



# O Neoconstitucionalismo no Brasil e suas Repercussões na Administração Pública, Permitindo o Controle Externo do Poder Judiciário dos Atos Administrativos Discricionários

***Ruth Araújo Viana***

Mestre pelo curso de Mestrado em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza, no Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Entre Rios Piauí. Professora na Gestão Educacional Superior – Sentido Único. Advogada. [rutharaujoviana@gmail.com](mailto:rutharaujoviana@gmail.com)

## **Resumo**

O Neoconstitucionalismo é uma nova corrente doutrinária que confere força normativa à Constituição, tornando-a vinculadora de todo o ordenamento jurídico em razão de sua supremacia formal e material, permitindo, assim, o crescimento do Poder Judiciário, a normatização dos princípios, a valoração dos direitos fundamentais e a defesa do regime democrático. Para o presente trabalho, adota-se referencial bibliográfico e documental, partindo-se de um referencial teórico crítico, analítico e reflexivo. O objetivo principal é descrever a constitucionalização no Brasil e suas consequências diretas na relação da Administração Pública com a Constituição, tornando possível o controle mais efetivo dos seus atos, dentre eles os discricionários, pela Corte Constitucional, pois esse último como defensor do ordenamento jurídico não pode se abster de fiscalizar os atos da Administração Pública quando houver possível violação da Democracia, direitos fundamentais e princípios constitucionais.

**Palavras-Chave:** Neoconstitucionalismo no Brasil. Direitos fundamentais, democracia e princípios. Administração pública. Poder e ato discricionário. Controle jurisdicional dos atos discricionários.



## **The Neoconstitutionalism in Brazil and its effects on public administration, allowing the judiciary control of the administrative discretionary acts**

### **Abstract**

The neoconstitutionalism is a new current doctrine that gives legal force to the Constitution, making the relatedness of the entire legal system, due to its supremacy formal and material, thus allowing the growth of the Judiciary, the standardization of the principles, the valuation of fundamental rights and the defense of democracy. For this paper, we adopt bibliographical references and documentary, starting from the theoretical critical analytical and reflective. The main objective is to describe the constitutionalization in Brazil and its direct consequences on the relationship of public administration with the Constitution, making possible a more effective control of their actions, including the discretionary by the Constitutional Court, as the latter as a defender of the law does not can refrain from reviewing the acts of public administration when there is potential violation of democracy, fundamental rights and constitutional principles.

**Keywords:** Neoconstitutionalism in Brazil. Fundamental rights, democracy and principles. Public administration. Power and discretionary act. Judiciary control of discretionary acts.

### **Sumário**

1 Introdução. 2 A constitucionalização no Brasil: neoconstitucionalismo e suas transformações. 3 Ato administrativo e poder discricionário. 4 Controle dos atos administrativos discricionários. 5 O Neoconstitucionalismo e as implicações na Administração pública. Democracia, direitos fundamentais e princípios como fundamentos hábeis para legitimar o controle externo do judiciário nos atos administrativos discricionários. 6 Conclusão. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito com a promulgação da Constituição Federal de 1988 fez surgir uma corrente doutrinária pós-positivista, Neoconstitucionalista, que entende a Lei Maior como propulsora e vinculadora de todo o ordenamento jurídico em razão da sua supremacia formal e material diante dos demais ramos do direito e das leis infraconstitucionais.

Essa nova interpretação sobre a Carta Maior provocou diversas mudanças no Estado brasileiro, fortalecendo o valor de um Estado Democrático respaldado na soberania popular, a normatividade dos princípios, que antes tinham caráter apenas informativo, a importância dos direitos fundamentais e a ascensão do Poder Judiciário.

Assim, reconhecendo o valor da Constituição Federal e o liame que traça com os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, houve uma reaproximação da Administração Pública e do Direito administrativo com o Direito constitucional e o Poder Constituinte Originário, tornando possível o controle dos atos administrativos discricionários pela Corte Jurisdicional em detrimento do novo comprometimento neoconstitucionalista do Poder Judiciário como protetor do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, torna-se possível, mesmo sabendo que foi conferido Poder Discricionário à Administração Pública baseado em critérios de conveniência e oportunidade, o controle de atos discricionários quando violados o regime democrático, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL: Neoconstitucionalismo e Suas Transformações

Anteriormente à constitucionalização do Direito vigorava o positivismo, que surgiu no final do século 19, em oposição ao jusnaturalismo metafísico e anticientífico, e buscava a objetividade científica, equiparando

o Direito à lei, excluindo a possibilidade de discutir sobre sua aplicação, atendendo a um pensamento formalista, estrito ao legalismo, sem exceções, distanciado da moral. O fracasso político do positivismo se deu, justamente, a essa atenção pura da lei, que legitimou ideologias e governos autoritários como o fascismo e o nazismo.

A decadência do positivismo acabou gerando vários debates e discussões acerca do Direito, aproximando-o da Filosofia, em uma tentativa de encontrar sua função social. Ocorreu, então, um movimento pós-positivista, constitucionalista, que busca ir além da legalidade em si, pondo os problemas de interpretação do Direito à tona e as dificuldades de sua relação harmoniosa com a política e a moral.

Assim, construiu-se o reconhecimento da força normativa constitucional no Brasil ao longo da década de 80, ultrapassando a ideia de Constituição somente como um documento político. Isan Almeida Lima (2010) explica essa evolução:

A Constituição que durante algum tempo obteve um papel de mera carta política, passa a assumir um papel central no ordenamento jurídico ampliando a noção do que seria o ordenamento jurídico. A carta magna passou a ser reconhecida como dotada de força normativa, ou seja, aplicabilidade e eficácia de todas as palavras nelas contidas e não uma mera carta de intenções, superando a ideia advinda do iluminismo da centralidade da lei no ordenamento jurídico.

