances ainda não se fizeram revelar; é o que será feito a seguir. Afinal, o enfrentamento do problema depende de como ele é percebido.

¹ GAUDEMET, Yves. Droit administratif. 19ª Ed. Paris: LGDJ, 2010, p. 142. Para uma genealogia do *détournement de pouvoir* bem como de seu equivalente processual, o “recurso por excesso de poder” (*recours pour excès de pouvoir*). Cf. BIGOT, Grégoire. Introduction historique au droit administratif depuis 1789. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, pp. 217-219 e 261-262. Veja também, realizando interessante contextualização do remédio processual com a organização política do Segundo Império (modelo bonapartista): BURDEAU, François. Histoire du droit administratif (de la Revolution au debut des années 1970). Paris: Presses Universitaires de France, 1995, pp. 174-180.

² CUDIA, Chiara. Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto. Milano: Giuffrè, 2008, p. 13, nota de rodapé 12.

³ TÁCITO, Caio. “O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, abril-junho de 1992, pp. 9-13, principalmente. Também aceita, ainda que timidamente, que o desvio de finalidade tem aplicação em atos jurisdicionais: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 76-77.

1. Breve inventário dos provimentos cautelares desvirtuados

Já nos idos da década de 1990, começou a lograr acolhimento a tese de que, esteirado no poder geral de cautela insculpido no art. 798 do Código de Processo Civil (CPC), o juízo monocrático poderia conceder *medidas cautelares satisfativas*, mesmo que não previstas, tipicamente, no direito positivo. A novidade, bem explicado, não é o poder geral de cautela, que, aliás, é expressamente consagrado pelo CPC de 1973 e que constitui imprescindível mecanismo de adaptação da prestação jurisdicional às mais diversas pretensões que lhe são deduzidas⁴. Já que a vida sempre é mais rica que os textos, seria, com efeito, bizantina a suposição de que o direito positivo seria capaz de enumerar todos os possíveis casos dignos de receber a cautela judicial. *Nemo nascitur artifex*.

O ponto é outro e origina-se de uma tradicional distinção realizada pela doutrina processual clássica. Por um lado, a tutela cautelar assegura a utilidade da prestação jurisdicional, a dignidade, o império da jurisdição⁵. Por outro, as “liminares”, tecnicamente, permitem uma antecipação dos efeitos da tutela pretendida – e cuja existência no ordenamento não pode deixar de ser considerada como uma questão de política legislativa – sendo, por isso, intrinsecamente ligadas ao direito material. A execução, aqui, não é somente assegurada (noção ligada ao processo), mas, sim, antecipada: há um tom de satisfatividade.

Pois bem. As chamadas “cautelares inominadas satisfativas” desconsideram, exatamente, essa diferença, uma vez que, indo muito além de garantir o império da jurisdição – ao manter a utilidade do provimento judicial –, ou seja, uma “garantia do processo”, tais provimentos cautelares rapidamente revelaram-se verdadeiras antecipações dos efeitos jurídicos da tutela pretendida: “antecipações do mérito⁶”.

⁴ Sobre o tema: SILVA, Ovídio Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979; Cf. também: MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Medidas cautelares inominadas”. Revista Brasileira de Direito Processual. Nº 57. Rio de Janeiro: Editora Forense, janeiro-março de 1988, pp. 33-90.

⁵ Por todos: CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádua: CEDAM, 1936, pp. 47 e ss.

⁶ O tema, entretanto, perdeu relevância a partir de 1994, ocasião em que o reformado art. 273 do CPC passou a abrigar o instituto da tutela antecipada cujo telos é o de verdadeiramente antecipar os efeitos da tutela jurídica pretendida – muito embora o requisito da reversibilidade do provimento jurisdicional ainda se faça presente.

Evidente que não demorou para que o Poder Público se revelasse como o alvo privilegiado da aplicação de tais medidas, que, além de *satisfativas*, eram, no mais das vezes, *irreversíveis*. Medidas que, é bem de ver, prestavam-se à função, sobretudo, de contornar as limitações que a doutrina, legislação e jurisprudência construíram acerca da liminar em mandado de segurança⁷.

Consciente desse meio de ação, a União envidou esforços no sentido de aprovar, no Congresso Nacional, projeto de lei que deu azo à Lei 8.437/92, que, basicamente, estende para as cautelares inominadas as mesmas restrições que a antiga Lei do Mandado de Segurança (Lei 4.348/64) impunha ao procedimento e julgamento do *mandamus*. Tal extensão se mostra patente tão logo no art. 1º da Lei 8.437/92: “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

Entretanto, até então, apenas um aspecto do problema tinha sido enfrentado. Havia outros. É que, em soma a isso, as cautelares inominadas se prestavam a um uso não menos questionável: era comum que, com vistas a contornar as prerrogativas de função constitucionalmente estabelecidas para certas autoridades, órgãos despersonalizados e entidades públicas, o jurisdicionado pleiteasse a “cautelar inominada”, no curso de ação ordinária em tramitação na primeira instância, quando o correto seria impetrar o mandado de segurança de competência originária (dos tribunais, a depender da autoridade coatora). Com vistas a cobrir esse flanco é que o §1º do art. 1º da mesma Lei 8.437/92 estabeleceu: “não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal”.

Não poderia ser diferente. Ora, uma cautelar inominada em primeiro grau de jurisdição que impugna os efeitos jurídicos irradiados por ente público que goza de foro próprio nada mais faz que nivelar normativamente uma regra de competência constitucionalmente inscrita. Quem percebeu as consequências de tal subterfúgio processual, com clareza analítica única (e, note-se, já em 1987), foi Galeno Lacerda, que vaticinou:

⁷ Percucientes comentários em: BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança: comentários às Leis nº 1.553/51, 4.348/64 e 5.021/66. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

“Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativa de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa e sim o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigirão diretamente contra a autoridade. (...) *Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelas suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional*⁸.”

Muito embora a Lei 8.437/92 tenha impossibilitado juridicamente que as cautelares inominadas contornassem as restrições à liminar em sede de mandado de segurança, os provimentos antecipatórios em desfavor do Poder Público vieram novamente à baila com a nova redação conferida ao art. 273 do CPC, que inseriu o instituto da antecipação de tutela.

Por ser instituto diverso da cautelar, multiplicaram-se as tutelas antecipadas – muitas vezes *inaudita altera parte* – em face do Poder Público, ao argumento (de cunho advocatício) de que a referida vedação legal, acima comentada, não abrangeria a tutela antecipada. Com o expresso intuito sistemático, a Lei 9.494/97 eliminou tal aporia, ao estabelecer que se aplica à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC o disposto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.437/1992. E foi assim que, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, inaugurou-se “um regime de contracautela, tratado por regras uniformes, aplicáveis igualmente aos processos das suspensões de segurança, de liminar e de tutela antecipada”⁹.

Dessarte, sob a luz do §1º do art. 1º da Lei 8.437/92, não pode uma tutela antecipada em ação ordinária de primeira instância usurpar competência originária de tribunal para processar e julgar mandado de segurança nos casos estabelecidos pela Constituição. A despeito da clareza de tais dispositivos, é assaz

⁸ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 188.

⁹ Supremo Tribunal Federal: Pet 4524/TO, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j. 13/04/2009.

comum observar órgãos jurisdicionais de primeira instância prolatando decisões que retiram a eficácia de atos próprios às atividades-fim dos Tribunais de Contas (ao arrepio das normas de competência).

