Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 16 – outubro/novembro/dezembro de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

FORMALISMO E ABUSO DE PODER

Prof. Adilson Abreu Dallari
Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Poder de polícia e polícia administrativa; III. Abuso ou desvio de poder; IV. Casuística exemplificativa; V. Conclusões.

I - INTRODUÇÃO

Formalismo é a antítese da garantia da forma. A exigência de requisitos formais para a produção de atos jurídicos visa proteger o cidadão contra abusos de poder. Já o formalismo é um meio sutil de constranger o cidadão e comprometer o livre exercício de seus direitos. Entenda-se, portanto, por formalismo, para os fins deste estudo, a formulação de exigências descabidas, despropositadas, que não decorrem nem levam a qualquer utilidade prática, que não concorrem para a realização de qualquer interesse público, resumindo-se (na melhor das hipóteses) numa pura demonstração de poder, destinada a colocar o cidadão num estado de submissão.

Vianna Moog, na 17ª edição (1989) de seu consagrado "Bandeirantes e Pioneiros", faz um breve relato de sua longa viagem aos Estados Unidos, 1943, para fazer as pesquisas necessárias à elaboração desse livro, e observa, logo de início, que, não obstante aquele país estivesse em guerra, ele circulou livremente, sem necessidade de mostrar documentos, enquanto que *"na minha terra, e entre a minha gente já não podia dar um passo além das fronteiras do então Distrito Federal sem estar munido da carteira de identidade".* Salvo a paranóia decorrente do suposto risco de atos de terrorismo (que se manifesta mais visivelmente nos aeroportos e que tem levado à prática de deploráveis e vergonhosos atentados à dignidade humana), ainda hoje é possível circular nos Estados Unidos, hospedar-se em qualquer hotel, entrar em qualquer lugar, sem

mostrar documentos, ao passo que no Brasil até mesmo para entrar num prédio comercial, particular, é preciso mostrar documentos, além de ser fotografado. Em São Paulo, nem mesmo com documentos é possível entrar na imensa área verde da Cidade Universitária nos fins de semana. Lá o cidadão é respeitado; aqui o papel vale mais que a pessoa.

Aqui, em princípio é proibido. Lá, em princípio é permitido. É bem possível que eles tenham uma entranhada convicção daquilo que está escrito no início da Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776: *"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness. That to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed"*. Ou seja, a convicção de que a liberdade é um direito natural, inerente ao cidadão, e que os governos foram instituídos para assegurar os direitos dos cidadãos, que não são súditos do Estado, cujos poderes derivam da vontade do povo.

Não se está pretendendo dizer que o direito à liberdade seja absoluto, insuscetível de ter seu exercício delimitado pela ordem jurídica. Direito é limitação; todo direito é necessariamente limitado, até para que possa ser reconhecido como tal. A liberdade (da mesma forma que a propriedade) numa sociedade juridicamente organizada requer a estipulação de limites, conforme demonstra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[1], ao discorrer sobre o poder de polícia:

> *"Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar a realização dos objetivos públicos.*
>
> *Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi –, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade."*

O problema não está na existência desses limites naturais e indispensáveis à própria configuração do direito de liberdade, mas sim, nos

[1] *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 21ª ed., 2006, p. 776.

desvios que se praticam ou no delineamento de tais limites ou na aplicação da legislação delimitadora.

Em síntese, a prerrogativa governamental de estabelecer limites ao exercício de seus direitos, pelo cidadão, também é limitada. O dever de assegurar a ordem pública não confere a qualquer agente público a faculdade de ir além daquilo que for estritamente necessário para o cumprimento desse dever. Lamentavelmente, porém, o transbordamento desses limites ao exercício da autoridade pública é algo havido como normal e corriqueiro entre nós, seja por desconhecimento, por medo ou por puro desânimo.

O texto constitucional em vigor é pródigo ao afirmar direitos. Vale lembrar que, em razão dessa extrema generosidade, o saudoso Deputado Ulisses Guimarães, então Presidente do Congresso Constituinte, em 05/10/88, ao promulgar a Constituição Federal, qualificou-a como "Constituição cidadã", na convicção de que os cidadãos brasileiros, que tanto haviam sofrido nos tempos da ditadura, iriam passar a ser respeitados pelas autoridades públicas, recuperando plenamente sua liberdade e sua dignidade.

Lamentavelmente, porém, não é o que se observa. O cidadão comum, aquele que é coloquialmente designado como "pessoa de bem", passou a ser duramente perseguido e controlado pelas autoridades democraticamente constituídas, a ponto de se chegar a uma paradoxal e clamorosa inversão de valores. Os transgressores da lei, aquelas pessoas às quais, pelas autoridades competentes e pelos meios legais, foi imputada alguma transgressão, algum delito, algum crime, desfrutam de uma desmedida presunção de inocência, gerando um desmoralizante clima de irresponsabilidade e impunidade. Já o cidadão comum é, em princípio, culpado ou suspeito de alguma coisa, ou, pelo menos, havido como detentor de más intenções ou de propósitos fraudulentos, até prova em contrário.

O fato é que se agigantaram os controles sobre o cidadão comum, que vive soterrado debaixo de uma montanha de papéis de toda ordem, criados pela ilimitada capacidade de criar desconfianças por parte dos burocratas que assolam a administração pública brasileira. As imensas dificuldades para o exercício de qualquer atividade lícita integram parte daquilo que se convencionou chamar de "Custo Brasil". Não por acaso e muito possivelmente por causa disso mesmo é que a marginalidade (ou a eufemisticamente designada "informalidade") cresce cada vez mais.

Tal situação configura aquilo que o notável mestre argentino ROBERTO DROMI[2] designou como código do fracasso:

[2] *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 6ª edición, 1997.

> *"Es una opción entre el "bien-estar general" y el "mal-estar común", por el acaso del reglamentarismo y del burocratismo. La eficacia de la administración hace a la seguridad jurídica. De lo contrario, aquélla se convierte en una ruinosa "máquina de impedir" sólo fiel a lo que hemos bautizado como "el código del fracaso" que dice: "artículo 1º: no se puede; artículo 2º: en caso de duda, abstenerse; artículo 3º: si es urgente, esperar; artículo 4º: siempre es más prudente no hacer nada". Hoy es un "reto al rito" dar la batalla por la eficiencia del Estado".*

O pior de tudo é que isso funciona como formidável incentivo à corrupção, pois se resume em criar dificuldades para vender facilidades. Dada a inviabilidade ou, pelo menos, as enormes dificuldades para, legalmente, vencer a burocracia, quase não resta à pessoa de bem senão ceder à tentação do "quebra-galho", do jeitinho, em troca de alguma recompensa, quase sempre proporcional ao tamanho "ilegalidade" contornada ou ignorada pelo compreensivo "benfeitor".

O formalismo burocrático ignora olimpicamente o caráter instrumental da atuação administrativa. Administração pública é uma atividade legal, ou, melhor dizendo, infra-legal, que se desenvolve debaixo da lei, nos termos da lei, mas, sempre, necessariamente, para a realização de finalidades de interesse público. O ardor formalista impede o agente público de perceber a evolução do Estado, da própria Administração Pública ou, mais exatamente, do direito administrativo, que, em seus primórdios, para proteger o cidadão contra abusos, exaltava a garantia da forma, mas que, atualmente, em face da velocidade com que as coisas mudam e do crescimento exponencial das reivindicações a serem atendidas, tem que agir mais rapidamente, com maior desenvoltura, com maior flexibilidade, atentando para as imposições da vida social e buscando sempre a melhoria das condições de vida do cidadão na comunidade.

Não se compreende uma norma jurídica sem lhe captar o fim para o qual foi editada. É função do intérprete revelar o escopo por ela visado, já que não se pode aplicar o direito sem interpretá-lo. Por isso insiste-se sempre na missão criativa do intérprete, sempre obrigado a buscar a adequação dos modelos prescritivos à função social a que são destinados. Como bem pontuado por IHERING *"o fim é o criador de todo Direito; não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático".* Cumpre-se a lei, para concretizar a finalidade prática por ela almejada.