O marco histórico do novo direito constitucional no Brasil é a Constituição Federal de 1988 e a legitimidade democrática que ela positivou. A aproximação do constitucionalismo e da democracia produziu uma nova forma de organização política do Estado de Direito. A promulgação, portanto, da Constituição de 1988, “introduziu uma nova configuração no âmbito do direito público: um texto que extravasava os limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal” (Maia, 2009, p. 119), fazendo renascer o Direito constitucional e o próprio país, abandonando um his-

tórico de governos autoritários para dar força ao Estado Democrático. Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 36) explica que nesse momento a teoria do Direito está fortemente ligada à democracia e as outras correntes positivistas e jusnaturalistas não tiveram esse alcance:

A conclusão que a partir daí se extrai é de que o neoconstitucionalismo tem como formação uma teoria do direito eminentemente voltada para o Estado (Constitucional) Democrático de Direito e, ainda mais importante, que analisa o direito como pode ser e não apenas como ele é e muito menos como ele deveria ser. A falácia do jusnaturalismo é pretender guiar o direito pelo dever-ser, por um estado ideal, que leva a subjetividades e planos distintos do direito. Já a falácia do positivismo é defender o direito somente como ele é, pois, além de isolar o direito de respostas sociais, afasta o estímulo pela transformação.

Cumprе mencionar que a Carta Constitucional democrática já vigora há mais de 20 anos, o período mais longo de estabilidade institucional republicana do Brasil, trazendo várias transformações significativas de participação e intervenção social na gestão do Estado, recorrendo sempre à Constituição para ganhar força e legitimidade. Verifica-se, desta maneira, o avanço do Poder Constituinte Originário e o seu reconhecimento por meio da soberania popular.

A Lei Maior passou a ter, então, caráter vinculatório e imperativo, quando sua observância é o primeiro critério para a aplicação de uma lei, pois “todo o exercício do poder do Estado encontra seus limites na Constituição e deve se realizar de acordo com os parâmetros formais e materiais nela estabelecidos” (Diniz, 2002, p. 100). A vinculação do ordenamento jurídico com a Constituição, portanto, torna-a preceito fundamental para qualquer ponto de partida nos outros ramos do Direito, em razão da sua supremacia formal e material. Eduardo Cambi (2007) assevera que:

A superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou da compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das respectivas *relações de poder*, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo que o Estado fizesse fosse legítimo.

Todas essas mudanças resultaram em um novo estudo dogmático da interpretação constitucional, pois, depois de ser conferido caráter normativo à Constituição, era necessário um estudo de suas implicações e consequências, uma vez que a interpretação tradicional não estava sendo mais suficiente para suprimir os conflitos de acordo com as premissas da Lei Maior, pois cabia somente às regras solucionar os problemas jurídicos (não havia necessidade de recorrer à Constituição) e ao juiz aplicá-la de acordo com o caso concreto, sem usar aspectos valorativos.

Assim, os debates entre a doutrina e a jurisprudência permitiram uma nova análise da interpretação tradicional e verificaram que nem sempre a norma em si seria suficiente para solucionar um problema; às vezes era necessário recorrer ao texto constitucional e suas diretrizes para atender de forma justa ao caso concreto, e, deste modo, o juiz não seria mero aplicador da lei, mas um novo intérprete na aplicação do Direito. Sobre o pós-positivismo, entende Luís Roberto Barroso que (2007b, p. 7):

A doutrina pós-positivista se inspira na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras;

A constitucionalização no Brasil provocou, dessa maneira, diversas transformações, dentre elas a possibilidade de ascensão e expansão do Poder Judiciário. Conforme Luís Roberto Barroso (2007b, p. 52), uma vez “recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo”.

A supremacia da Constituição permitiu, então, a interferência e fiscalização da Corte Jurisdicional no Poder Legislativo e no Executivo, algo determinante para a afirmação das atribuições do Poder Judiciário, que passou, dessa forma, a ter legitimidade democrática para resguardar o ordenamento jurídico.

Diante dessa nova hermenêutica jurídica, foi conferida também normatividade aos princípios, que os elevou à categoria de fundamentação legal, provocando uma ampliação do embasamento jurídico. Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60) afirma que “Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica”. Anteriormente, porém, na visão jusnaturalista, os princípios tinham caráter informativo e apenas auxiliavam na interpretação das normas; possuíam, portanto, uma função subsidiária para preencher possíveis lacunas da lei. Assim, a visão pós-positivista do ordenamento jurídico deixou de considerar a lei como fonte maior e abriu espaço para os princípios com força normativa. É o que explica Emerson Garcia (2003):

Em sua gênese, conforme a doutrina tradicional, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas. Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios.

Ao contrário das regras, os princípios definem diretrizes concretas, mas que, no âmbito da interpretação, podem tornar-se tão amplas que fica difícil definir qual decisão seria adequada ao problema em concreto. Segundo Amandino Teixeira Nunes Junior (2002):

As normas-princípio (ou simplesmente princípios) distinguem-se das normas-disposição (também referidas como regras) pelo seu maior grau de abstração e por sua posição mais destacada dentro do ordenamento. São formuladas de maneira vaga e indeterminada, constituindo espaços livres para a complementação e desenvolvimento do sistema, por não se limitarem a aplicar-se a situações determinadas, podendo concretizar-se num sem número de hipóteses.

Esses “mandados de otimização” são, assim, um obstáculo interpretativo para o aplicador do Direito. Luís Roberto Barroso (1999, p. 147-148) argumenta que “aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada situação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional.” Dessa maneira, princípios levam o jurista a justificar, pensar e repensar, buscar a melhor escolha e definir dentro de um confronto de normas constitucionais, qual decisão atenderá melhor aos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988.

O prestígio, também conferido aos direitos fundamentais no atual constitucionalismo, reflete o resgate dos valores morais sociais. No entendimento de Pietro Sanchís (1996, p. 508), esses direitos são “a tradução jurídica das exigências morais mais importantes que em cada momento (histórico) foram erigidas a critério fundamental para medir a legitimidade de um modelo político e, portanto, para justificar a obediência a suas normas”. Desta forma, o comportamento moral de uma sociedade em dado momento histórico passa a ser incorporado no ordenamento jurídico como Direito fundamental que estabelece limites para as condutas dos

indivíduos, assim como estabelece barreiras para a atuação do Estado. A importância do respeito aos direitos fundamentais é explicada por Luís Roberto Barroso (2007b):

[...] os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.