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atesta que nem mesmo o Tribunal de Contas da União fica imune a esse estado de coisas. Um exemplo bem o demonstra. Em vários processos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), no âmbito do STF¹⁰, é possível observar juízos monocráticos desconsiderarem a competência que a Constituição assegura ao TCU para proceder ao cálculo das quotas do FPE e do FPM (art. 161, parágrafo único, CF/88¹¹); assim o fazem quando reestimam o número de habitantes de um município (tarefa afeta ao IBGE), para assim reenquadrar o município em um determinado fator – o que traz implicações financeiras consideráveis, dada a mudança que isso operará no *quantum* da participação. Ora, se o município ou Estado-membro acredita que a decisão normativa do TCU, que calcula as quotas, encontra-se eivada de erro *in judicando*, que se maneje o competente recurso no âmbito do TCU; se acredita que configura caso de erro *in procedendo* com violação de direitos fundamentais, que seja impetrado, se cabível, mandado de segurança no STF (CF, art. 102, II, “d”). O que não se pode conceber é que, contornando (e desconsiderando) o sistema constitucional de competências, ingresse-se com ações ordinárias em primeira instância e, pior ainda, que tais juízos monocráticos não se declarem incompetentes para processar e julgar o feito. Em tais hipóteses, assim se pronuncia o STF:

“No caso concreto, vê-se que a ação foi manejada em face da União, porém de forma a afetar o ato de autoridade do TCU, o que faz incidir a norma proibitiva inserta no §1º do art. 1º da Lei 8.437/92 (...). A competência para a análise de mandado de segurança impetrado em face de ato emanado do TCU é do Supremo Tribunal Federal, consoante disposto no art. 102, I, “d”, da Constituição Federal, de sorte a aparentar descabida a providência tomada pelo Juízo monocrático¹².”

¹⁰ Supremo Tribunal Federal: SL 461/DF, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 20/12/2010; STA 226/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/07/2008; STA 144/AL, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.09.2007.

¹¹ Para um maior detalhamento de como ocorre tal procedimento, Cf. JACOBY, Jorge Ulisses. Tribunal de Contas do Brasil. 5ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 673-672.

¹² Supremo Tribunal Federal: STA 213, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/06/2008.

Como se vê, percebe-se que a jurisprudência tende a conceber as heterodoxas práticas que aqui foram abordadas como *uma mera violação de normas de competência*. Tratar-se-ia, apenas, de uma decisão judicial que, a rigor, deveria ter sido prolatada por um outro órgão judicial de hierarquia superior. Nada, portanto, que o manejo de uma Reclamação não o resolva. Nesses termos, não é somente o problema que se anuncia como grave: a solução que a jurisprudência reserva ao problema, quando o minimiza, também o é.

Esse estado de coisas torna tentador lançar hipótese no sentido de que a postura jurisprudencial que reduz as práticas aqui narradas a uma mera violação de competência assim o faz porque encampa – consciente ou inconscientemente, não importa – um enfoque estritamente *formal* do fenômeno jurídico, muito caro ao assim chamado paradigma constitucional do Estado Liberal¹³. Daí se preferir analisar a forma (competência) ao mérito (juízo sobre tais expedientes).

Sem embargo da promissora fertilidade de tal cogitação, o esforço necessário para confirmá-la extrapola inequivocamente os limites deste artigo. De qualquer sorte, pode-se seguir caminho mais modesto e, por isso, factível. Levando-se em consideração que o estrito formalismo que informou a ciência do direito no século XIX (paradigma do Estado Liberal) perdeu seu primado descritivo – dada a emergência de paradigmas constitucionais que consubstanciam visões de mundo concorrentes¹⁴ – parece louvável analisar tais “abusos de competência” (acima narrados) partindo-se do pressuposto básico – e indisputado – que o direito tem

¹³ Sobre os paradigmas constitucionais, Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 123-190 (Capítulo IX); CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. *Notícia do Direito Brasileiro*. Nº 6. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2º semestre de 1998, pp. 233-250.

¹⁴ É tentador, e corriqueiro na produção bibliográfica brasileira, que os paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito sejam postos em linha de sucessão cronológica e linear. Não é o caso. Essas visões de mundo concorrem, orientam posicionamentos comunicativos; a questão é de primazia e de adequação. O paradigma constitucional do Estado Social emerge quando o abstenção inerente ao liberalismo perdeu seu potencial explicativo. O que não quer dizer que não seja possível identificar posicionamentos tipicamente liberais na doutrina e na jurisprudência. O Estado Democrático de Direito, por exemplo, subsume (aufheben) os paradigmas constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social; isso, em Habermas, importa não em um sepultamento, mas sim em uma amarração paradoxal entre primado do privado (Estado Liberal) e primado do público (Estado Social). Assim, antes de excludentes, os paradigmas “passados” são havidos como complementares ou, na dicção de Habermas, equiprimordiais. Cf. HABERMAS, Jürgen. “O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: *A era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 153-174. Na seara nacional, temos raro exemplo de consciência que o Estado Democrático de Direito traz consigo não uma “paz de cemitério”, mas sim novos desafios, em: CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 151: “Forma e matéria não podem ser enfocados como em uma relação de contradição. Se são dimensões distintas e mesmo contrárias, elas não são contraditórias entre si, mas complementares, co-originares e equiprimordiais”.

outras possibilidades para além da análise formal¹⁵.

2. Para além da forma: programações finalísticas e direito positivo

No início, era a forma. Com as revoluções liberais, na passagem do século XVIII para o XIX, a soberania passa a se concentrar, de modo incontestável, no Estado, que começou a deter de forma monopolística a produção da violência legítima¹⁶. O ineditismo dessa organização do poder político trouxe consequências – não menos singulares – para a vigência do direito. Ineditamente, a modernidade, pela mão da Revolução Francesa, traz a ideia de “lei” enquanto comando soberano de uma única autoridade, o Estado-nação. E pode-se afirmar que essa apoteose da “lei” pode ser vista como a “realização do próprio projeto da Revolução, que consistiu na afirmação de uma só vontade, representativa da nação inteira, no lugar das muitas vontades que antes caracterizavam as realidades políticas territoriais¹⁷”.

A partir de então, assistiu-se ao surgimento de uma série de “identidades simples” – na dicção de um dos mais destacados críticos do paradigma do Estado Liberal¹⁸ –, tais como lei e direito, lei e razão, lei e Nação. A “lei” pode representar a “Nação” como um todo precisamente por consistir em “uma regra geral, quer dizer, uma prescrição que não visa um caso particular e atual, nem pessoas determinadas, mas que é promulgada para se aplicar a todos os casos e a todas as pessoas¹⁹”. Emerge, conseqüentemente, a noção de “reino da lei” (*règne de la loi*), que expressa o surgimento de uma vontade geral, una e indivisível: a vontade do povo, tida como geral (*volonté générale*)²⁰. Já que a vontade geral não pode errar, o seu produto direto, a lei, encarnada em regras gerais e abstratas, só podia

15 O mesmo procedimento metodológico foi adotado em: DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. “Função social da propriedade e livre iniciativa. Uma análise da proibição de cobrança do uso do estacionamento pelos shopping centers”. Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 27. Fortaleza: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, julho-dezembro de 2007, pp. 247-266.

16 WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva II. Trad. Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Ed. Universidade Brasília, 1999, pp. 525-526.

17 FIORAVANTI, Maurizio. “Stato e costituzione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto. 2ª ed. Bari: Laterza, 2003, p. 15.

18 SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad (1932). Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971, pp. 27-29.

19 CARRÉ DE MALBERG, Raymond. La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 4.

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 2001, pp. 110, 125.

ser vista como a efetivação, por si só, da liberdade como a tradução palpável da ideia de justiça²¹. Daí que, na lógica do Estado Liberal, se realmente se quer que o arbítrio ceda lugar à “lei”, que é a expressão fiel do racional, então somente normas gerais e abstratas poderiam mediar a relação Estado-indivíduo; tudo o mais que se coloca como obstáculo entre estes dois pólos constituía uma ameaça à liberdade, e deveria, por isso, ser removido²². A conclusão não é outra: quanto menos leis, mais liberdade.