A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 37, implicitamente o princípio da finalidade ao consignar, expressamente, o princípio da legalidade, pois ambos são indissociáveis. A aplicação correta de uma regra de direito, e que lhe empresta o signo da legalidade, requer necessariamente do hermeneuta que ele desvende a verdadeira inspiração da norma, isto é, a finalidade que lhe presidiu a edição.

É preciso observar que a finalidade última de toda e qualquer norma é a realização de um interesse público. A atuação do Estado, não importa por qual Poder se manifesta, deve visar atender ao bem comum, ao interesse da coletividade. É inconcebível qualquer atuação estatal que, pelo menos em tese, não se dirija à consecução de um determinado objetivo, o qual é qualificado pelo ordenamento como de interesse público.

Portanto, essa finalidade – a de atingir o interesse público – embora essencial para a validade da norma, não é suficiente para explicar seu significado. É preciso buscar seu objetivo concreto, o bem jurídico que concretamente visa realizar. Não faz sentido tomar como pressuposto que toda norma visa à realização de um interesse público genérico ou indeterminado, para inferir daí sua automática ou implícita validade ou sua conformidade com o sistema jurídico. É sempre preciso identificar o específico interesse almejado, para se aferir se a exigência ou a proibição contida na norma efetivamente se presta para isso. Norma desprovida de objetivo prático valorizado pela ordem jurídica não é norma jurídica, ou, pelo menos, não é válida.

Tenha-se em mente que "interesse público" não é uma expressão mágica. Indubitavelmente, não se pode haver como de interesse público aquilo que simplesmente corresponde a uma vontade do agente, a uma aspiração particular da autoridade competente. Interesse público é sempre algo correspondente ou decorrente de um valor expressa ou implicitamente consignado pelo ordenamento normativo, a partir da Constituição. Interesse público é algo relacionado ao interesse da coletividade, do conjunto dos cidadãos, mas não de maneira a aniquilar os interesses concretos das pessoas físicas que integram o corpo social, conforme explicita, com sua requintada capacidade de percepção e exposição o mestre dos mestres CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[3]:

> *"Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precatar-se contra o erro de atribuir-lhe o* status *de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é "função" qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.*
>
> *Uma pista importante para perceber-se que o chamado interesse público – em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um – não*

[3] Ob. Cit., p. 56.

> *é senão uma dimensão dos interesses individuais encontra-se formulando a seguinte pergunta:*
>
> *Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.*
>
> *Embora seja claro que poder haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.*
>
> *É que, na verdade, o interesse público, o interesse de todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais."*

Essa notável concepção do interesse público proscreve o formalismo burocrático, que espezinha e sacrifica o cidadão comum, em suposto benefício de um interesse público descarnado, hipotético, genérico, indistinto e insuscetível de ter seu conteúdo identificado ou, pelo menos vinculado a finalidades práticas específicas. Daí a inegável necessidade de efetuar mudanças na fisionomia, nos objetivos e nas práticas correntes na Administração Pública.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição, não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.

Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37, foi acrescentado o princípio da eficiência. É obvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática

for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.

A adoção do modelo gerencial acarreta uma série de outras conseqüências, sendo uma delas a maior aproximação entre a Administração Pública e os particulares, que, sempre que possível, devem trabalhar em conjunto, numa relação de colaboração, em parceria, conforme destaca DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[4], em excelente estudo sobre essa matéria, do qual foram extraídas as passagens que se seguem:

> *"Observe-se, entretanto, que, nesse processo histórico, o próprio conceito de público também evoluiu além da dicotomia romanista, ao ponto do interesse público ter deixado de ser monopólio do Estado, abrindo-se um espaço do público não-estatal, que ainda carece de definição mas já se apresenta suficientemente amplo para abrigar novas formas e entidades voltadas à administração de interesses gerais, fazendo proliferar os chamados entes intermédios.*
>
> *Em comum, porém, todas essas entidades, estatais, intermédias e privadas, cada uma em seus respectivos campos de atuação, que estão sendo gizados pela ordem jurídica, têm uma crescente obrigação de desempenhar satisfatoriamente seus específicos cometimentos. Em outros termos, há denominadores comuns, exigências muito semelhantes, para o gerenciamento da prestação de serviços à sociedade, em que se torna desimportante a natureza jurídica do ente prestador e, por vezes, o regime em que é prestado.*
>
> *A consciência dessa realidade faz ruir barreiras e repensar princípios e métodos."*

Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência, pois, muitas vezes, a realização do interesse público (que continua sendo o objetivo final da Administração Pública) vai depender do concurso de particulares, conforme, em seguida, destaca o mesmo renomado mestre:

> *"O interesse público continua sendo a finalidade da administração estatal embora, como indicado, já se reconheça que, em muitos casos, o Estado já não mais deve ser seu monopolista, abrindo-se campo para*

[4] *Administração Pública Gerencial.* Curitiba: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Juruá, vol. 2, 1999, p. 122 a 124.

que atuem mais proveitosamente um sem número de entidades de colaboração criadas pela própria sociedade".

Prossegue o consagrado doutrinador alertando que essa nova concepção da Administração Pública, especialmente em função da presença de particulares como instrumentos de realização de interesses públicos, deve ser animado por dois vetores essenciais: a ética e a eficiência. O significado deste último é assim esclarecido:

> *"No tocante à Segunda diretriz referida, a eficiência, abandona-se a idéia de que a gestão da coisa pública basta ser eficaz, ou seja, consista apenas em desenvolver processos para produzir resultados. A administração pública gerencial importa-se menos com os processos e mais com os resultados, para que sejam produzidos com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possíveis."*

Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados.

De certa forma, pode-se dizer que o princípio da eficiência já estava embutido no princípio da legalidade, que, por sua vez, compreende necessariamente o princípio da finalidade. Ou seja; desde sempre a Administração Pública, para cumprir fielmente o mandamento legal, tinha que atuar com eficiência para atingir as finalidades assinaladas pelo ordenamento jurídico. Em rápida síntese, é isso que demonstra UBIRAJARA CUSTÓDIO FILHO[5]:

> *"É de se concluir, portanto, ao cabo deste tópico, que a inclusão do princípio da eficiência no caput do artigo 37 da CF/88 não inova o ordenamento jurídico pátrio, senão explicita e concentra sob a forma de princípio uma diretriz que se espalhava, até então, por mais de um dispositivo".*
>
> *"Daí a importância de não se perder de vista que o princípio da eficiência não é filho único da Administração Pública, senão irmão mais novo dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.*

[5] *A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública.* São Paulo: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, RT, nº 27, abril-junho de 1999, p. 216-217.

> *Em síntese de todo o exposto, portanto, e especificamente à luz dos princípios enunciados no caput do art. 37 da CF/88, conclui-se que a Administração Pública está obrigada a atender os interesses dos cidadãos de maneira satisfatória e impessoal, mediante o máximo aproveitamento dos meios disponíveis, conferindo publicidade a seus atos, sempre de acordo com as disposições legais e a moralidade administrativa".*

Pode-se concluir, portanto, que a Administração Pública tem sempre o dever de agir para cumprir fielmente o mandamento legal, seja para prestar serviços públicos, seja no exercício de atividades instrumentais (tributação, gestão de pessoal, contratos etc.), seja, ainda no controle das ações desenvolvidas pelos particulares, para evitar comportamentos inconvenientes ou danosos aos interesses da coletividade. A competência conferida pela lei ao agente público traz ínsito o dever de exercê-la, com eficiência.

II - PODER DE POLÍCIA E POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Cabe rememorar, portanto, que a liberdade conferida aos cidadãos pela ordem jurídica não é absoluta ou ilimitada, pois o ordenamento jurídico, em seu conjunto, delineia o perfil do direito de liberdade e dos demais direitos garantidos pela Constituição. Quando o Poder Público age no sentido de traçar o perfil do direito ou fazer com que os particulares observem esses confins, ele está atuando no exercício do chamado poder de polícia, expressão essa bastante imprecisa, tanto porque mudou de significado ao longo do tempo, quanto porque compreende diferentes conteúdos.

Para discorrer com propriedade sobre este tópico, convém retomar e continuar trilhando a senda acima referida aberta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[6], que, com a precisão que lhe é peculiar, destaca e separa os diferentes significados desse conceito, para estabelecer uma clara e importantíssima distinção entre poder de polícia e polícia administrativa:

> *"A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se "poder de polícia". A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz police power reporta-se sobretudo às normas legislativas*

[6] Ob. Cit., p.780.