Todas essas transformações, aproximação entre democracia e constitucionalismo, normatividade da Constituição e dos princípios, reconhecimento axiológico dos direitos fundamentais e ascensão do Judiciário, caracterizam a nova hermenêutica Neoconstitucionalista. Isan Almeida Lima (2010) identifica essas transformações:

Consolidou-se uma teoria dos direitos fundamentais veiculados na constituição, com regras próprias de interpretação e aplicação, bem como se expandiu a jurisdição constitucional, dotando a sociedade de métodos efetivos de controle dos atos da sociedade em desconformidade com a Carta Maior [...] Através da superação histórica do jusnaturalismo e do positivismo, abriu-se a possibilidade para uma série de discussões acerca da função social e da interpretação do Direito, ensejando numa reinserção e revitalização dos valores e dos princípios como fontes do direito, influenciando diretamente na interpretação.

Luís Roberto Barroso (2007b) também esclarece a peculiaridade de tais mudanças de paradigma no novo âmbito constitucional, que defende uma teoria de justiça a ser instituída pelo Estado Democrático de Direito brasileiro:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia.

O Neoconstitucionalismo do século 21, também conhecido por constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado e paradigma argumentativo, representa uma nova teoria do Direito, conforme explica Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 18):

[...] a concepção do neoconstitucionalismo, conforme defendemos, enxerga o direito como ele pode ser: transformador. Mais do que a superação de uma metodologia jurídica – o que já seria uma grande proposta –, o neoconstitucionalismo muda a forma de pensar, pois pretende superar o debate entre positivistas *x* jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a Constituição.

O constitucionalismo de direitos ensejou, portanto, uma mudança significativa no teor das normas constitucionais vigentes. Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 30) traça resumidamente o processo de evolução histórica constitucional até o Neoconstitucionalismo:

1. Constitucionalismo antigo – presente no período monárquico;
2. Constitucionalismo moderno liberal – em que jusnaturalismo e positivismo se enfrentam, com prevalência do segundo modelo, adaptado às pretensões liberais;

3. Constitucionalismo social – das Constituições sociais, que ora adotavam o positivismo jurídico, ora adotavam uma vertente do realismo jurídico, que se traduz, em duas palavras, pela dimensão sociológica e empírica do direito, mais afeito aos ideais socialistas;

4. Constitucionalismo do pós-guerra mundial – em que as apostas das Constituições democráticas foram elaboradas como um feixe de normas constitucionais principiológicas e a defesa em torno de uma jurisdição constitucional. Nesse percalço de meio século, as variações da teoria do direito adotadas passaram por um positivismo exclusivo, por diversas manifestações do positivismo inclusivo, até chegar a um neoconstitucionalismo pautado nas transformações ocorridas pela constitucionalização do direito. Aposta em um Estado ponderador, e não em um Estado polarizado.

5. Neoconstitucionalismo total – novo paradigma, que é a teoria e filosofia do direito, simultaneamente, com a acepção nova e rigorosa da teoria da interpretação, da teoria da norma, da teoria das fontes e do sistema corretivo e maximizador dos direitos fundamentais.

Entende-se, desta forma, que a constitucionalização do Direito passou a introduzir no texto constitucional um conteúdo axiológico, que conectou o ser humano à ideia de dignidade, ligou o Direito à Filosofia e estreitou os laços do comprometimento popular com o Estado pela democracia, fazendo ressurgir a racionalidade prática. O neoconstitucionalismo, portanto, “é uma teoria que se enquadra em um Estado em busca de efetividade e transformação, por meios racionais de correção, e em torno de uma identidade própria da Constituição” (Moreira, 2008, p. 28). A relação entre argumentação jurídica e o Neoconstitucionalismo existe justamente porque a sociedade sempre está sofrendo constantes mudanças, sendo o Direito o instrumento que deve acompanhar essas transformações de cunho político, social, econômico e cultural. Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 135) afirma que “o que caracteriza construtivamente o neoconstitucionalismo é a operacionalização da razão prática

através de teorias da argumentação jurídica [...]”. A argumentação reúne elementos que sejam justificadores de um pensamento. “É basicamente uma atividade de justificação” (Maia, 2009, p. 136).

Essa incorporação da Constituição como ápice de todo o ordenamento jurídico e a visão neoconstitucionalista que a exalta, permitiu também uma nova percepção da relação entre Direito e Moral, esclarecendo que não se pode separá-los, pois um discurso moral repercute num discurso jurídico, uma vez que qualquer sistema jurídico incorpora conceitos morais e, por outro lado, a própria prática jurídica pressupõe uma dimensão moral. Segundo Alfonso García Figuerola (2009, p. 94), “[...] el neoconstitucionalismo fuerte (normativo y conceptual, no positivista) que cabe reconocer en las propuestas seminales de Ronald Dworkin, Robert Alexy o Carlos Nino mantiene que no es posible escindir Derecho y moral, razonamiento jurídico y razonamiento moral”.

Assim, o Neoconstitucionalismo apresenta-se como uma nova teoria – Filosofia do Direito –, “uma “ideologia política” menos complacente com o poder” (Streck, 2006, p. 267), quando a lei apresenta-se subordinada à Constituição e é resgatada a ligação entre Direito e moral negada pelo positivismo, defendendo, portanto, que toda interpretação jurídica deve passar por uma interpretação constitucional, fortificando, dessa maneira, o regime democrático, o caráter normativo dos princípios e ampliando a atuação jurisdicional.

### **3 ATO ADMINISTRATIVO E PODER DISCRICIONÁRIO**

Ato administrativo é uma manifestação de vontade, declaração jurídica e específica expedida no exercício da função administrativa em detrimento de particulares, para alcançar o interesse público de forma a

delimitar e determinar seus direitos e deveres, criando certezas jurídicas na relação entre Estado e indivíduo. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 354) destaca que ato administrativo é:

Declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, e aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Ainda esclarece Odete Medauar (2008, p. 158):

O ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.