De se perceber, por isso, que a fé na “lei” tem como pano de fundo não somente “identidades simples” de fundo teórico, mas, sim, um concreto individualismo exacerbado que espera do Estado um papel absentéista. Daí ter afirmado Bobbio que, “nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de *tutelar* (ou *garantir*”²³). E, para garantir, o Estado faz uso das *sanções negativas*, aquela que estabelece um castigo que funciona como retribuição a uma ação má²⁴. Quanto menos Estado, mais liberdade; por isso o Estado faz apenas o indispensável: organiza o aparato institucionalizado da coação²⁵.

Ocorre que esse absentéismo estatal gerou uma profunda exploração do homem pelo próprio homem; e a crença de que o mínimo de Estado bastaria para que os sujeitos de direito exercessem a sua liberdade, atributo de sujeitos racionais, viu mudar a seta valorativa que superestimava a sociedade em detrimento do Estado²⁶: agora, em posição antípoda, ao Estado (sociedade política) são canalizadas as expectativas não processadas pela sociedade civil e, tal como o faz o homem ao se dirigir à divina Providência, é junto ao Estado que

21 Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: ou Princípios do Direito Político*. Trad. Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 52-54 e 74-75 (livro II, capítulos III e XII).

22 Nesse sentido, em 14 de junho de 1791 foi publicado o decreto de supressão das corporações, que afirmava: “Il n’y a plus de corporations dans l’État; il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu et l’intérêt générale. Il n’est permis à personne d’inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les sépare de la chose publique par un esprit de corporation.”. ROSANVALLON, Pierre. “Corporations et corps intermédiaires”. In: AA.VV. 1789: La Commémoration. Paris: Gallimard, 1999, p. 228.

23 BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito” (1969). In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 13.

24 BOBBIO, Norberto. “As sanções positivas” (1971). In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 24.

BOBBIO, Norberto. “As sanções positivas” (1971). In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 24.

25 BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito” (1971). In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 64.

26 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

se busca proteção frente à natureza impiedosa²⁷.

Movido pela “tônica da compensação”, inaugura-se um novo paradigma constitucional. Compensação que, na análise de Niklas Luhmann, tem por pressuposto uma “concepção expansiva de política²⁸”, que propugna uma superação da orientação minimalista do Estado Liberal, requerendo que o Estado “programático” passe a intervir cada vez mais no terreno que antes era reservado à “sociedade civil”. Esse novo paradigma de Estado que, em suas diversas matizes e realizações históricas, descreve-se invariavelmente como “Estado Social”, adota o princípio da compensação, que o faz assumir o papel de verdadeira “instância organizadora da sociedade”, uma vez que interpreta que todas as necessidades dos indivíduos são de sua responsabilidade. O resultado é previsível: o princípio da compensação leva a uma competência universal do e para o Estado²⁹. Tudo passa a ser tematizado como político³⁰, uma vez que o sistema social da política começa a assumir a pretensão de ser a instância regulatória da sociedade³¹.

O direito não passa imune a tais câmbios. Pretere-se a forma em nome do conteúdo, das finalidades, dos objetivos do Estado. O direito tem missões, papel ativo; relega-se aquela função de garantia, de freio contrafático, para segundo plano. Norberto Bobbio, com grande sensibilidade, consegue perceber a mudança; para ele, os juristas tradicionais – ou seja, aqueles que ao tempo ainda se mostravam arraigados à visão de mundo do Estado Liberal – “se preocupam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’³²; ou seja: se preocupam mais em analisar a estrutura do que em compreender a função. Bobbio sustenta, entretanto, que um novo modelo está em ascensão; um modelo em que a função, a finalidade do direito se sobrepõe a preocupações de corte estrutural, formal. O que provavelmente tem como causa a “enorme importância que a atividade econômica dirigida pelo Estado assumiu nas

27 ROSANVALLON, Pierre. A crise do Estado-Providência. Trad. Joel Pimentel. Goiânia; Brasília: Editora UFG, Editora UnB, 1997.

28 LUHMANN, Niklas. Teoría Política en el Estado de Bienestar. Ed. de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad: 1997, p. 148.

29 LUHMANN, Niklas. Teoría Política en el Estado de Bienestar, p. 148.

30 LUHMANN, Niklas. Teoría Política en el Estado de Bienestar, p. 65.

31 LUHMANN, Niklas. Teoría Política en el Estado de Bienestar, p. 156.

32 BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito” (1971). In: Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito, p. 53.

sociedades em processo de industrialização”³³. O direito funcional não enceta apenas obrigações de não-fazer; ele agora é *promocional* e contribui com a atividade estatal de direção da atividade econômica, somando esforços para “a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático”³⁴.

Para os objetivos deste trabalho, carece de interesse tematizar os problemas envoltos nesse modo de se descrever a relação entre direito e política, bem como perquirir como essa visão de mundo foi “superada” pelo Estado Democrático de Direito. O que interessa é perceber que, desde então, com a expansividade do sistema da política, que caracteriza o Estado Social, o direito positivo passou a trazer consigo – e mantém até hoje – *programações teleológicas ou finalísticas* ao lado das conhecidas *programações condicionais*.

Em apertada síntese, com o advento da positividade do direito, as regras de conduta se evidenciam por meio de uma *programação condicional*; estruturada como uma relação de *se/então*, a condicional reza que, ocorrida uma hipótese, tem-se uma determinada conseqüência³⁵. Nisso, guardam consonância, essas programações normativas, com uma noção mais rígida de separação dos poderes; o direito é *criado* em um parlamento e *aplicado* pelo Judiciário nas condições positivadas por aquele. A programação condicional, posta nesses termos, limita o poder dos juízes.

Ocorre que, com o incremento de complexidade da sociedade moderna e com o advento do Estado Social, o direito passou a abrigar normas que se pautam pela *programação teleológica* (ou *finalística*). Esse novo tipo de prescrição normativa se resume a traçar um objetivo a ser perseguido pelo aplicador do direito:

“Normas desta espécie dirigem a aplicação do direito em proporções muito menores do que os tradicionais programas condicionais. Examinando-se mais de perto, resta, muitas vezes, apenas um aparente direcionamento por parte da lei, que exige dos destinatários da norma que ajam em direção ao objetivo, mas que coloca a seu critério a decisão sobre o tipo de ação”³⁶.

33 BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito” (1971). In: Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito, p. 65.

34 BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito” (1971). In: Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito, p. 71.

35 LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 28.

36 GRIMM, Dieter. Constituição e política. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 19.

O advento das programações teleológicas se faz sentir nos mais diversos recônditos do ordenamento jurídico; entretanto, a despeito das variações quanto às ocorrências e à profundidade, a programação teleológica não pode ser reduzida simplesmente a uma instrumentalização do direito em favor da política; melhor que isso, pode ser compreendida, também, como *uma fórmula de reação aos abusos da forma jurídica*. O exemplo do “abuso de direito” (*abus de droit*) bem o denota.

Relata Georges Ripert que, já em 1857, a jurisprudência da Corte de Cassação (francesa) reage a certos usos nocivos do direito de propriedade. Sintomaticamente, originário de conflitos afetos ao direito de vizinhança, o abuso de direito surge nas vestes de um “constrangimento judiciário”. Ora, a pedra angular de todo o direito do Código de Napoleão consiste no dogma da autonomia da vontade e na proteção à propriedade privada³⁷. Como limitá-los sem por em pane o próprio sistema? As justificativas da Corte de Cassação são interessantes: “devem-se prevenir e reprimir todos os atos praticados por ódio e por maldade e sem utilidade para quem os pratica”. Ato contínuo tem-se a valorização da “finalidade da ação”: “o fim prejudicial será revelado pela inutilidade voluntária do ato”. Logo, será configurado como abusivo do direito de propriedade aqueles atos que, na forma, configuram exercício do direito de propriedade, mas cuja finalidade busca algo além da forma aparente³⁸.