> *através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, como bem anota Caio Tácito.*

> *A expressão "poder de polícia" pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa".*

Para os objetivos do presente estudo, convém destacar, um pouco mais, com a valiosa ajuda de CLOVIS BEZNOS[7], o conceito de polícia administrativa, pois embora o Poder Público possa (e freqüentemente o faz) cometer excessos no delineamento, por lei, dos direitos individuais, é bem mais comum que a Administração Pública se desgarre e exceda desmedidamente os limites legalmente estabelecidos ao atuar no exercício da polícia administrativa:

> *"Polícia administrativa é a atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer"*

Dado o constante risco de desbordamento e mesmo a desagradável freqüência com a qual isso acontece, a doutrina e a jurisprudência se valem dos conceitos de proporcionalidade, racionalidade e adequação como instrumentos de aferição da pertinência de limites impostos pela lei (poder de polícia) ou pela autoridade administrativa (polícia administrativa).

Não é o caso de consignar aqui as muitas manifestações doutrinárias sobre o significado desses conceitos e as conseqüências de sua inobservância,

[7] *Poder de Polícia. São Paulo: RT, 1979, p. 76.*

bastando transcrever a prudente e objetiva lição de MARCELO HARGER[8], que faz a conexão entre eles e o princípio da finalidade:

> *"As medidas tomadas pela Administração devem estar na direta adequação das necessidades administrativas. Por isso, qualquer providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é invalida por consistir em um transbordamento da finalidade legal.*
>
> *É por essa razão que os interesses particulares somente podem ser sacrificados, se essa providência for indispensável ao atendimento dos interesses coletivos (interesses primários). Qualquer sanção, obrigação ou restrição somente pode ser imposta aos particulares na estrita medida do interesse público e segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Larenz afirma, nesse sentido, que a intervenção em um bem jurídico e a limitação da liberdade não podem ir além do que for necessário para a proteção de outro bem ou de um interesse de maior peso, e que entre os vários meios possíveis há que se escolher "o mais moderado".*
>
> *Consiste, portanto, a proporcionalidade no aspecto da amplitude ou intensidade da atuação administrativa em relação aos fins que objetiva atingir".*

Algumas vezes essa violação da lei e dos parâmetros traçados pela ordem jurídica é clara e evidente, configurando patente arbitrariedade. Mas muitas vezes a violação do sistema normativo ou dos princípios fundamentais da ordem jurídica acontece de maneira sutil, disfarçada, mascarada por uma aparência de licitude, sob a alegação de que se está apenas dando cumprimento a inafastáveis exigências legais.

Muitas vezes, a garantia da forma é invocada apenas para se tentar dar fundamento a um formalismo estéril destinado a violar ou impedir o exercício de seus direitos pelos cidadãos.

III – ABUSO OU DESVIO DE PODER

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético;

[8] *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 117.

o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Em razão dessa intenção do agente, diversa da finalidade com a qual se anuncia que o ato foi praticado, a doutrina costuma designar o desvio de poder também como desvio de finalidade. Usando essa nomenclatura, DIÓGENES GASPARINI[9] assim expõe o que é o desvio de poder:

> *"De fato, ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público. Vale dizer: o agente público que somente pode praticar ato ou agir voltado para o interesse público acaba por praticar ato ou atuar para satisfazer a um interesse privado. É o que ocorre quando o agente público desapropria para vingar-se de seu desafeto político que é o proprietário do bem expropriado, ou quando determina a construção de uma escola para valorizar o plano de loteamento de seu correligionário. Nessas hipóteses costuma-se dizer que o desvio de finalidade é genérico: o interesse passa de público para particular.*
>
> *Ainda há desvio de finalidade quando a autoridade administrativa vale-se de um dado instrumental jurídico destinado por lei a alcançar um certo fim para obter outro, ainda que de interesse público".*

Note-se, especialmente, o que está consignado nesse último parágrafo: ocorre desvio de finalidade ou de poder mesmo quando a autoridade pratica o ato visando um fim de interesse público, porém diverso daquela função da qual recebeu competência para agir. Isso ocorre, por exemplo, quando a autoridade, alegando necessidade de serviço, remove para um local distante um funcionário relapso, em lugar de lhe aplicar a penalidade correspondente à desídia, após o trâmite do devido processo legal.

Com sua insuperável clareza, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES[10] assim descreve o fenômeno do abuso ou desvio de poder ou de finalidade:

> *"O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo*

[9] *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1992, p. 59.

[10] *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: RT, 15ª ed., 1990, p. 92.

> *legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal"*.

Linhas adiante, esse mesmo notável mestre resume o problema em exame neste estudo, qual seja o da dificuldade de correção judicial dessa conduta ilícita e imoral:

> *"O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito já decidiu o STF que "Indícios vários e concordantes são prova". Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes, do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou".*

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário.

A única forma de desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato. Por isso é que a motivação (explicitação dos motivos) deve ser concomitante ao ato, pois, mais tarde, posteriormente, sempre será possível apresentar uma justificativa, mais ou menos consistente.

Daí a importância do princípio da motivação, em qualquer processo administrativo, em qualquer tomada de decisão administrativa, inclusive e principalmente quando se cuidar de restringir ou impedir o exercício de direitos dos cidadãos. Sobre esse assunto, na confortável companhia de SÉRGIO FERRAZ[11], já tivemos oportunidade de salientar o seguinte:

[11] *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2.001, p. 58 e 59.

> *"O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que levaram a tomar uma decisão. 'Motivar' significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados.*
>
> *Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicar, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Sem a motivação fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer, inclusive perante o Poder Judiciário. Não basta que a autoridade invoque um determinado dispositivo legal como supedâneo de sua decisão; é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos de sua decisão, pois, conforme a conhecida lição de Giorgio Balladore Palieri, no Estado de Direito não existe apenas a exigência de que a autoridade administrativa se submeta à lei; é essencial que se submeta também à jurisdição.*
>
> *Isso é bastante salientado por Lúcia Valle Figueiredo em artigo publicado sob o título "Estado de Direito e devido processo legal" (Direito Administrativo, v. 1, p. 171), no qual afirma que a falta de motivação viola as garantias constitucionais do acesso ao poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constituindo-se, portanto, em vício gravíssimo.*
>
> *No passado já houve quem sustentasse que a motivação era dispensável no caso da prática de atos discricionários. Atualmente tal entendimento é absolutamente insustentável diante da evolução doutrinária e jurisprudencial quanto ao conceito e significado da discricionariedade. Já se tem claro que discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois nunca é absoluta, sendo indiscutivelmente sujeita a controle judicial (pelo menos para se aferir se houve, ou não, desbordamento de seus limites). Sem a motivação do ato discricionário fica aberta a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, impossibilidade de efetivo controle judicial."*

É preciso insistir em que a falta de motivação é vício autônomo, ensejando, por si só, a nulidade do ato praticado. Pelo menos há de ficar perfeitamente claro que a motivação serôdia, a apresentação dos motivos depois de praticado o ato, deve ser objeto de exame especialmente cuidadoso.

Em qualquer caso, porém, de alegação de desvio de poder, é dever do juiz esmerar-se no exame da consistência dos motivos invocados, não sendo suficiente apenas constatar que motivos foram apresentados. Isso é o que já vem dizendo, desde longa data, com precisão e elegância o consagrado CAIO TÁCITO[12]:

[12] *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 133.

> *"É por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona.*
>
> *Longe de ser um erro grosseiro e ostensivo, ele se distingue pela sutileza com que procura esconder-se sob a capa de regularidade, esmerando-se o agente em ocultar a desfiguração substancial do ato administrativo.*
>
> *É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua ossatura."*

Preocupados em realmente fazer Justiça, setores mais avançados e mais preparados do Poder Judiciário já abandonaram a apreciação meramente formal ("burocrática", no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos administrativos são produzidos e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Em resumo, não se pode exigir, para a comprovação do desvio de poder, uma prova cabal, definitiva, inquestionável. Se isso existir, não se estará mais diante do desvio de poder, mas, sim, da simples arbitrariedade. A capacidade para perceber o desvio de poder marca a diferença entre um verdadeiro juiz e um simples amanuense togado.