Todo ato administrativo possui cinco elementos ou requisitos de validade dos quais devem se revestir para serem considerados atos administrativos válidos. São eles: competência, motivo, objeto, finalidade e forma. Esses elementos essenciais estão também positivados na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular, artigo 2º:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

A Administração Pública possui cinco espécies de poderes que a auxiliam na execução de seus atos, são eles: Poder Vinculado e Discricionário, Poder Hierárquico, Poder Normativo ou Regulamentar, Poder Disciplinar e Poder de Polícia.

O Poder Discricionário é aquele em que o agente público fica preso ao texto de lei que oferece, dentro de suas limitações, mais de uma opção para a realização do ato administrativo, ficando à vontade do administrador público, observando os critérios de conveniência e oportunidade. Há, dessa maneira, um juízo de valor. Esse poder distingue-se do Poder Vinculado no que se refere ao âmbito de atuação do administrador que, neste caso, é bem maior. Conforme Hartmut Maurer (2006, p. 143):

O poder discricionário ao lado da consequência jurídica de uma regulação legal. Ele está então dado, quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos. A lei não liga ao tipo uma consequência jurídica (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração para ela própria determinar a consequência jurídica, em que ou lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado um certo âmbito de atuação.

Sobre o Poder Discricionário, o doutrinador Hely Lopes Meirelles (2004, p. 116) define: “é o poder que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 471) explica que o poder discricionário feito pelo administrador “é apreciar a conveniência e a oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de forma a proceder desta ou daquela maneira.” Reinaldo Moreira Bruno lembra (2008, p. 89):

Em algumas situações, o regramento não estabelece a ação a ser executada, reservando ao administrador uma certa margem de liberdade, em que o agente público poderá optar entre ou mais soluções, sempre

amparadas pelo Direito, ou seja, a lei expressamente confere mais de uma alternativa ao administrador, que, ao decidir, deverá limitar-se exclusivamente às opções postas ou autorizadas em lei. Justifica-se essa possibilidade na complexidade e enorme variedade de situações, problemas e áreas de atuação da Administração Pública, e torna-se contra producente e até mesmo contrário ao interesse público a lei expressamente prever soluções para as questões, sem considerar as peculiaridades do momento e mesmo da conveniência ou não para os interesses da sociedade.

Essa discricionariedade pode existir, portanto, quando a lei expressamente a conferir à Administração, quando ela for omissa ou prever determinada competência. Assim, limita-se ao que é imposto por lei, tendo sempre como objetivo um interesse maior, o interesse público. Desta maneira, os elementos competência, forma e finalidade do ato administrativo impõem restrições ao exercício da Administração Pública, que deverão ser observadas e obedecidas, sendo mais correto declarar que a margem de atuação do administrador público, no que diz respeito ao Poder Discricionário, implica liberdade de atuação subordinada aos limites da norma jurídica, devendo o ato discricionário ser realizado por agente que tenha competência legal para exercê-lo, devendo o ato atender à forma específica e legal prevista e almejar, como finalidade, o interesse público. Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 48), “A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.”

Em razão das inúmeras situações sociais e jurídicas com que se defronta a Administração Pública, a lei não poderia deixar de conferir ao administrador a capacidade de atuar e decidir segundo sua conveniência e oportunidade, pois, caso contrário, seria impossível que a lei contemplasse todas as soluções juridicamente possíveis. Daí reside a necessidade de se

recorrer ao Poder Discricionário para tentar preencher as lacunas que a lei não pode prever, mas lembrando que deve sempre obedecer aos limites legais. Dessa maneira, Rafael Bielsa esclarece (1955, p. 208):

Existe certa impossibilidade prática para determinar com detalhes, na lei a competência e regulação dos serviços públicos. A lei não pode prever todas as situações que se apresentam ao Poder Administrador; ela, em geral, assinala regras ou normas relativas à competência e às atribuições dos órgãos administrativos, mas não pode prever hipóteses muito circunstanciais, fatos ou complexo de fatos. Daí atribui ao Poder Administrador certa faculdade discricionária.

O Poder Discricionário, portanto, confere ao administrador público a capacidade de, dentro dos ditames da lei, escolher dentre várias condutas possíveis para praticar determinado ato administrativo usando critérios de conveniência e oportunidade no intuito de atingir o objetivo almejado, que é o interesse público. Essa avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade é o que chamamos de mérito administrativo.

Dessa forma, o mérito administrativo é o conjunto de alternativas válidas e passíveis de serem escolhidas pelo livre-convencimento do administrador, que não possuem caráter vinculante e podem ser analisadas segundo critérios de conveniência e oportunidade a serem definidos pelo administrador público.

Nessa linha de pensamento, deve-se entender o mérito que é concedido ao administrador público como sendo a avaliação da oportunidade e conveniência concernentes ao objeto e o motivo para a prática de ato discricionário que busca alcançar o interesse social almejado e protegido pelo Estado. Esses dois elementos citados são respectivamente a vontade jurídica que o agente pretende introduzir na sociedade em situações e relações sujeitas à atividade administrativa do Estado e o pressuposto de fato ou de direito, que possibilita ou determina o ato administrativo.

Nesse sentido, não há que se falar em mérito administrativo em ato vinculado. Ele só existe em atos discricionários. É o que ensina o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 119):

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado.

O contrário se passa quanto aos atos discricionários. Nestes se defere ao agente o poder de valorar os fatos constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta. Como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra não pode ser a conclusão senão a de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários. Referida valoração de conveniência e oportunidade é que reflete o que modernamente se denomina de reserva do possível, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

A natureza jurídica da discricionariedade é o poder-dever da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular a discricionariedade. É a discricionariedade, portanto, que viabiliza essa função particular ao agente para que possa, diante do que é possível por lei, realizar atos que alcancem interesses públicos específicos. Mérito é, dessa forma, o resultado, e a discricionariedade o meio, ambos agindo conjuntamente para conferir ao ato validade e eficácia. Essa relação entre mérito e discricionariedade não pode se dissociar da legalidade, deve sempre obedecer aos preceitos legais para que possam ser perfeitos.