Mas se o exercício do direito é abusivo, se a finalidade do ato não é a esperada, segue, inevitavelmente, a pergunta: qual é o parâmetro de aferição? O próprio direito parece não ser, já que o abuso é do direito. Assim, necessário se faz um critério externo. Na resposta a essa pergunta, é que se vê o peso que o pano de fundo fornecido pelo paradigma do Estado Social exerce para o delineamento do instituto. Desse modo, definindo as razões que justificam a teoria do “abuso de direito”, assim vaticina Ripert:

“Trata-se, com efeito, de desarmar o titular dum direito, e, por

37 VAN CAENEGEM, Raoul C. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª Ed. Trad. Carlos Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 10-14. Para uma análise exauriente sobre o tema: ARNAUD, André-Jean. Les origines doctrinales du Code Civil français. Paris: LGDJ, 1969.

38 RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis (3ª Ed. de 1929). Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 180.

consequente, tratar de maneira diferente direitos objetivamente iguais pronunciando uma espécie de decadência contra o que é exercido imoralmente. *Não se trata dum simples problema de responsabilidade civil, mas duma questão geral de moralidade no exercício dos direitos*".³⁹ (ênfatisou-se)

Não por outro motivo é que a bibliografia produzida a propósito do abuso de direito (datada entre 1900-1930) demonstra, provavelmente, o mais definitivo dos contrapontos ao formalismo jurídico típico do Estado Liberal⁴⁰. O abuso de direito, o exercício nocivo para além da forma, tem como critério de aferição a moralidade, um conjunto de regras difusas, cuja diferenciação do direito consiste em um dos pontos nodais do positivismo jurídico, tão cuidadosamente cultivado pelo paradigma do Estado Liberal. Tudo isso para exemplificar que as *programações teleológicas* vão muito além de inserções formais de normas de tessitura aberta (cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados) no direito positivo⁴¹: configuram um modo de abordar o fenômeno jurídico. E com o direito público não ocorreu diferente; ver-se-á a seguir.

3. Desvio de finalidade: limitando competências publicísticas.

Se no início era a forma, o surgimento posterior de considerações concernentes à finalidade, função ou matéria – em nítido contraponto – não implica em refutação linear de tudo o que anteriormente existia no cenário constitucional, tal como a formalidade jurídica. Na verdade, o despontar de um outro paradigma constitucional provoca redimensionamentos, redefinições, reescritas, mas não negações absolutas⁴².

Tome-se o exemplo do princípio da função social da propriedade, expressamente consagrado nas Constituições do México (1917) e na Constituição

³⁹ RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis, p. 168.

⁴⁰ Para uma introdução acessível em língua portuguesa sobre o tema: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do Direito. Coimbra: Almedina, 2005 (reimpressão da edição original de 1973). Sobre o assunto, a literatura jurídica francesa é abundante, entretanto pode-se afirmar, sem injustiça, que as mais originais formulações sobre o tema – a par das exaradas por Georges Ripert – foram declinadas por: Louis. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 1927.

⁴¹ Muito embora o início do uso legislativo de tais técnicas se insira, temporalmente, no marco do Estado Social: KRELL, Andreas J. "A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil". Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica Vol. 1, nº 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, pp. 45-49, principalmente.

⁴² Mesmo porque, com Hegel, a negação sempre pressupõe uma anterior afirmação do que se nega.

de Weimar (1919); sua positivação constitucional não implicou na abolição do direito de propriedade, mas, sim, em um novo conceito de propriedade⁴³. É que a separação de poderes, os direitos fundamentais, as instituições da propriedade e do contrato, são típicos casos de aquisições evolutivas, estruturas que, uma vez selecionadas, são incorporadas com tons de definitividade, dada a sua aptidão para fazer frente à complexidade social⁴⁴. A positividade do direito e a demarcação normativo-objetiva de competências – esta uma das principais decorrências daquela – não destoam disso; foram mantidas, mas sob a condição da contextualização, e, por isso, o Estado Social lhes exigiu uma *funcionalização*.

Conforme já asseverado, o advento do princípio da legalidade, consectário do *régne de la loi*, resulta na conformação de um plexo de competências do qual participam – cada um em sua respectiva medida – os três poderes, órgãos e entidades públicas. A esses controles horizontais podem ainda se somar, no caso de determinado Estado adotar o federalismo, controles verticais. Assim, seguindo os conselhos de Montesquieu, o Estado constitucional – já desde o paradigma do Estado Liberal – compartilha da premissa de que a concentração de poderes precede a tirania⁴⁵, de modo que “se está distribuído e exercido conjuntamente, o poder está, ao mesmo tempo, limitado e controlado”⁴⁶.

Nessa separação de funções, há uma divisão de tarefas que fez fortuna no Ocidente⁴⁷. Levando-se em consideração que, nos cânones do Estado Liberal, a “lei” é um espelho da razão, um produto de vontade geral que não erra, o Poder Legislativo, entre os demais, acaba por assumir uma posição de certa proeminência institucional⁴⁸, afinal, é lá que o povo – de onde deriva todo o

43 Para a República de Weimar, incluindo primoroso levantamento da jurisprudência do Reichsgericht alemão, Cf. CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 156-160.

44 LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 6ª ed. Milano: Franco Angeli, 1994, pp. 222-223. É importante perceber o quanto o conceito de aquisição evolutiva é relacional, comparativo: “sobre o plano teórico, isso significa que podemos esperar o desenvolvimento de aquisições evolutivas somente no contexto de problemas estruturais derivados – e não simplesmente do ponto de vista de possibilidades melhores de acordo ou de reduções melhores da complexidade de modo absoluto.” (p. 226).

45 MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de [Charles-Louis de Secondat]. *Do Espírito das Leis*. Vol. I (1748). São Paulo: Nova Cultural, 1997, Livro XI, Capítulo 6.

46 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (1959). 2ª ed. Trad. Alfredo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 232.

47 Aqui tratada em linhas gerais, atendo-se, apenas, às justificações doutrinárias do tempo. De certo que a prática institucional de cada país vivenciou de modo diverso o conceito de Estado de Direito, consoante exposto por: ROSENFELD, Michel. “The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy”. *Southern California Law Review*. Vol. 74, Nº 5. Los Angeles: Gould School of Law, julho de 2001, p. 1324.

48 CHEVALIER, Jacques. *L'État de droit*. 2ª Ed. Paris: Montchrestien, 1994, p. 30.

poder – se reúne, dando forma àquilo que é bom para todos. Como o povo consiste em uma “ausência”, algo ou alguém tem que o presentificar⁴⁹: para tais pessoas reservou-se o título de *representantes*⁵⁰. Por exclusão, todos os outros cidadãos que ocupavam função pública (Executivo ou Judiciário) não *representam* a soberania popular, mas, sim, agem em nome dela e da lei: são *agentes*⁵¹. Cria-se, com isso, uma vinculação que inaugura a legalidade administrativa e dá gênese ao princípio da competência⁵²:

Este mecanismo essencial coloca os outros poderes na posição de vinculados à Lei e como executores de seus mandatos abstratos, que estes particularizam, seja em sede processual, quando se suscita qualquer litígio entre partes, seja em sede política ou administrativa, quando o Executivo administra os interesses gerais. É essa situação de executores da Lei – enquanto decisão previamente estabelecida – que dá aos titulares que exercem as funções do Poder Executivo ou do Poder Judiciário o caráter de simples ‘agentes’ a Lei. Não podem ordenar o que a Lei não manda, não podem proibir aquilo que a Lei não proibiu; são executores daquilo que já foi ordenado antecipadamente por ela⁵³.