O desvio ou abuso de poder é mais freqüente e de mais difícil detecção na prática de atos administrativos normativos, ou seja, na expedição de regulamentos, resoluções, instruções, portarias, despachos normativos e outros atos congêneres.

Embora existam significativas vozes na doutrina sustentando a possibilidade de existência, no sistema normativo brasileiro, de regulamentos autônomos, é certo que a Constituição Federal, em seu art. 84, IV, menciona apenas os regulamentos destinados à fiel execução da lei, ou seja, dependentes da lei e que estabeleçam meios e modos para dar execução ao que já estiver contido no mandamento legal regulamentado.

É bem verdade que, nos tempos atuais, dada a generalidade e a amplitude dos conceitos e mandamentos legais, aumentou consideravelmente o âmbito de utilização dos regulamentos, nos diversos escalões da Administração Pública, mas isso não autoriza a edição de regulamentos autônomos (no lugar da lei), nem se confunde com a competência para expedir medidas provisórias, com força de lei, ou para editar leis delegadas.

Em caso de dúvida, sempre se deve tomar como fatores relevantes para a solução do problema dois pontos fundamentais expressamente afirmados pela Constituição Federal: a) o princípio da separação de poderes e b) a garantia (art. 5º, II) de que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", sendo certo que a expressão "lei" figura aqui em seu sentido estrito.

A erva daninha dos regulamentos indevidos se espalhou de tal forma no terreno da Administração Pública (em todos os níveis de governo) que é quase impossível, mesmo ao profissional de direito, saber qual a norma vigente disciplinando o relacionamento com os particulares a respeito de um determinado assunto. Como toda erva daninha, a proliferação de regulamentos resiste a qualquer combate, pois se reproduz e se renova com espantosa velocidade.

Menos numeroso e, talvez por isso mesmo, de mais difícil combate, é o desvio de poder cometido por meio de lei. Não se está falando de inconstitucionalidades patentes, mais sim, de inconstitucionalidades disfarçadas, produzidas com astúcia e destreza, para possibilitar a violação dos direitos e garantias constitucionais de maneira sub-reptícia, dificultando a defesa da vítima.

Mas a doutrina e a jurisprudência já começam a se dar conta desse extravasamento do abuso ou desvio de poder para adentrar o âmbito das atividades legislativas e de outras atividades do Poder Público que afetam sensivelmente as liberdades individuais, conforme destaca a ilustre Professora e Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA[13]:

> *"O abuso de poder não se restringe, todavia, à Administração Pública e seus agentes. Pode ocorrer abuso na prática de atos típicos de quaisquer dos poderes públicos, podendo-se falar, de forma mais abrangente, em abuso no exercício dos poderes normativo, fiscalizatório e decisório pelos órgãos e integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como no exercício das funções essenciais da Justiça, quais sejam, a Advocacia e a Defensoria Pública e o Ministério Público."*

O Ministério Público incide em formalismo abusivo quando perpetra ações civis públicas totalmente despropositadas, sem qualquer cuidado em verificar os fatos, sem abrir o necessário inquérito civil, sem assegurar ao acusado o mais mínimo dos direitos, qual seja o de ser ouvido.

---

[13] *Interesse Público e Abuso do Poder Público.* Rio de Janeiro: "Abuso de Poder do Estado na Atualidade", Coordenadores Mauro Roberto Gomes de Mattos e Liana Maria Taborda Lima, Editora América Jurídica, Rio de Janeiro, 2.006, p. 157.

No exercício da jurisdição o formalismo excessivo eterniza as contendas e gera impunidades de toda ordem, desmoralizando as instituições e incentivando o crime. O processo judicial parece estar regredindo aos tempos do direito formular dos romanos. As citações e intimações ignoram a evolução havida nos meios de comunicação. Nulidades são declaradas com certa prodigalidade, a despeito da absoluta ausência de qualquer dano.

O desvio ou abuso de poder por meio da prática de atos legislativos já foi objeto de exame, em diversas ocasiões, perante o Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente a função de zelar pela intangibilidade da Constituição e que não tem permitido a violação do texto e do espírito da Lei Maior, mesmo quando perpetrada sorrateiramente.

O fundamento teórico para o combate ao desvio de poder legislativo está muito bem afirmado em vigorosa manifestação do Eminente Ministro CELSO DE MELLO[14]:

> *"Refiro-me, nesse específico contexto, à questão pertinente ao abuso da função legislativa.*
>
> *Todos sabemos que a cláusula de devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º., LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.*
>
> *A essência do substantivo due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.*
>
> *Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.*
>
> *Daí, a advertência de CAIO TÁCITO (in RDP 100/11-12) – que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destacou que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público."*

[14] ADI 1.158-8 AM, voto do Relator Ministro Celso de Mello.

Na verificação de licitude de qualquer ato de autoridade pública, não basta observar se foi apontado um fundamento ou uma regra genérica de competência. É sempre indispensável examinar a pertinência dessas alegações com a matéria tratada, com a providência ou proibição efetivamente determinada, examinando, acima de tudo, a aptidão para o específico fim de interesse público almejado.

Especialíssimo cuidado se haverá de ter com as repercussões do ato praticado sobre outros valores, até de maior hierarquia, que também são consagrados pela ordem jurídica. Em nome da segurança não se pode aniquilar a liberdade, e vice-versa. Sempre deverá haver um contemperamento entre princípios informadores da ordem jurídica. Convém relembrar que a prerrogativa governamental de estabelecer ou aplicar limites ao exercício dos direitos dos cidadãos também é limitada.

A própria expressão "ordem jurídica" pressupõe a existência de uma estruturação harmônica, racional, que, no dizer de CARLOS ARI SUNDFELD[15] dá fundamento a um pressuposto e elementar princípio da racionalidade:

> *"O princípio da racionalidade proscreve a ilogicidade, o absurdo, a incongruência na ordenação da vida privada; fulmina, portanto, os condicionamentos logicamente desconectados da finalidade que legitima a interferência do legislador na matéria ou desproporcionais em relação a ela. As opções legislativas devem se apresentar como escolhas racionais, aptas não só a conduzir aos efeitos desejados, como a fazê-lo do melhor modo possível."*

O princípio da racionalidade se presta para aferir a pertinência dos atos administrativos em geral, inclusive os regulamentares, os atos jurisdicionais e os atos praticados por autoridades dotadas de especial autonomia e independência, e até mesmo a constitucionalidade das disposições legais.

PEDRO ESTEVAM SERRANO[16] mostra que, assim como é possível aferir a legalidade de condutas administrativas por critérios de razoabilidade, sem sair da esfera da legalidade, também é possível, sem sair desse mesmo âmbito, verificar a constitucionalidade de normas legais, por sua comparação com preceitos ou princípios afirmados pela Constituição, cuja positividade tem sido cada vez mais reconhecida:

---

[15] *Direito Administrativo Ordenador.* São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 68.

[16] *O desvio de poder na função legislativa.* São Paulo: Editora FTD, 1997, p. 76, 77 e 99.

> *"Na medida em que se amplia o reconhecimento da força vinculante das constituições, parece-nos fato conseqüente a verificação da possibilidade de vícios inerentes ao uso indevido da liberdade legislativa.*
>
> *As normas constitucionais, em seu conteúdo dispositivo, não admitem o uso abusivo ou teleologicamente inadequado das competências legislativas. A Constituição repudia o abuso, a incongruência, a desproporção e o desvio de seus fins. E manifesta este repúdio por normas constitucionais, através de seu conteúdo prescritivo explícito ou implícito."*
>
> *"A partir de todas as colocações feitas, uma vez ressignificada para o terreno constitucional, a teoria do desvio de poder se revela útil na atividade legislativa para desnudar, nas leis gerais e abstratas, os vícios de inconstitucionalidade material consubstanciados no desvio de finalidade por inadequação do meio legislativo e no vício causal da irrazoabilidade, contraditoriedade e de desproporcionalidade da medida legislativa."*

Dizendo de maneira bastante simples: a ordem jurídica não comporta, não aceita, repudia o exercício despropositado de qualquer competência, ou seja: nenhuma autoridade, de qualquer poder, está autorizada a simplesmente, aborrecer, perturbar ou esgotar a paciência do cidadão.