O objetivo principal da discricionariedade é permitir e conferir ao agente público oportunidade e conveniência para que possa editar seus atos de maneira a alcançar de forma satisfatória o interesse público. O administrador não pode se desvirtuar desse objetivo, pois caracteriza um ato ilegal, passível de anulação. Para se evitar vícios de finalidade, foi necessário criar limites à discricionariedade por ação ou omissão por parte do administrador. Esses limites visam à prática do controle, e esta prática está relacionada às dimensões da oportunidade e conveniência. O desvio de finalidade ou insatisfação da finalidade descumprem a vontade da lei, cuja vontade precípua é a satisfação do interesse público específico. Assim, observando o campo discricionário, é importante a análise dos atos sob aspectos legais e de conveniência e oportunidade.

## **4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

O controle da Administração Pública nos atos decorrentes de sua autoria é chamado de controle administrativo. O controle administrativo interno pode ser de legalidade ou de mérito, conforme pacifica a Súmula nº 473 do STF: “A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade [...]”.

O controle administrativo de mérito é realizado com a utilização de critérios de conveniência e oportunidade, podendo os atos administrativos serem revogados a qualquer momento, à vontade da Administração, quando tornarem-se inconvenientes e inoportunos ao interesse público. A revogação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 439) “é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.”

A revogação é ligada ao Poder Discricionário diretamente, pois é este poder que confere a Administração Pública a capacidade de poder avaliar quais atos são convenientes e oportunos para satisfazer o interesse público. O ato que é revogado, dessa forma, é perfeito, válido e eficaz, porém no momento em que a autoridade administrativa acredita que ele não é mais conveniente e oportuno, ou seja, não se torna mais necessários para atender o interesse público, ela o extingue. É o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 440):

O objeto da revogação é um ato administrativo válido ou uma relação jurídica válida decorrente. Aí reside uma diferença capital entre a revogação e a invalidação. Na revogação não se busca restaurar legitimidade violada, mas atender a uma conveniência administrativa, ao passo que na invalidação fulmina-se um ato viciado perante as normas jurídicas.

Nessa linha de pensamento, entende-se que o motivo para propor a revogação de um ato é simplesmente pelo fato de que determinado ato administrativo é, no momento, inconveniente e inoportuno ao interesse público.

A possibilidade de revogação dos atos discricionários é, em regra, da Administração Pública, por depender de valoração direta de o ato ser oportuno e conveniente para a sociedade no momento em particular, sendo ela o ente mais capaz, diante da experiência prática, para emitir um juízo de valor sobre o assunto. A revogação só poderá ser realizada pelo Poder Judiciário e Legislativo quando estejam praticando funções administrativas, o que é um caso atípico, excepcional, portanto, nesse caso específico, poderão revogar seus atos internos.

Compete também à Administração Pública, em controle de legalidade, anular os atos eivados de vício insanável. Isso ocorre quando um dos elementos competência, forma, finalidade, objeto e motivo, forem ilegais, sendo passíveis de anulação e nulos de pleno direito. O pressuposto, por-

tanto, é que o ato deve ser ilegal ou extrapolar os limites impostos por ela para ser passível de anulação. É, assim, um controle de legalidade. Esse também é um poder-dever da Administração Pública, ou seja, ela não só pode anular o ato ilegal como deve, obrigatoriamente, anulá-lo ao saber da existência do ato em desconformidade com o que preceitua a lei.

Apesar de não ser conferido ao Poder Judiciário a capacidade para revogar atos administrativos, foi conferido a ele a capacidade de anular tais atos em razão da sua ilegalidade. Segundo Renato Jorge Brown Ribeiro (2002, p. 9), “O controle judicial aprecia as vertentes da legalidade, forma do ato e intenção do agente, não abrangendo as dimensões típicas da discricionariedade [...]”. A Magna Carta em si prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E já é pacífico o entendimento jurisprudencial acerca desse tema, conforme a Súmula 473 do STF em sua última linha, que diz: “[...] e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Nesse sentido, não existe revogação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. A capacidade de fiscalização do Judiciário sobre os atos praticados pela Administração é realizada por intermédio da modalidade de anulação. O controle realizado sobre os atos da Administração Pública, portanto, é de legalidade, podendo ser anulados os atos administrativos que apresentem vícios ilegais. Entende-se, nessa linha de raciocínio, que o Poder Judiciário não realiza controle de mérito, ou seja, controle sobre a escolha utilizada pelo administrador para praticar o ato.

Em regra, compreende-se que o Judiciário só apreciará os atos administrativos ilegais. A ilegalidade de um ato administrativo, contudo, deve ser observada com um “olhar” crítico do ponto de vista jurídico, uma vez que, diferentemente de qualquer ato comum, é capaz de provocar danos a interesses gerais e, não somente, dano a interesses de determinados particulares. No direito administrativo, os vícios podem atingir os

cinco elementos do ato, caracterizando-os quanto à competência, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade. Dessa maneira, explica Carlos Pinto Coelho Motta (2004, p. 79):

Haverá a invalidação de um ato administrativo quando qualquer de seus elementos contrariar as determinações de nosso ordenamento jurídico. Assim, tem-se que, em princípio, um ato administrativo será inválido quando qualquer de seus elementos estiver viciado.