Em um contexto predominantemente liberal, essa distinção entre poderes assumiu matizes de radicalidade. E isso não só no que toca à distinção legislação/execução, mas também no que se refere à diferença administração/jurisdição, como exemplifica a Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, que declarou, em seu art. 13, que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas”⁵⁴; prometia, ademais, tratar

49 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (1928). Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 209; em sugestiva passagem pela qual fica caracterizado que na representação, opera-se uma atualização de “um ser imperceptível mediante um ser de presença pública”.

50 PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 144: “Representação significa tornar presente algo que, todavia, não está literalmente presente”.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 109.

52 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 163.

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 52-53.

54 MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. “Giustizia e amministrazione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003, p. 76.

como caso de prevaricação a hipótese de um juiz citar um funcionário público – competência do contencioso administrativo.

O Estado, sob tal prisma, é representado como um “grande mecanismo”, com funções apartadas, delineadas em círculo de atribuições que transforma o governo dos homens em governo das leis⁵⁵, porquanto “o poder não deriva da pessoa, mas sim da instituição ou do cargo para cuja execução se designa uma ou várias pessoas”⁵⁶.

Mas toda época histórica traz consigo o germen de sua própria superação. O incremento de complexidade de uma sociedade europeia em processo de industrialização exorta a Administração Pública a se fazer presente em questões jurídicas de impacto social, como aquelas de índole trabalhista, previdenciária, polícia administrativa em geral, entre vários outros âmbitos em que os exageros do absentéismo regulatório já se faziam sentir⁵⁷ e que geravam as pré-condições da aparição de um certo fantasma que estava a rondar a Europa – para lembrar a célebre abertura do Manifesto. Daí, a partir da década de 1870, o dilema reforma ou revolução se instaurou; e o Estado Social, mediante o intervencionismo que lhe caracterizava, não deixava de ser uma escolha pela primeira opção⁵⁸.

Eis o ponto. Talvez pelo fato de as administrações não serem compostas por anjos, mas, sim, por homens, o acréscimo de intervenção estatal, requerido pela tônica da compensação que caracterizou o Estado Social, intensifica, em igual proporção, os conflitos entre os agentes públicos – que, conquanto unidos pela “lei”, são seres humanos falíveis – e os particulares. É que, em tal marco, o sistema político tende a utilizar o direito como um *medium* para a consecução de seus objetivos. A política instrumentaliza o direito, e disso resulta o descumprimento do direito pelo próprio direito. Mesmo porque a experiência demonstrou que regras gerais e abstratas impressas no papel não garantem nada. Uma norma jurídica nunca domina as condições de sua própria aplicação: há sempre alguém que, anteriormente, decide acerca da aplicação da regra⁵⁹.

55 SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 169.

56 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución (1959), p. 234.

57 VAN CAENEGEM, Roul C. Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 293-298.

58 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor, p. 39.

59 SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2ª ed.). In: Le categorie del “politico”. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, p. 59.

E essa decisão acerca da aplicação pode incidir em medidas que exorbitam a competência do órgão prolator. Pode resultar também em uma incompetência mais sutil: por meio de uma tomada de decisão que se insere entre as prerrogativas de determinado agente, almejam-se *finalidades* não contempladas na proposição jurídica autorizativa. E em tal momento, a *funcionalização* do direito mostra a sua dupla face. Por um lado, o constitucionalismo social doou ao direito público uma série de técnicas limitadoras da autonomia privada; mas as exigências funcionais quanto ao uso do direito também operavam no contrafluxo: começou a se exigir que o exercício do poder se orientasse por uma “finalidade socialmente adequada”, para além de uma atuação com fim em si mesmo⁶⁰.

É desse contexto que emerge a noção de que, quando determinado ato de agente público, conquanto investido pelo poder estatal, atinge um fim que não aquele previsto pela regra habilitante, tem-se um *desvio de finalidade* (*détournement de pouvoir*). Na lapidar definição de Jean Waline:

“A administração, à diferença do particular que escolhe livremente os objetivos de seus atos, se vê obrigada ao fim que sua ação deve perseguir. (...) O desvio de finalidade é o vício que mancha um ato pelo qual a administração, ignorando tais regras, persegue um objetivo diferente àquele que o direito lhe assinala, desviando (*détournant*) de seu fim legal, com isso, o poder que lhe foi confiado”⁶¹.

Tais palavras, que com autoridade especificam o traço constitutivo do *desvio de finalidade*, não devem olvidar o fato de que o instituto que aqui se comenta não advém de uma criação brilhante de um professor francês, mas, sim, da prática administrativa do último quarto do século XIX. Originou-se da necessidade de contenção de abusos que os agentes públicos acabavam por cometer quando da implementação de políticas públicas informadas por aquele traço de urgência inerente às compensações – mormente compensações relacionadas a sérias

⁶⁰ O que não deixa de ser uma reatualização de um dilema mais antigo, o do Estado de Direito: se, por um lado, o monopólio da produção do direito pelo Estado aumenta as possibilidades do poder, por outro lado o exercício do poder é condicionado pelo direito. Cf. LUHMANN, Niklas. “Two sides of the State Founded on Law”. In: Political Theory in the Welfare State. Trad. John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990, p. 194.

⁶¹ WALINE, Jean. Droit Administratif. 23ª Ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 627.

iniquidades sociais resultantes, exatamente, da ausência de políticas públicas. Tal pode ser visto de modo claro já no aresto que é considerado – pela mais autorizada das coletâneas de jurisprudência administrativa francesa – como o mais representativo da espécie, o caso *Pariset* (CE, 26.11.1875, *PARISET*, Recueil 934).

Em 1872, a França, por meio de lei, instituiu o monopólio da industrialização do fósforo. Conseqüentemente, Ministro da Fazenda (*Ministre des Finances*) daquele país decretou a desapropriação das indústrias francesas do ramo. Como a França já vivenciava, há quase um século, o Estado de Direito, uma indenização era devida a quem se viu afetado pela expropriação de seu patrimônio. E isso a lei que instituiu o monopólio assegurava, observado o seguinte requisito: a percepção de uma indenização depende da “existência jurídica da indústria”.

Existir juridicamente, em tais termos, implica não possuir pendência alguma quanto às suas respectivas licenças de funcionamento quando da data em que a referida lei entrou em vigor. O ato normativo previu, também, que as indústrias do segmento em questão que estavam a funcionar com autorizações a termo certo não teriam sua licença renovada. A conclusão é lógica: não havendo renovação da licença para funcionamento, não se poderia falar que a referida indústria teria a “existência jurídica inequívoca” rogada pela lei expropriatória. E, por isso, em casos tais não surgiria, em favor do particular, um direito subjetivo à indenização, mas o Ministro da Fazenda poderia oferecer uma “indenização a título gracioso” – o que, consoante se pode suspeitar, implicava em valores bem abaixo do valor real da indústria desapropriada.

Em continuidade à implementação da política monopolística do fósforo, o mesmo Ministro expede circular aos prefeitos, ordenando que tais autoridades locais pleiteiem, no Judiciário, o fechamento das indústrias cujas licenças de funcionamento já tenham expirado, mediante a utilização das prerrogativas conferidas pelas leis que regulam as atividades perigosas, insalubres ou incômodas⁶².

Ora, em um país como a França da época, no qual se negava veementemente a possibilidade de o Judiciário proceder ao controle de constitucionalidade das

62 LONG, Marceau. WEIL, Prosper, et alli. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 17^e Ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 27.

leis emanadas da Assembleia Nacional⁶³, é de se suspeitar – considerando a adoção do princípio da soberania do Parlamento inerente ao direito público francês – que a sorte dos industriais do ramo do fósforo já estava lançada desde a publicação da lei que instituiu o monopólio do setor⁶⁴. A querela – até então – somente poderia ser resolvida no terreno da *forma*. Entretanto, já que a Assembleia Nacional tem competência para desapropriar, e a “vontade geral” assim o quisera, nada mais há de se fazer.