Isso, entretanto, ocorre com muita freqüência, conforme se passa a descrever no tópico seguinte, até para demonstrar que tudo quanto foi dito acima não é mera retórica.

IV – CASUÍSTICA EXEMPLIFICATIVA

No início deste estudo foi dito que deve ser entendido como atos de formalismo abusivo o estabelecimento de proibições ou exigências descabidas, despropositadas, que não decorrem nem levam a qualquer utilidade prática, que não concorrem para a realização de qualquer interesse público. Isso é verdade, mas não é tudo.

Nessa rubrica cabem também, como típica manifestação de desvio de poder, as simulações, as ritualísticas destinadas a evitar a aplicação da lei sem configurar prevaricação (art. 319 do Código Penal), como é o caso dos "rigorosos" inquéritos administrativos intermináveis. Inclua-se também aí a simples desfaçatez da autoridade, quando finge não ter conhecimento da pública e notória ocorrência de fato ensejador do exercício de sua competência.

Com efeito, como fruto do trabalho insistente e incansável de grandes mestres, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o direito administrativo já evoluiu suficientemente para ter consolidado e pacífico o entendimento de que a regra de competência jamais confere prerrogativas puras, pois todo poder conferido a uma autoridade pública compreende, necessariamente, o dever de exercê-lo.

Todo poder, toda competência é instrumental, voltada para a realização de interesses públicos, que são indisponíveis. Daí dizer-se que a autoridade pública não tem poderes incondicionados, mas, sim, poderes-deveres, ou, mais exatamente, deveres-poderes, dado que o poder somente é conferido a qualquer autoridade para ser utilizado no cumprimento de dever de atuar no sentido da concretização do interesse público. É o dever que legitima o poder.

Pode-se, portanto, dizer que existe formalismo abusivo, desvio de poder, tanto quando a autoridade age sem qualquer propósito, quanto quando deixa de atuar, pois, neste caso, está retirando o necessário propósito inerente à competência que lhe foi outorgada.

Rememorando, novamente, o que foi dito no início: chegou-se a um estado de coisas no qual os transgressores da lei são amplamente confortados pela desmedida presunção de inocência, enquanto o cidadão comum é presumidamente culpado ou suspeito de alguma coisa ou é movido por más intenções ou propósitos fraudulentos.

Esse comportamento tradicional, herdado dos tempos coloniais, está de tal forma arraigado na cultura burocrática brasileira, que sobrevive até mesmo diante da existência de mandamento legal expresso em sentido contrário, como é o caso do Art. 3º, e seu inciso I, da Lei nº 9.784, de 29/01/99, lei geral de processo administrativo federal, que se transcrevem:

> *"Art. 3. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
>
> *I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;"*

Na prática ocorre exatamente o contrário, pois uma desconfiança fundamental faz com que a burocracia sempre exija uma infinidade de papéis, atestados, certidões e comprovantes de toda ordem. Exemplo claríssimo são as exigências de reconhecimento de firma e de autenticação de documentos, mesmo na absoluta ausência de qualquer incerteza concreta ou mesmo risco de que isso possa acontecer.

Algumas exigências perduram simplesmente porque sempre existiram, enquanto outras são criadas exatamente porque nunca foram anteriormente exigidas, sob os mais despropositados e, até mesmo ridículos, pretextos.

Por exemplo, na área do controle de veículos automotores, perduram as exigências de reconhecimento de firma "por autenticidade", obrigando o interessado a ir pessoalmente a um cartório, sem que isso contribua minimamente para diminuir o roubo ou furto de veículos, pois os delinqüentes ou desmancham os veículos ou falsificam os papéis correspondentes.

O documento de licenciamento anual é de porte obrigatório, mas a grande quantidade de assaltos e o inferno burocrático para conseguir uma segunda via, fazem com que as pessoas se valessem da alternativa de portar uma cópia autenticada. Entretanto, essa autenticação não poderia ser feita por um cartório, pois a cópia somente valeria se fosse autenticada pela autoridade de trânsito. Evidentemente isso configura ofensa aos artigos 19, II, e 236 da Constituição Federal, pois os serviços notariais e de registros são prestados por delegação do Poder Público, exatamente para que tenham a mesma validade de qualquer documento público. Mas quem se importa com isso? De todo modo, esse problema da autenticação da cópia já foi "resolvido" pela Resolução nº 205, de 20/10/06, do Conselho Nacional de Trânsito, mas em detrimento do cidadão, que, agora, está obrigado a portar o documento original, não mais se aceitando qualquer tipo de cópia. A explicação oficial para essa medida foi a existência de um grande número de documentos falsos, pois, com a evolução dos meios reprográficos, ficou muito fácil a falsificação, sendo difícil diferenciar uma cópia original de uma falsificada. Os assaltantes e os ladrões de veículos agradecem pela desoneração do encargo de falsificar cópias, pois, agora, poderão subtrair da vítima também o documento original.

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503 de 23/09/97, exige a marcação e o decorrente decalque do número do chassi do veículo. Agora, a Resolução nº 199/06 do CONTRAN, passou a exigir também a marcação e o decalque do número do motor, mesmo reconhecendo (em seu art. 2º) que em alguns veículos isso é de "visualização impossível" sem a remoção de componentes. Note-se que se trata de legislação retroativa, pois não abrange os novos veículos produzidos no Brasil, mas todos os veículos já existentes, inclusive os importados de países onde não há exigência de numeração do motor, por se tratar de componente substituível e porque o roubo de veículos e a falsificação de documentos não são crimes de incidência significativa.

Por outro lado, ou atuando com orientação radicalmente contrária, mesmo sabendo dos inúmeros acidentes, ferimentos e danos causados por esse acessório, o CONTRAN é absolutamente leniente com a questão dos engates que são colocados na traseira de veículos de todo tipo, para "proteger" o pára-choque. A Resolução CONTRAN 197/06 reconhece, expressamente e textualmente o "desvio de finalidade", pois o pára-choque não pode ser rígido nem ter superfícies pontiagudas, mas permite a manutenção dos engates já instalados (que deverão ser adaptados – o que significa isso???) e confere um prazo de 730 dias para fabricantes e instaladores se adaptarem.

Com o mesmo vezo de legislar retroativamente e sem base legal (pois o art. 150 do CTB se refere à renovação dos exames previstos no art. 149, que foi vetado) passou-se a exigir curso de direção defensiva e de primeiros socorros para os motoristas já habilitados, por ocasião da renovação do exame médico. Convém deixar claro que a aptidão para dirigir já foi demonstrada e não se renova. O prazo de validade da carta de motorista decorre da periodicidade do exame médico.

Não seria muito absurdo exigir aqueles cursos para quem, agora, estivesse postulando a obtenção da licença, mas tais exigências, para quem, no passado, já comprovou a habilitação para dirigir, nivelam por baixo, pois independem do comportamento do motorista: tanto faz ser um condutor exemplar quanto ser um transgressor costumeiro. Os únicos beneficiários disso foram os donos das auto-escolas, que ministram os "cursinhos", sem falar na possibilidade de falsificação ou de obtenção irregular dos correspondentes certificados. Campanhas de conscientização e educação para o trânsito preservariam o direito adquirido, respeitariam a estabilidade das relações jurídicas e certamente produziriam melhores resultados, mas quem lucraria com isso?

O que dizer dos inúmeros radares que infestam as ruas e estradas? Em sua quase totalidade funcionam como caça-níqueis, pois a velocidade máxima é fixada num nível tão baixo que se torna impossível trafegar permanentemente dentro dele. Nem mesmo o motorista mais cuidadoso consegue se livrar de ser contemplado com alguma multa, que sempre proporcionará algum dinheirinho para "o dono" da via. Os usuários costumeiros sabem onde estão os radares e diminuem a velocidade ao passar por eles, mas o cidadão comum, usuário eventual, é duplamente penalizado, por ter que trafegar em velocidade despropositadamente baixa e por arcar com alguma inevitável multa. No dizer de Cláudio de Moura Castro, em artigo com o sugestivo título de "A república do papel"[17]: "O radar multa os distraídos, não os irresponsáveis". Além disso, como é sabido, muitas "autoridades" suficientemente influentes conseguem duvidosas autorizações para que seus carros trafeguem com as famosas "chapas frias", ficando imunes a qualquer limite de velocidade.