O ato é, então, denominado ilegal, quando, por circunstâncias peculiares, não almeja o interesse público ou é praticado com abuso de poder. Assim, o Poder Judiciário não só pode como deve anular quaisquer atos administrativos, contanto que seja provocado para isso, e realizar um controle de legalidade. Não lhe é permitido, contudo, revogar ato administrativo que era, em determinado tempo, conveniente e oportuno. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO REGIMENTAL – ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS – ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – LIMITES. 1. Descabe ao Poder Judiciário realizar o controle de mérito de atos discricionários, tomados pelo Poder Executivo em sede de política econômica, que não contrariaram qualquer princípio administrativo. 2. Inadequabilidade da via eleita, por ausência de interesse-adequação. 3. Agravo regimental não provido (AGRMS 200802350992 AGRMS N 13918 – AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA – 13918 Relator(a) ELIANA CALMON STJ PRIMEIRA SEÇÃO DJE DATA: 20/4/2009 Data da Decisão 16/2/2009 Data da Publicação 20/04/2009).

É pacífico, nesse sentido, o controle externo pelo Judiciário dos atos ilegais, restando controvérsias quanto a sua capacidade de poder anular os atos administrativos convenientes e oportunos proferidos pela Administração Pública, uma vez que saber definir quando ou não um ato administrativo conveniente e oportuno está dentro dos parâmetros legais ainda é um problema, pois não existe uma definição objetiva sobre o limite

de atuação do administrador público nos atos discricionários, cabendo a eles utilizarem-se de critérios subjetivos que variam de pessoa para pessoa e que, protegidos pela presunção de veracidade conferida ao administrador, só vão ser desmascarados depois de produzirem efeitos danosos à sociedade. Para José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 49),

No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com o objeto dissonante do motivo, etc.

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei define ao administrador.

Logo, apesar de ter sido conferido Poder Discricionário à Administração Pública para permitir uma maior flexibilização de suas atuações, quando seus atos não corresponderem ao eminente interesse público, os critérios de conveniência e oportunidade utilizados para proferi-los perdem sua legitimidade, por isso Sérgio Guerra (2010) indaga sobre a gestão atual da Administração Pública mediante atos discricionários:

[...] a doutrina administrativa vem sistematizando os anseios da sociedade por meio da releitura da concepção clássica da noção de interesse público, até então adotado como fundamento para a legitimação dos atos e das medidas no âmbito da Administração Pública. Por isso, o paradigma de justiça nas decisões administrativas complexas (hard cases) passa a ser alcançável somente no caso concreto.

Essas questões conduzem a uma necessária revisitação à discricionariedade administrativa, notadamente, os motivos pelos quais os casos identificados pelos Parlamentos – federal, estadual e municipal – e legislados com abertura normativa para atuação do Poder Executivo têm apontado para além do fracasso em se sustentar apenas na legalidade – estrita ou não –, na inadequação da teoria da discricionariedade administrativa, esta exercida por meio do instituto/fórmula baseada no binômio “conveniência” e “oportunidade” da Administração Pública (ou, do Administrador?)

A discricionariedade é, e sempre será, dessa forma, motivo para discussão e indagações, uma vez que, na medida em que amplia a atuação e gestão administrativa, abre maiores brechas para possíveis arbitrariedades que dificilmente serão desmascaradas em virtude da intocabilidade do mérito administrativo. Nesse sentido, Sérgio Guerra (2010) continua seu questionamento sobre a aplicabilidade da discricionariedade:

Se o incremento dos espaços para a discricionariedade é imprescindível, em vista da alta tecnicidade das relações contemporâneas e dos riscos a que a sociedade está sujeita, resta identificar como compatibilizar essa ampliação do direito de participação administrativa sobre os destinos da sociedade com a necessária contenção do arbítrio em respeito ao “sobre-princípio” da dignidade da pessoa humana. Como, então, enfrentar os riscos decorrentes do aumento desse papel do Poder Executivo – e de suas escolhas discricionárias – que, hodiernamente, se apresentam mais como um instituto favorável ao Administrador Público (haja vista que o mérito do ato administrativo ainda sofre limitado controle judicial) em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos?

Assim, em regra, não é possível a anulação de atos que decorrem do mérito do administrador público. Excepcionalmente, o Judiciário vai poder analisar os elementos, objeto e motivo do ato exercendo controle de legalidade, quando entender que o administrador extrapolou os limites de atuação permitida pela lei. Vejamos a seguinte jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO – INVALIDAÇÃO DE EXAME DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO – NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA IMPERATIVA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para invalidação de atos ampliativos de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88. 2. *Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade. 3. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante – Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa. 4. Agravo regimental desprovido (STJ – 6ª Turma, ROMS nº 17.718, relator Ministro Paulo Medina, DJU de 12.6.2006, Seção 1, p. 542) (grifo nosso).

Para analisar os atos administrativos discricionários sem ferir a Tripartição dos Poderes de forma a permitir o exercício das atribuições que foram concedidas a cada poder, então, o Judiciário poderá, utilizando fundamentos como a democracia, o sistema de freios e contrapesos e o princípio da juridicidade, rever atos administrativos discricionários. Fabricio Faroni Ganem (2010), em seu artigo “Ativismo judicial e democracia” destaca:

Os princípios passaram a ter status de norma jurídica e a Constituição passou a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios, sustentada pela ideia de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais.

[...] Em razão das mudanças filosóficas no ordenamento jurídico do pós-guerra no mundo e, em especial, após a Constituição de 1988 no Brasil, houve uma valorização da função do Judiciário que passou a decidir

sobre qualquer assunto, porém em um sistema aberto. Melhor dizendo, houve uma grande judicialização das políticas públicas e sociais que passaram a ser decididas, em última instância, pelos Tribunais.

Na academia brasileira, doutrinadores como Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, Ana Paula de Barcellos, dentre outros, defendem o ativismo judicial, desde que de forma adequada, já que esse é um caminho necessário e inexorável para se tentar alcançar um estado de democracia ideal, especialmente quando se trata de defesa de direitos fundamentais às “minorias”. O próprio STF reconhece a necessidade de um ativismo judicial, conforme colacionado em alguns de seus julgados.

[...] Seria um retrocesso inaceitável afastar o ativismo judicial aproximando o Direito novamente do positivismo jurídico puro. Por outro lado, é certo que se faz necessária a fixação de parâmetros que tragam segurança e maior legitimidade às decisões judiciais. Para tanto, algumas ideias como a capacidade institucional do judiciário, o grau de democratização e o nível de desigualdade do País são *standards* relevantes que devem ser levados em consideração na hora de o Juiz decidir.