Eis que, por meio de um saque que bem serve de aula para qualquer advogado, o Sr. Pariset, proprietário de uma fábrica de fósforos atingido pelo novel monopólio, mostrou que o modo mediante o qual se delimita a *causa petendi* pode ser decisiva para a sorte de um litígio judicial: Pariset não questionou a lei promulgada pela Assembleia que estatuiu o monopólio, mas, sim, o decreto do Prefeito de sua municipalidade, que declarou que sua fábrica “não mais possuía existência legal” (em vista da negativa estatal em conceder a renovação da licença)⁶⁵. O Conselho de Estado acolheu o pedido e, com isso, foi jurisprudencialmente criada mais uma hipótese de cabimento do recurso por excesso de poder: o desvio de finalidade. No “considerando” conclusivo do aresto, foi ilustrada a *ratio decidendi* do instituto:

Cons. (...); que ele se utilizou dos poderes de polícia que lhe competem sobre estabelecimentos perigosos, inconvenientes ou insalubres para um objeto diferente daquele em razão do qual [tais poderes] lhes foram conferidos (...).

63 Para uma autorizada síntese sobre a questão: EISENMANN, Charles. “Le contrôle juridictionnel des lois en France”. In: *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d’idées politiques*. (Edição de Charles Leben). Paris: Editions Panthéon-Assas, 2002, pp. 525-541.

64 Nesse diapasão se coloca a réplica desconcertante de Carré de Malberg a Hans Kelsen por ocasião da (histórica) Sessão de outubro de 1928 do Institut International de Droit Public, no qual o mestre de Viena expôs ao público francês os traços do controle concentrado de constitucionalidade austríaco (para o qual Kelsen desempenhou papel ativo). Carré de Malberg apontou a impossibilidade, no âmbito francês, de se proceder a qualquer espécie de exame de constitucionalidade formal por parte do Judiciário; o Executivo já desenvolvia essa função. Por isso, indagou criticamente: “Acaso a promulgação não tem o objetivo preciso e único de atestar a perfeição formal da lei, autenticando seu texto?” E após arremata as parcas possibilidades do Judiciário francês quanto à questão: “Se um tribunal, por ocasião de uma controvérsia, considerar que a promulgação de uma lei se deveu a erro, a autoridade judicante tem a possibilidade de provocar, por intermédio do ministério público, que informará o ministro da Justiça, um novo exame da existência da lei pelo governo”. CARRÉ DE MALBERG, Raymond. “A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais” (Trad. Maria Galvão). In: KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 195-196.

65 LONG, Marceau. WEILL, Prosper, et alii. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 27.

*[Cons. (...); qu'il a ainsi usé des pouvoirs de police qui lui appartenient sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres pour un objet autre que celui à raison desquels ils lui étaient conférés (...)].*⁶⁶

O engenho da construção avaliza o destaque que a doutrina reserva ao instituto jurisprudencial do *desvio de finalidade*. Aqui, o uso da *forma* do direito é submetido à sua *função*. Por mais jurídico que seja o uso de uma competência deferida a um agente público, tal nunca há de configurar um cheque em branco, porquanto “o administrador tem a sua competência circunscrita ao que as normas determinam, de modo que a faculdade que elas lhe confere está necessariamente restringida e orientada ao cumprimento da própria finalidade do sistema normativo”⁶⁷. Não se pode admitir que poder meio do uso de uma competência afeta a regulação de atividades perigosas e insalubres se persiga objetivos almejados pela lei de monopólio do fósforo – muito embora essa segunda finalidade seja igualmente condizente com o interesse público⁶⁸.

Assim, foi com destreza que o Conselho de Estado não negou a competência do Prefeito para baixar atos de polícia administrativa; o que aquele órgão judicante não aceitou foi que a ação administrativa em tela se igualasse às antigas práticas do Antigo Regime, tempo em que, genérica e vagamente, o poder de polícia tinha como função “permitir o crescimento, a acumulação e a maximização de tudo o que fortalecia o Estado”⁶⁹. Disso se infere, pelo cotejo diacrônico dos tempos históricos, que o Conselho de Estado – conscientemente ou não – *demarca mais uma diferença com o direito público do Antigo Regime no momento em que não aceita o uso genérico e incondicionado das competências de direito público*.

De se notar que a argumentação acima deduzida é em tudo semelhante

⁶⁶ LONG, Marceau. WEIL, Prosper, et alli. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 27.

⁶⁷ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III: El Acto Administrativo. 6º ed. Belo Horizonte, Buenos Aires: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IX-24.

⁶⁸ E essa parece ser a razão que faz a doutrina francesa escolher o caso Pariset como o representativo da teoria do desvio de finalidade, e não o caso Lesbat. Neste último, que é até mais antigo do que aquele (de 25 de fevereiro de 1864) o ato do prefeito beira a ilegalidade, porquanto a negativa de autorização para que outros particulares prestassem a atividade de transporte, junto a uma estação ferroviária, tinha como finalidade oculta a de assegurar um monopólio velado para outra empresa. Dessa forma, com o Pariset a teoria foi afirmada em tons mais definitivos.

⁶⁹ SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. “A ‘polícia’ e as funções do Estado – notas sobre a ‘polícia’ do Antigo Regime”. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Nº 49. Curitiba: 2009, p. 78.

àqueloutra do abuso de direito (um paralelo sempre apontado pelos administrativistas franceses⁷⁰). A contemporaneidade das duas construções jurisprudenciais – uma pela Corte de Cassação outra pelo Conselho de Estado – é a chave interpretativa da similitude. Ambas podem ser concebidas como reações ao uso exacerbado da *forma*, que é tão caro ao liberalismo constitucional. Coetâneos às primeiras manifestações do princípio da compensação do constitucionalismo social, ambos os institutos consistem em típicas construções orientadas pelas *programações finalísticas inerentes a tal paradigma*. Da *estrutura à função*, a pergunta basal que as orienta não é outra: para que serve o direito?

4. Desvio de finalidade à brasileira: a difícil travessia rumo ao controle dos atos jurisdicionais

Um dos maiores testes quanto à serventia da teoria do desvio de finalidade foi a sua transposição para outros lugares que não o seu de nascimento. Nisso, saiu-se muito bem. A anatomia do desvio de finalidade não é estranha ao direito brasileiro. Conquanto com atraso, foi introduzida também por atuação jurisprudencial, em caso relatado em 1948 pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Seabra Fagundes. O ilustre administrativista assim noticia o caso (que, ademais, guarda profunda semelhança fática com o *arrêt Lesbat*):

Duas empresas de ônibus concorriam ao transporte de passageiros entre a capital e a cidade de São José de Mipibu. Tendo a repartição de trânsito fixado horário para uma delas, esta o considerando nocivo ao seu interesse e favorável à sua concorrente, impetrou mandado de segurança. O Tribunal, reformando sentença de primeira instância, concedeu o mandado porque, embora àquela repartição competisse, como atribuição necessariamente discricionária, a fixação de horários aos transportes coletivos, segundo o Cód. de Trânsito, arts. 56, §2º, e 57, “c”, a competência se exercera com o

70 LONG, Marceau. WEIL, Prosper, et allii. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 28.

fim de favorecer uma empresa prejudicando outra, quando a outorga se prendia a razões de interesse público (segurança do trajeto, comodidade do público etc.)⁷¹.

Em ato contínuo à sua internalização pela via jurisprudencial, a própria legislação pátria cuidou de consagrar o instituto; tal foi realizado pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), que, entre os vícios ensejadores de nulidade, enumera, expressamente, o desvio de finalidade (art. 2º).