Pior que isso é a necessidade de registro, no Exército, de veículos blindados. Já é um vexame ter que usar um carro blindado para se proteger dos bandidos, pois o Poder Público existe e recebe impostos para garantir a segurança pública. Supostamente, esse registro é feito para evitar que delinqüentes mandem blindar seus carros, o que compreende um duplo desatino. Primeiramente porque não cabe ao Exército funcionar como órgão auxiliar da Polícia e, principalmente, porque bandido não manda blindar carro algum. Caso tenha necessidade de um veículo blindado, basta roubar o que melhor se ajustar aos seus propósitos, pois a disponibilidade é muito grande, tanto nos estacionamentos em geral, quanto nas vias públicas, nas

[17] Revista Veja, 13/09/06, p.20.

proximidades dos restaurantes de luxo, atendidos por manobristas improvisados ou irregulares.

Essa situação se assemelha bastante ao controle de armas de fogo, estabelecido pela chamada lei do desarmamento (Lei nº 10.826, de 22/12/03) que proíbe a aquisição de armas de fogo por cidadãos maiores de 25 anos, sem antecedentes criminais, com residência certa e emprego permanente, e que tenham passado por um exame de aptidão técnica e psicológica para isso. Como é sabido e ressabido, bandido não compra arma em loja, mas sim, compra de algum contrabandista ou simplesmente aluga perante quadrilhas especializadas nesse tipo de locação. Para piorar a situação, passou-se a exigir a renovação da licença para a aquisição da arma feita no passado, antes dessa lei, ignorando-se o caráter definitivo da licença e a impossibilidade de "descomprar" a arma. Os custos, tanto para a aquisição quanto para a renovação são confiscatórios, de maneira a torná-las impossível para uma enorme parte da população.

Ou seja, o Poder Público, além de não cumprir seu dever de proporcionar segurança aos cidadãos, está estimulando a bandidagem, na medida em que impede o exercício da auto-defesa. Não por acaso, aumentaram os "arrastões" em prédios residenciais. Sem ir mais adiante nesse assunto, basta dizer que a mencionada Lei viola o art. 5º da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e confere uma série de garantias em seus incisos, dos quais são afrontados os seguintes:

> *"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
>
> *"XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial";*
>
> *"XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens";*
>
> *"XXII - é garantido o direito de propriedade";*
>
> *"XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada";*
>
> *"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal";*

> *"LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória";*

Vítimas qualificadas dessa volúpia em perseguir e prejudicar as pessoas de bem, são os colecionadores e os praticantes de tiro esportivo. Colecionadores são pessoas que contribuem para documentar a evolução tecnológica das armas, que cuidam com amor e desvelo da manutenção de armas antigas, sem qualquer poder ofensivo, se comparadas com as armas atuais. Colecionador não atira; guarda. Já o tiro esportivo é uma modalidade olímpica, na qual o Brasil já teve enorme destaque. O esportista compete; não agride. A chamada lei do desarmamento tipificou como crime o simples transporte (desarmada, desmuniciada) de uma arma antiquada ou específica para a prática esportiva.

Felizmente, algumas autoridades judiciárias já se mostraram atentas aos desatinos do legislador, conforme atesta a decisão proferida, por unanimidade, no Habeas Corpus 50540, proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator foi o Ministro Gilson Dipp, da qual se transcreve o essencial:

> *"À luz dos princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da necessidade, é inadmissível que dois colecionadores – sendo um dos pacientes, inclusive, praticante de tiro esportivo –, devidamente registrados no órgão competente, venham a responder processo criminal pelo fato de transportar arma de fogo, anteriormente emprestada, legalmente cadastrada junto ao Ministério da Defesa, acondicionada no compartimento de bagagem e desmuniciada.*
>
> *Situação em que as penalidades previstas no art. 247 do Decreto 3.665/2000 mostram-se cabíveis e suficientes à repressão da infração cometida.*
>
> *Não se justifica, neste caso específico, a intervenção do direito penal.*
>
> *Deve ser cassado o acórdão recorrido e trancada a ação penal movida contra os pacientes".*

Note-se que a máquina policial e o Poder Judiciário (até um Tribunal Superior) desperdiçaram um significativo potencial de recursos de trabalho, que melhor poderiam ser utilizados no combate ao crime organizado e ao espantoso comércio de armas ilegais, contrabandeadas, de uso privativo das forças armadas. Cidadãos de bem, que nenhum perigo estavam causando à

sociedade, sofreram um terrível constrangimento, sem qualquer correspondência com a manutenção da segurança pública.

Mas o descalabro não termina aí, pois ele é agravado pela desfaçatez. Com efeito, o Governo Federal fez publicar anúncio de meia página nos principais jornais, comunicando que a renovação do registro da arma poderia ser feito pela internet, conforme instruções contidas no site www.dpf.gov.br. Tal (des)informação é enganosa, pois não há possibilidade alguma de que isso seja feito pela internet, dado que se exige, além do pagamento das taxas exorbitantes, uma prova prática de tiro e um exame psicológico.

Quem ganha com isso? Quem se locupleta à custa do sacrifício dos direitos à vida, à incolumidade pessoal, à dignidade e à auto-defesa? Certamente as empresas de segurança regularmente constituídas com plena observância da legislação, mas eventualmente também as guardas particulares "informais", constituídas, estas, em boa parte, por policiais de folga, que agridem, ferem e até matam, contando com o acobertamento, a destruição de provas, a protelação e o sumiço de autos processuais.

Parece exagero? Mas não há exagero algum em dizer que o Poder Público ampara, sustenta e subsidia o "inexistente" Movimento dos Trabalhadores sem Terra – MST, uma organização para-militar, armada, de fins ilícitos, que invade propriedades privadas, órgãos públicos, rouba, seqüestra, pratica rotineiramente o cárcere privado, promove a destruição de culturas etc. Omissão também é desvio de poder.

Passando para coisas mais amenas, vamos falar da tributação. Os sonegadores e os inadimplentes são freqüentemente beneficiados por anistias de toda ordem, mas o contribuinte regular vive sufocado com absurdas obrigações acessórias, auto-lançamentos, demonstrativos, recadastramentos, cobranças aleatórias etc. Pagar impostos é uma atividade de alto risco, pois o contribuinte correto se expõe à voracidade arrecadatória do fisco em função de algum erro que sempre pode cometer, diante do incompreensível e mutante cipoal de normas regulamentares de todos os tipos.

Na cidade de São Paulo, a Municipalidade resolveu proibir absolutamente anúncios publicitários e restringir drasticamente os anúncios indicativos de atividades econômicas. Foram proscritas, da noite para o dia, as empresas regulares que exerciam atividades lícitas (essenciais a uma economia de mercado), pagando seus impostos, e que empregavam milhares de pessoas. Mas a leniência é total com relação à pixação e à grafitagem, que são crimes ambientais, tipificados no art. 65 da Lei nº 9.605, de 12/02/98, e, principalmente, com relação aos vendedores "ambulantes", que tomaram a cidade vendendo produtos contrabandeados ou pirateados. Numa perspectiva eminentemente jurídica, é certo que a Municipalidade, no exercício de seu poder/dever de disciplinar as atividades urbanas, poderia estabelecer requisitos e condições para anúncios publicitários (como, aliás, já constavam da legislação municipal), mas proibir totalmente o exercício de atividade

econômica lícita é claramente inconstitucional, pois desborda totalmente da esfera de competência do Município.