Felipe Dezorzi Borge (2009) publicou o artigo “Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa” na defesa de uma maior atuação do Poder Judiciário:

É notório no estudo do direito a impossibilidade de ingerência entre os Poderes constituídos. É certo, ainda, que não se compraz na doutrina da separação dos poderes a possibilidade de criações legiferantes pela autoridade judiciária, tampouco seja chamado o Poder Judiciário a substituir a vontade do administrador público. Isso porque existem limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador já bastante conhecidos dos aplicadores do direito.

O que não se mostra crível, nessa contenda empírica, é titubear acerca do Ativismo Judicial no intuito de imputar-lhe feição negativa desenvolvida sob o signo da ingerência. Tratar o ativismo jurídico como sinônimo de politização e regulamentação, atribuindo-lhe feição exclusiva usurpadora de competência, a despeito de fortuitos excessos, equivale a

desconhecer o seu verdadeiro alcance e o reforço à lógica democrática brasileira a justificar a própria inércia do Estado ante o inadimplemento dos seus objetivos fundamentais.

Pelo exposto, comprova-se que o mito de que o Poder Judiciário não poderia rever atos discricionários já foi superado, posto que em qualquer ato discricionário há possível controle de legalidade, pois sua margem ampla de atuação não o escusa de agir de acordo com a Constituição Federal, com os direitos fundamentais e os princípios do ordenamento jurídico aos quais a Administração Pública se vinculou.

## **5 O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTOS HÁBEIS PARA LEGITIMAR O CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

A sistemática do Direito Administrativo realizada no século 19 buscou firmar sua autonomia, afastando-o o máximo possível do Direito privado, do Direito constitucional e da Ciência da Administração. Nesta época a Administração não era vinculada aos preceitos constitucionais e conservava em si os tradicionais poderes régios, poderes de império, colocando-se acima das mudanças constitucionais decorrentes da evolução para o Estado de Direito, considerando que o Direito constitucional dotado de cunho político era suscetível de várias alterações, quando o Direito administrativo, na sua maior parte, permanecia intacto em razão do seu conteúdo jurídico.

No que concerne à relação entre a Administração e o Poder Discricionário que lhe é conferido até o início do século 20, o ato discricionário ou de pura administração era insuscetível de apreciação pelo juiz. Contra tal medida só cabia recurso administrativo. Aos poucos essa atuação total-

mente livre da Administração vai se atenuando. Foi fixado, então, limites que vinculavam o ato administrativo discricionário à observância da competência, das regras de forma e da realização do interesse público, exigindo-se, também, posteriormente, o motivo.

Atualmente, com a hermenêutica neoconstitucionalista, entende-se que o Direito administrativo, por tratar primordialmente da organização, meios, formas e regulações jurídicas da Administração Pública, mantém vínculos muito estreitos com o Direito constitucional. Assim, deixa-se de lado o caráter estritamente político da Constituição e passa-se a entendê-la como instrumento jurídico axiológico que mescla a política com o jurídico. Vigora, portanto, a aproximação dos valores de justiça e bem comum, revelando-se inquestionável o liame entre a Administração e o Direito administrativo à Constituição Democrática e à ordem de valores que a Lei Maior protege. Assim, houve uma renovação dos estudos científicos administrativos que desenvolveu um processo de humanização das relações entre Administração e indivíduo.

Até há pouco tempo, portanto, o Direito Administrativo era um ramo jurídico autônomo que pouco era controlado. Somente com o movimento pós-positivista e a nova hermenêutica neoconstitucionalista do Estado Democrático de Direito que essa situação mudou. Segundo Pietro Sanchís (apud Streck, 2006, p. 275) “el género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas e argumentos ajenos a la tradición positivista”. Umberto Aleggretti (apud Medauar, 1992, p. 164) explica os desdobramentos dessas transformações no âmbito da Administração pública:

O pressuposto de que o caráter democrático de um Estado, assim declarado na Constituição, deverá influir sobre a configuração da Administração e esta, por sua vez, incidirá positiva ou negativamente sobre o caráter democrático do ordenamento; os princípios da democracia não podem limitar-se a reger a função legislativa e a jurisdicional, mas devem informar também a função administrativa; inexistente democracia

sem democracia da Administração; ao se implantar nova Constituição, ao se estabelecer novo nível de liberdade é de relevo considerar a Administração como fator fundamental de inovação.

No que respeita ao Poder Discricionário, apesar de saber que todas as atividades estatais, dentre elas as administrativas, devem refletir o cumprimento da vontade do povo, devendo estar voltadas à satisfação dos interesses dele, não importa a vontade ou opinião pessoal do administrador, segundo o próprio Princípio da Impessoalidade. As inúmeras prerrogativas administrativas confiadas à Administração geravam uma insegurança jurídica popular quanto a sua gestão, pois tais vantagens conferidas ao administrador o colocam em um patamar de superioridade em relação ao administrado que não podiam ser controladas ou revistas. A partir da segunda metade do século 20, portanto, começam os questionamentos sobre essa atuação livre da Administração Pública desprovida de qualquer vínculo ou controle.

Os questionamentos pairavam no entendimento de que tantos privilégios concedidos à Administração Pública tornavam-se “armas” poderosas quando desviados do real interesse público, pois mascaravam a real pretensão do ato administrativo que não podia ser revisto pelo Poder Judiciário em razão do Poder Discricionário. Muitas vezes, portanto, sendo invocado o mérito administrativo como desculpa para execução de atos discricionários motivados apenas pela conveniência e oportunidade, excluía o controle externo dos atos da Administração e permitiam o abandono do objetivo precípua deste órgão, que é o atendimento ao interesse público para atender a seus interesses próprios.