Encampado por legislação e jurisprudência, e aplaudido pela doutrina desde seu ato de adoção⁷², o desvio de finalidade só poderia conhecer vasta aplicação pelo Judiciário brasileiro, que não exterioriza nenhuma sorte de constrangimento quando o caso é de anular um ato administrativo. E, admita-se, considerando os inumeráveis relatos de privatização da coisa pública, de resistência de certos setores a uma plena republicanização das instituições – o que se cristaliza, por exemplo, nos casos de nepotismo, entre outras práticas que revelam a histórica aversão brasileira pela igualdade⁷³ – a utilização da teoria do desvio de finalidade configura relevante avanço para a guarda da legalidade administrativa.

A república, entretanto, não é composta apenas de um Poder, o Executivo. E os outros dois ramos do Estado, o Legislativo e o Judiciário, não são compostos de anjos, mas, sim, de homens; isso por si só já torna possível que se abuse do poder, que competências de direito público sejam instrumentalizadas para fins outros que não aqueles previstos na regra de direito. Nada obstante essa obviedade, a doutrina majoritária não costuma dedicar grandes atenções à aplicação da teoria do desvio de finalidade no âmbito da função legislativa e da função jurisdicional. É o caso de se saber se estamos diante de um silêncio eloquente.

No que pertine ao “desvio de poder legislativo”, Caio Tácito foi também pioneiro em tal seara. Por ocasião de Recurso em Mandado de Segurança nº 7.243, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi questionada a validade da Lei nº 4.468/49, do Estado do Ceará, que constituiu verdadeiro “testamento

71 SEABRA FAGUNDES, João Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 81, nota 5.

No âmbito da doutrina (e a reboque das considerações oferecidas pelo próprio Seabra Fagundes, cujo acórdão de 1948, acima 72 resumido, foi publicado no Volume 151 da Revista Forense) destaca-se a produção intelectual do Prof. Caio Tácito, de saudosa memória, sobre o tema, iniciada já com a sua tese de livre-docência no âmbito da Faculdade Nacional de Direito, na década de 1950. Cf. também: CRETELLA JÚNIOR, José. Do desvio de poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

73 Cf., por todos: CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

político”, com considerável inventário de transformações e criações de cargos, todos com requisitos personalíssimos (e assim destinatário certo), inviabilizando a gestão seguinte. Tácito, constituído como advogado do Estado do Ceará, logrou êxito quanto ao seu pedido de anulação das nomeações com suporte, exatamente, na teoria do desvio de finalidade:

A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.

Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público⁷⁴.

A partir de então, o Judiciário – e o Supremo Tribunal Federal disso não destoa⁷⁵ –, assumiu para si a tarefa de fiscalizar os fins do exercício legislativo mediante a aplicação da teoria em comento, que só começou a perder terreno de aplicação com o advento de técnicas decisórias oriundas do *Bundesverfassungsgericht* alemão (tais como o princípio da proporcionalidade), tidas pela doutrina dominante como mais avançadas para levar a efeito operações de ponderação de valores⁷⁶.

Por fim, no que concerne ao *desvio de finalidade jurisprudencial*, é de se asseverar que nem de longe se verifica, quanto ao tema, a mesma vastidão bibliográfica com a qual o estudioso se depara quando debruça sobre o desvio

74 TÁCITO, Caio. “Comentário: anulação de leis inconstitucionais”. Revista de Direito Administrativo. Vol. 59. Rio de Janeiro: FGV, janeiro-março de 1960, pp. 347-348.

75 Por exemplo: RMS 16.912, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 31.08.1967.

76 Argumento inaugurado por: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, pp. 39 e ss. Importante asseverar, em acréscimo, que o próprio perfil do assim-chamado “processo objetivo”, revela-se um tanto heterogêneo com investigações de motivos tal como é próprio do desvio de finalidade, que requer uma sindicância volitiva.

de finalidade dos atos administrativos. Nem tampouco a contundência de afirmações sedentas de “moralidade administrativa” – essas rareiam mais ainda. Paira uma sintomática timidez doutrinária sobre o tema. Celso Antônio Bandeira de Mello – sem favor o maior administrativista em atividade em solo nacional – dedica, em monografia dedicada ao controle da discricionariedade, apenas um parágrafo sobre o tema. Consigna o cabimento, é bem de ver, pelo fio condutor do seguinte exemplo:

Na esfera jurisdicional, vale como exemplo de desvio de poder o comportamento de juiz de Tribunal que, não tendo seu voto acompanhado pelo terceiro julgador, ao perceber a inutilidade dele para fins de decidir o pleito no sentido de seu pronunciamento, resolve reconsiderá-lo e adere aos dois outros com o objetivo específico de obstar a interposição do embargo, objetivando maior fluência na prestação jurisdicional.⁷⁷

O exemplo afigura-se perfeitamente válido, mas é de se notar que ele não relata, exatamente, um caso de imputação de desvio de finalidade pelo exercício, *stricto sensu*, da função de jurisdicional. A ação do magistrado, no exemplo, flerta com o tipo penal da prevaricação, uma vez que o julgador deixa de realizar a sua função para satisfazer vontades pessoais (no caso de não ver o recurso sendo aceito); a conduta é reprovável, configura um desvio de finalidade porquanto persegue uma finalidade outra que não aquela que é exteriorizada, mas a responsabilização não se dá em razão do que consta em seu voto.

É possível que se objete: ora, nem o poderia ser. Afinal, o juiz tem, entre as suas prerrogativas funcionais, a do livre convencimento motivado, o que lhe garante, no exercício dessa criatividade, uma irresponsabilidade funcional, a menos que proceda, na dicção do art. 133 do CPC, com dolo ou fraude⁷⁸. Assim, o ônus argumentativo para se comprovar um desvio funcional no exercício da judicatura é quase que intransponível, uma vez que, quando decide, o juiz possui argumentos, dispositivos normativos e doutrinas para trilhar os mais diversos caminhos frente a um mesmo caso. Daí que, não sem resignação, Caio Tácito

77 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional, p. 77.

78 CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 607.

asseverar que “a acolhida do desvio de poder como vício de ato jurisdicional não tem sido manifesta”⁷⁹.

Verificar o porquê de a doutrina e a jurisprudência não encamparem a incidência da teoria do desvio de finalidade em atos jurisdicionais é capítulo que ainda se está por escrever no direito constitucional brasileiro. Um enfoque esteirado na sociologia dos intelectuais, semelhante ao que foi feito por Sérgio Adorno⁸⁰ ou por Alberto Venâncio Filho⁸¹ em relação aos “bacharéis” do início da República, certamente jogaria luz nesse sintomático silêncio jurisprudencial, que parece se colocar a serviço da “preservação hegemônica” judicial – conceito mediante o qual Ran Hirschl explica como o Judiciário pode funcionar como reduto de perpetuação de elites tradicionais cuja base de poder se enfraquece em exata proporção ao grau de democratização em determinado país, o que acaba gerando uma espécie de casta com protagonismo político: uma juristocracia⁸².

De qualquer forma, enquanto isso não é feito, adota-se o entendimento, aqui, de que a prática acima narrada de concessão de provimentos cautelares contra Tribunais de Contas, por juízes manifestamente incompetentes para tanto, é típico caso de desvio de finalidade praticado por membro do Poder Judiciário em sua atividade fim.

Não se pode conceber que um juiz letrado, capaz de simplesmente ler a letra da lei, não saiba das restrições existentes para que se conceda antecipações de tutela e cautelares em desfavor do poder público e, sobretudo, que olvide que uma ação ordinária que questiona um ato de Tribunal de Contas só pode ser considerada como uma chicana processual advocatícia intentada com o claro fim de se fugir do foro competente para julgar a ação procedimentalmente adequada para casos tais: o mandado de segurança originário. Que os advogados tentem tal caminho, não chega a assustar e não pode ser tido como a mais grave das deslealdades. Diferentemente, causa espécie que um juiz de direito aceite processar e julgar tais litígios sem sequer – estrategicamente? – enfrentar a questão preliminar de sua competência.