Paradoxalmente, o Prefeito de São Paulo vetou um Projeto de Lei (Projeto nº 511/06), que determinava que as partidas de futebol profissional do Município de São Paulo começassem antes das 21 horas, sob fundamento de que isso seria inconstitucional, pois trataria de Direito Desportivo, não podendo o Município legislar sobre isso. A propositura visava evitar que o horário das partidas de futebol continuasse sendo fixado em função dos interesses econômicos da mídia. No caso, evidentemente não há inconstitucionalidade alguma, pois não se trata absolutamente de Direito Desportivo, mas, sim, de assunto de indiscutível competência municipal, consistente em disciplinar o horário de funcionamento das atividades urbanas, da mesma forma que ocorre com relação a bares, restaurantes, farmácias e espetáculos públicos em geral, pois é certo que as partidas de futebol, dada a grande afluência de público, afetam todo o sistema de transportes urbanos e o direito ao sossego noturno.

Certos absurdos, em matéria de criação de formalidades burocráticas, obrigações ou procedimentos desprovidos de qualquer sentido para o interesse público, encontram amparo no próprio texto constitucional em vigor, que mantém privilégios certamente herdados da colônia ou da monarquia.

Confira-se a figura anacrônica e patética do juiz de paz, ou de casamentos, prevista no art. 98, II, da CF. Todas as providências e verificações necessárias à celebração do casamento civil se processam sob os cuidados de um oficial de registro civil, dotado de fé pública, competente para praticar atos da maior relevância para a vida das pessoas, mas incompetente, apenas, para proferir as palavras rituais: *"De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados"*. Impossível deixar de lembrar, nesse caso, o direito formular, dos primórdios de Roma antiga. O ridículo dessa encenação se torna ainda mais evidente quando, atualmente, a dissolução da sociedade conjugal pode ser feita em cartório, podendo o oficial do registro desconstituir os efeitos daquela soleníssima declaração.

A lista de exemplos que poderiam ser invocados é realmente enorme. Muitos mais poderiam ser lembrados, mas o que foi descrito acima já é mais do que suficiente para demonstrar a tese de que o Poder Público combate ferozmente a honestidade, inferniza e dificulta sobremaneira a vida do cidadão correto, ao mesmo tempo em que protege e ampara os delinqüentes, sacrificando interesses públicos em benefício de interesses particulares.

Para justificar cada um dos absurdos acima referidos a autoridade pública sempre poderá invocar um dispositivo legal isolado, cuja literalidade teria autorizado a conduta deletéria aos direitos e interesses das pessoas de bem.

Mas, conforme já foi dito, toda norma precisa ser interpretada, como integrante do contexto em que está inserida, em função das finalidades que visa alcançar e levando em consideração a realidade fática, concreta, do momento em que é aplicada, conforme consta de magnífico voto proferido pelo Eminente Desembargador NEWTON DE LUCCA[18]:

> *"A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consuma perante os fatos concretos da vida."*

A interpretação concreta, portanto, não se resume a uma dedução de lógica pura, destinada a desvendar a única solução correta e verdadeira, mas, sim, conforme explica com invejável clareza CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE[19], deve buscar a identificação do comportamento mais razoável:

> *"Conforme Recaséns Siches, a lógica que deve ser aplicada ao direito é a lógica do razoável ou do humano. Esta "é uma lógica que se inspira na razão projetada sobre assuntos humanos, é uma lógica que está permeada por pontos de vista axiológicos, por conexões entre valores e fins, por relações entre fins e meios e que ademais aproveita as lições da experiência humana prática, as lições da experiência histórica, as lições derivadas da vida e que se inspiram na consideração dos problemas práticos, que demandam tratamento justo e eficaz".*
>
> *"As normas jurídicas não podem ser julgadas do ponto de vista da verdade ou da falsidade, mas mediante referência a valores. Não são enunciados de idéias com intrínseca validez., como, p. ex., as proposições matemáticas. Não são tampouco descritivas ou explicativas de fenômenos. As normas jurídicas são diretivas, instrumentos práticos, elaborados pelos homens, para que, utilizados, produzam na realidade social determinados resultados. O direito é portanto uma arte prática, uma técnica de controle social, como equilíbrio dinâmico, que admite mudança no sistema".*
>
> *"A lógica do razoável, aplicada à interpretação jurídica, supera aquela pluralidade de métodos. Diante de qualquer caso, fácil ou difícil, há que se proceder razoavelmente. A ciência jurídica não tem condições de eleger um método interpretativo, como o único correto. Mas em cada caso, o juiz deve interpretar a lei, segundo o método que conduz à solução mais*

[18] Voto do Desembargador Federal Newton De Lucca no MS nº 94.03.093099-3-SP - TRF 3ª Região, publicado no Boletim AASP - nº 2043 - p. 473.

[19] *O problema dos métodos da interpretação jurídica.* São Paulo: RT, 1992, p. 80 e 82.

> *justa entre todas possíveis, inclusive quando impertinentemente o legislador tenha ordenado um determinado método de interpretação. De sorte que o método correto é o que em determinado caso nos conduziu à solução que consideramos satisfatória. E este método é o da lógica do razoável ou do humano".*

Em síntese, o bom senso não briga com o Direito. Normalmente, uma norma ou um ato que se revelem absurdos, são efetivamente incompatíveis com a ordem jurídica. O arsenal de desculpas à disposição de quem abusa do poder é realmente infinito, mas uma análise mais atenta sempre permite distinguir "motivo" de "desculpa", especialmente em função das finalidades pretendidas ou dos resultados efetivamente produzidos no caso concreto.

V – CONCLUSÕES

Interesse público e interesse privado não são conceitos antitéticos, pois, na verdade, se completam. O Estado Democrático de Direito não comporta a aniquilação dos direitos individuais, ainda que isso seja feito sorrateiramente, sob a alegação dos mais elevados propósitos.

Tudo quanto foi dito acima e tudo que se pretendeu demonstrar está contido nesta magnífica síntese feita por GUSTAVO BINENBOJM[20], que se transcreve:

> *"Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade.*
>
> *Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de*

[20] Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. Belo Horizonte: *Revista Brasileiro de Direito Público*, Editora Fórum, n. 8, jan./mar. 2005, p. 77:

> *ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade."*
>
> *"A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência a priori dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados."*

O norte do intérprete da norma ou do analista de determinada conduta de um agente público sempre haverá de ser o interesse público, mas nunca como algo absoluto, nunca numa postura fetichista, jamais desprezando as múltiplas implicações e os múltiplos princípios, disseminados por todo o sistema, e jamais ignorando que o direito cuida de relações intersubjetivas, de direitos das pessoas humanas concretamente existentes num contexto social.

Qualquer regra ou conduta que atente contra o super princípio da estabilidade das relações jurídicas e o princípio elementar da dignidade humana sempre será anti-jurídica. O Direito não pode ser interpretado em função de idiossincrasias ou concepções puramente ideológicas, mas, ao contrário, deve atentar para com a realidade existente e levar em conta critérios de razoabilidade.

Insiste-se em que o resultado concreto de cada norma ou decisão é fundamental, dado o caráter inafastavelmente instrumental das normas jurídicas, conforme destaca ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO[21]:

> *"O Direito não pode ignorar a realidade social sobre a qual incide. As regras jurídicas devem ter a validade da sua aplicação aferida do ponto de vista da sua eficácia, instrumental à realização prática dos seus objetivos públicos, não apenas do ponto de vista de sua conformidade em tese com os atos normativos hierarquicamente superiores. Uma regra que, fora de qualquer zona cinzenta de juízo, indubitavelmente não está realizando as finalidades públicas às quais se destina, ou pior; as está contrariando, não pode, inclusive por força do Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, CF), ser aplicada aos casos concretos em que tenha esses efeitos".*

[21] Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito Administrativo. Belo Horizonte: *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, 04, out./dez. 2003, Editora Fórum, p. 10

Interessante notar que a recíproca é verdadeira. Quando uma lei nova, embora afete comportamentos tradicionais e arraigados, corresponde a um efetivo interesse público, é fácil e rápida sua absorção e seu acatamento pela coletividade. Podem ser citadas, como exemplos, as exigências de uso de cinto de segurança nos automóveis e de capacete pelos motociclistas, bem como a proibição de fumar em restaurantes. Nos Estados Unidos, até as exageradas e vexatórias vistorias nos aeroportos foram aceitas diante da convicção de que se trata de algo realmente necessário à segurança das aeronaves.

Outro problema é a falta de leis para dar atendimento a situações havidas como de necessidade ou utilidade pública. No Brasil, mesmo o clamor público exigindo a criação ou a alteração de determinadas leis não motiva a edição de legislação correspondente. Alguns casos são polêmicos, como o aborto, a pena de morte e a descriminalização do uso de drogas e a flexibilização da legislação trabalhista. Outros decorrem de um somatório de demagogia, preconceitos, incoerências, e anacronismos, como é o caso da redução do limite de idade para responsabilidade penal (mantido no mesmo patamar do século XIX), pois já se reconheceu que o menor de 16 anos tem discernimento para eleger até o Presidente da República, mas não se aceita que tenha noção de que roubo, homicídio e estupro são condutas reprováveis. Vale lembrar que em alguns países indubitavelmente democráticos a idade mínima para e responsabilidade penal é bem menor, como, por exemplo: Argentina e Chile, 16 anos; Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia, 15 anos; Alemanha e Itália, 14 anos; França, 13 anos; Inglaterra, 10 anos; e Escócia, 8 anos.

Em síntese, a legislação deve adequar-se a realidades emergentes. Pelo menos sua interpretação deve pautar-se pelo método evolutivo, que leva em consideração a realidade existe não no momento de produção da norma, mas, sim, de sua aplicação. Muitas vezes, vedações e exigências que eram pertinentes no passado deixaram de ter sentido, seja em face de alterações no mundo fático, seja em face de novos princípios introduzidos ou reafirmados, com maior força, pela ordem jurídica.

A conjugação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade impede que a Administração faça exigências exageradas, inúteis ou mesmo deletérias aos interesses que deve proteger. Entretanto, na vida prática, conforme foi demonstrado por meio de uma série de exemplos concretos, com desagradável freqüência o cidadão se depara com exigências totalmente despropositadas, inúteis, ditadas simplesmente pelo propósito de arrecadar os emolumentos correspondentes ou como uma demonstração de poder e para exigir uma submissão do interessado, ou, ainda, como forma de dificultar ou mesmo impedir o exercício de direitos.

Vale aqui lembrar que na Espanha, conforme demonstra TERESA NUÑES GOMEZ[22] , o art. 35 da Lei do Regime Jurídico da Administração Pública e do Procedimento Administrativo Comum (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) confere aos cidadãos o direito público subjetivo de não apresentar documentos inúteis, desnecessários, inexigíveis ou reiterativos. Oxalá, algum dia, também no Brasil se tenha consciência de que a Administração Pública não tem o direito de simplesmente aborrecer, perturbar ou molestar o cidadão. Não cabe à Administração Pública, nem mesmo com base na lei, criar dificuldades para vender facilidades, pois isso atinge o cerne da cidadania, o âmago da liberdade, a própria dignidade da pessoa, configurando patente inconstitucionalidade.

Vedações ou exigências despropositadas sempre são sustentadas por alguma norma legal ou regulamentar. Na prática, a hierarquia das normas jurídicas se inverte, pois é mais grave, para o servidor público subalterno, descumprir a ordem de seu superior hierárquico imediato do que afrontar a Constituição. Mas isso também se repete nos altos escalões administrativos, com relação aos ocupantes temporários dos cargos de natureza política. Mas, em termos estritamente jurídicos, as leis e os regulamentos devem ser aplicados de acordo com a Constituição, e não o contrário.

Não obstante isso seja ululantemente óbvio, é conveniente reforçar essa afirmação com o testemunho e a indiscutível autoridade, moral e jurídica, da Eminente Ministra do Supremo Tribunal Federal CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA[23] :

> *"A Constituição é a medida de todas as normas. O padrão de validade jurídica das normas que compõem o sistema de Direito é a Constituição. A sua qualidade paramétrica deriva, em parte, de sua fundamentalidade, entendida aqui como o ponto de modelação e sustentação de todo o sistema normativo e como origem de todas as normas, e, em parte, de sua supremacia, inteligida como a primariedade e a superioridade material e formal que ela ostenta. Como Lei Fundamental e Suprema, a Constituição é a única e superior vertente de validade de todas as normas, as quais somente têm existência plena se compatíveis e conformes a ela. A carência do elemento conformados e compatíveis com a Constituição torna a lei, o ato ou o comportamento despojado de validade jurídica, tornando-o, assim, vulnerável a efeitos específicos definidos pela ordem normativa no sentido da sua não aplicação ou da não aceitação ou da cessação de seus efeitos.*

[22]. *Abuso en la exigencia documental y garantias formales de los administrados.* Espanha: Universidad de Olviedo, Atelier Libros Jurídicos, 2005.

[23] *Constituição e Constitucionalidade.* Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991, p. 98.

> *Inconstitucional é, pois, a lei, o ato normativo ou o comportamento desarmonizado com a Constituição. Esta, que tem força obrigatória vertical superior, é descumprida. Inconstitucionalidade tem sempre o sentido de descumprimento da norma maior e de obrigatoriedade máxima. Significa, pois, afirmar que estabelecido o confronto entre o parâmetro constitucional e a lei ou o ato que se deseja analisar constata-se uma dissonância entre eles. Sendo o sistema constitucional o padrão mensurador da validade jurídica de uma lei, ato normativo ou comportamento tem-se que este desvale em relação àquele pela ausência de sintonia entre eles e a maior superioridade e força obrigatória, que é a norma constitucional".*

Mesmo reconhecendo a supremacia da norma e dos princípios constitucionais em relação às leis e regulamentos é preciso salientar que a Constituição compreende uma pluralidade de normas e princípios que devem conviver harmonicamente. Não basta demonstrar que uma determinada norma legal ou regulamentar, ou um determinado ato administrativo, especialmente quando praticado no exercício da polícia administrativa, possuem suporte em um específico e determinado preceito ou princípio constitucional, pois nenhum preceito ou princípio constitucional vive isoladamente, desvinculado de todo o contexto ao qual pertence.

Neste ponto, é necessário invocar o amparo doutrinário de outro luminoso integrante do Supremo Tribunal Federal, o Ministro EROS ROBERTO GRAU[24], para quem não se pode interpretar a Constituição "em tiras", mas cujo pensamento somente pode ser entendido com fidelidade diante da transcrição literal de seu escrito:

> *"Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação do direito, e não textos isolados, desprendidos do direito.*
>
> *Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo.*
>
> *Santi Romano [1964:211] insiste em que a interpretação da lei é sempre interpretação não de uma lei ou de uma norma singular (texto, e não norma – insisto), mas de uma lei ou uma norma que é considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico; o que significa que o que efetivamente se interpreta é esse ordenamento e, como conseqüência, o texto singular. Hermann Heller [1977:274], por outro lado, observa que o preceito jurídico particular somente pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, quando se parta da totalidade da Constituição política. A propósito, diz*

[24]. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.113.

> *Geraldo Ataliba [1970:373]: '(...) nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses – é propedêutico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente'.*
>
> *Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.*
>
> *A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.*
>
> *Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio [1960:3] – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo.*
>
> *A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o lingüístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto lingüístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional".*

Com maior ou menor honestidade intelectual, certamente sempre será possível apontar algum fundamento para cada abuso ou omissão, mediante o pinçamento de algum dispositivo isolado. Quanto menos dotado de conhecimentos jurídicos, mais facilmente alguém se dará por satisfeito diante de uma argumentação supostamente jurídica bem feita, ainda que incorreta ou mesmo desonesta. Isso talvez justifique a razão pela qual tantos abusos são cometidos em nome da liberdade, da igualdade, do interesse público e dos direitos sociais.

O cidadão comum fica estarrecido e confuso diante de tantas controvérsias interpretativas. No contexto social, pela constante repetição de perplexidades, chegou-se a um estado de profunda depressão moral e institucional, marcada pela passividade, resignação, conformismo, desencanto, desânimo e desinteresse, formando o caldo de cultura que favorece os espíritos totalitários providos de sedutores discursos supostamente democráticos, mas verdadeiramente demagógicos.

Aos juristas, mais do que aos políticos, cabe a tarefa de restauração da cidadania e da dignidade da pessoa, mediante a denúncia das distorções e pela demonstração de que as instituições são providas de remédios suficientes e eficazes para sanar suas próprias feridas e debilidades.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

DALLARI, Adilson Abreu. FORMALISMO E ABUSO DE PODER. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.