79 TÁCITO, Caio. “O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais”. Revista de Direito Administrativo. nº 188. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 1992, p. 9.

80 ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

81 VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil). 2ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1982.

82 HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, pp. 50 e ss.

Tal cenário constitui típico caso em que o exercício de uma função legítima – o poder de dizer o direito – pode servir de subterfúgio para a prática de atos manifestamente contrários à finalidade devotada ao poder jurisdicional. A doutrina bem que poderia se afastar de sua veste corporativa e enfrentar abertamente o tema. Seria uma postura bem mais nobre do que a de ser conivente com determinadas “preservações hegemônicas”, que se portam, nocivamente, como equivalentes funcionais de uma nobreza perdida – principalmente no que toca à América Latina⁸³. Argumentos *ad terrorem* que justificam uma absoluta irresponsabilidade judicial como um preço (módico) ao qual se tem de pagar pela independência judicial – por sua vez um corolário da democracia – não mais convencem. São *ad terrorem*. O Judiciário é composto de homens, e não de anjos.

Conclusão.

1. A utilização da teoria do desvio de finalidade espelha os seus serviços prestados à transpersonalização do poder. Competências não consistem em carta de plenos poderes; são, ao contrário, meios colocados ao agente público para se perseguir finalidades escolhidas pela lei e pelo direito como dignas proteção.

2. A forma do direito, conquanto considerada uma aquisição evolutiva da qual não se pode – e tampouco se deve – renunciar, convive com a *funcionalização* do direito, que, por sua vez, não pode ser reduzida a uma instrumentalização do direito pela política, mediante a inserção dos objetivos do Estado. Muito embora esse risco exista, forma e conteúdo, estrutura e finalidade são aspectos equiprimordiais do direito moderno, o que, por si só, já aponta a necessidade de convivência e não de eliminação de um pelo outro.

3. As aplicações da teoria do desvio de finalidade aos atos emanados do poder administrativo bem como aos atos legislativos mostraram, pela palavra e pelo exemplo, o seu potencial de funcionalizar as competências públicas, o que implica em um incremento qualitativo de controle, do qual o Estado de Direito se beneficia. O sucesso de tais experimentos encoraja a sua extensão para o plano jurisdicional.

⁸³ PRILLAMAN, William C. The Judiciary and democratic decay in Latin American: declining confidence in Rule of Law. Westport: Praeger, 2000.

4. A título de hipótese gerada no curso de uma conclusão, enuncia-se que a preservação de elites, que se inserem na histórica dificuldade brasileira para com a igualdade, desde a queda do Império, parece se favorecer dos mecanismos de blindagem institucional legitimados por uma doutrina instrumentalizada por interesses corporativos; doutrina cujos produtos retóricos dificultam a extensão de qualquer medida de controle do amplo espectro de discricionariedade jurisdicional, uma vez que condiciona a aceitação do novo à volta ao Antigo Regime entre outros argumentos do gênero.

5. O Estado Brasileiro já possui aparato institucional apto a processar e julgar casos de desvio de finalidade jurisdicional, tais como os exemplificados pela concessão de provimento cautelar por juízo de primeiro grau manifestamente incompetente. Sem configurar nenhuma instauração de subordinação hierárquica, o Conselho Nacional de Justiça pode exercer a sua ação disciplinar em casos tais – mormente em se tratando de repetições constantes do mesmo magistrado, ocasião em que o elemento volitivo do desvio de finalidade ficará consignado e, assim, o dolo a qual faz menção o art. 133 do CPC.

Referências

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil français**. Paris: LGDJ, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BIGOT, Grégoire. **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

BOBBIO, Norberto. “A função promocional do direito” (1969). **In: Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. “As sanções positivas” (1971). In: **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito” (1971). In: **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis nº 1.553/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif (de la Revolution au debut des années 1970)**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádua: CEDAM, 1936.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. “A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais” (Trad. Maria Galvão). In: KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.).

Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. **Notícia do Direito Brasileiro.** N° 6. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2º semestre de 1998.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi.** 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CHEVALIER, Jacques. **L'État de droit.** 2ª Ed. Paris: Montchrestien, 1994.

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

CUDIA, Chiara. **Funzione amministrativa e soggettività della tutela:** dall'eccesso di potere alle regole del rapporto. Milano: Giuffrè, 2008.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do Direito.** Coimbra: Almedina, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. “Função social da propriedade e livre iniciativa. Uma análise da proibição de cobrança do uso do estacionamento pelos shopping centers”. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.** Vol. 27. Fortaleza: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, julho-dezembro de 2007.

EISENMANN, Charles. “Le contrôle juridictionnel des lois en France”. In: **Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques.** (Edição de Charles Leben). Paris: Editions Panthéon-Assas, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. “Stato e costituzione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto.** 2ª ed. Bari: Laterza, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 2ª Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GAUDEMET, Yves. **Droit administratif**. 19ª Ed. Paris: LGDJ, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III: El Acto Administrativo**. 6º ed. Belo Horizonte, Buenos Aires: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. “O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: **A era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JACOBY, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil**. 5ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits**. Paris: Dalloz, 1927.

KRELL, Andreas J. “A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** Vol. 1, nº 2. Porto Alegre: Instituto de

Hermenêutica Jurídica, 2004.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. VIII, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución (1959)**. 2ª ed. Trad. Alfredo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LONG, Marceau. WEIL, **Prosper, et alli. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 17ª Ed. Paris: Dalloz, 2009.

LUHMANN, Niklas. "Two sides of the State Founded on Law". In: **Political Theory in the Welfare State**. Trad. John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 6ª ed. Milano: Franco Angeli, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Ed. de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad: 1997.

MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. "Giustizia e amministrazione". In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "**Medidas cautelares inominadas**". **Revista Brasileira de Direito Processual**. Nº 57. Rio de Janeiro: Editora Forense, janeiro-março de 1988

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de [Charles-Louis de Secondat]. **Do Espírito das Leis**. Vol. I (1748). São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967.

PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and democratic decay in Latin American: declining confidence in Rule of Law**. Westport: Praeger, 2000.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis (3ª Ed. de 1929)**. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. “Corporations et corps intermédiaires”. In: AA.VV. 1789: La Commémoration. Paris: Gallimard, 1999.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Trad. Joel Pimentel. Goiânia; Brasília: Editora UFG, Editora UnB, 1997.

ROSENFELD, Michel. “The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy”. Southern California Law Review. Vol. 74, Nº 5. Los Angeles: Gould School of Law, julho de 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: ou Princípios do Direito Político**. Trad. Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della

sovranià” (1934, 2ª ed.). In: Le categorie del “politico”. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, pp. 29-86.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidad (1932).** Trad. José Díaz Gracia. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución (1928).** Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SEABRA FAGUNDES, João Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **“A ‘polícia’ e as funções do Estado – notas sobre a ‘polícia’ do Antigo Regime”.** Revista da Faculdade de Direito UFPR. Nº 49. Curitiba: 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.

TÁCITO, Caio. **“Comentário: anulação de leis inconstitucionais”.** Revista de Direito Administrativo. Vol. 59. Rio de Janeiro: FGV, janeiro-março de 1960.

TÁCITO, Caio. **“O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais”.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, abril-junho de 1992.

VAN CAENEGEM, Raoul C. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2ª Ed. Trad. Carlos Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VAN CAENEGEM, Roul C. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental.** Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil).** 2ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1982.

WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 23ª Ed. Paris: Dalloz, 2010.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva II**. Trad. Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Ed. Universidade Brasília, 1999.