Dessa maneira, diante da maior margem de atuação que é concedida pelo poder discricionário, fez-se necessária uma limitação de seu uso, tornando-se pacífico em doutrinas e jurisprudências que a limitação dos atos discricionários da Administração Pública é imprescindível para uma melhor gestão, posto que o uso correto desse poder não causa qual-

quer problema. Por outro lado, o uso incorreto e descontrolado da discricionariedade causa danos à sociedade que poderão ser até irreversíveis. Vejamos o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 47):

A moderna doutrina, sem exceções, tem consagrado a limitação do poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.

Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e de desvio de finalidade.

Com a constitucionalização do Direito mais sedimentada e a corrente neoconstitucionalista mais forte, abriu-se “portas” para uma expansão do que se denomina legalidade, não a restringindo somente aos preceitos da lei, mas a sua adequação com a Constituição Federal, ao regime democrático, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Por isso, sabendo que a Administração Pública está vinculada à Lei Maior, faz-se necessário eliminar todas as formas de discrepância entre a ordem constitucional e o estatuto orgânico e funcional dela, não podendo mais a Administração agir com uma tendência formalista, puramente legal, tornando possível, dessa maneira, o controle externo do Poder Judiciário de seus atos administrativos discricionários quando não corresponderem aos valores axiológicos do Poder Constituinte Originário.

Logo, o Judiciário, incumbido de resguardar o ordenamento jurídico e dotado do exercício da função jurisdicional do Estado, pois é o único capaz de fazer coisa julgada, é responsável pela função de tutelar pelo

interesse público protegido pela Administração Pública sempre que este esteja ameaçado pela ilegalidade de ato oriundo dela. Caio Tácito (apud Binenbojm, 2008) explica:

O episódio central da história administrativa do século XIX e a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O executivo opera dentro dos limites traçados pelo legislativo, sob vigilância do judiciário.

De acordo com Ronald Dworkin (2001a, p. 156), o constitucionalismo “confere a juizes não eleitos o poder de contestar as decisões dos Poderes Executivo e Legislativo designados democraticamente, a partir do momento em que elas violem, a seus olhos, os direitos do homem assegurados”. O constitucionalismo e a democracia possuem uma ligação entre si, uma relação de interdependência, conforme justifica Heloísa da Silva Krol (2007, p. 84):

A democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, sendo que estas condições são os princípios assegurados pelo constitucionalismo. Este, por sua vez, só adquire um sentido forte quando opera no âmbito de uma democracia. Ou ainda, uma constituição só é válida se concebida em condições democráticas.

É o que também entende Cláudio Ari Mello (apud Barboza, 2007, p. 281):

[...] os direitos fundamentais são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular, no exercício do poder constituinte originário, e convertidos em direitos constitucionais atribuídos aos indivíduos, inclusive – e sobretudo – em face dos próprios órgãos governamentais criados pelo poder constituinte originário.

Essa complementaridade entre a democracia e o constitucionalismo é bastante atual e permite a contemplação de um sistema de governo denominado democracia constitucional. É o que Carlos Santiago Nino (1989, p. 13) afirma:

[...] que o constitucionalismo e a democracia se combinam para formar um sistema de governo conhecido como democracia constitucional e que esta união constitui um feliz matrimônio entre dois valiosos ideais, sendo inclusive a democracia constitucional muito superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático.

A Administração Pública, portanto, quando tem sua atividade, seus atos, pautados pelo Princípio Democrático, ganha legitimidade. Por outro lado, na medida em que a Administração tem suas ações focadas nos interesses do administrador, e não da sociedade em que ela se insere, perde-se essa legitimidade. É o que discute Marçal Justen Filho (2008, p. 66) em seu artigo “O Direito Administrativo de Espetáculo”:

Num Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular.

Deste modo, as ações da Administração, que não são voltadas aos interesses da sociedade, geram conseqüentemente um déficit democrático, que torna possível a discussão sobre a legalidade das atividades administrativas. Leonardo Valles Bento (apud Vieira, 2010) esclarece:

A Nova Administração Pública, não obstante a ênfase que confere aos novos princípios gerenciais e à reforma do aparelho burocrático, implica também a revisão dos papéis do governo e da administração pública, assim como seu relacionamento com o mercado e a sociedade civil. Com efeito, na medida em que cresce a percepção, pelo meio acadêmico, de que a eficiência da atuação administrativa e governamental aumenta na razão direta da democratização e da transparência das polí-

ticas públicas, que seu sucesso depende fundamentalmente do apoio político que logra alcançar, a temática da reforma administrativa vem se aproximando progressivamente da reforma do Estado como um todo.

Assim entende Heinrich Scholler (2007, p. 65):

Outro argumento importante em favor da democracia representativa é a necessidade de um controle constitucional das decisões parlamentares. O Estado constitucional moderno garante não somente a legitimidade democrática das decisões legislativas, e indiretamente dos atos administrativos, mas igualmente seu controle jurisdicional. [...] Se, ao contrário, o ser ausente e invisível, o Povo, agir por meio de um ato plebiscitário, seria difícil para a Corte Constitucional examinar essa decisão. No caso em que a participação eleitoral é elevada, o ato poderia ser de qualquer maneira considerado como um ato modificando a Constituição. A confrontação clássica da decisão judiciária e da ordem da lei parlamentar é essencialmente modificada no âmbito deste sistema de jurisdição constitucional. [...] Quanto mais a ordem legislativa democrática for estimada forte, menores serão os reajustes elaborados pelo juiz constitucional.

Desse modo, se a Administração está vinculada ao que é estabelecido por lei, tendo ela como interesse precípua alcançar o interesse público, a nova hermenêutica sobre o verdadeiro significado da democracia adotada pelo Estado Brasileiro deve servir como parâmetro para a revisão dos atos administrativos discricionários. Sérgio Guerra (2010) leciona sobre a insatisfação social na atuação da Administração Pública por meio dos atos discricionários pautados na falta de um debate democrático, ou seja, no exercício efetivo do Estado Democrático de Direito:

O desafio, portanto, passa pela compreensão de que, no estágio atual, em que é ressaltado o multilateralismo social, há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas aporias e dependências recíprocas, de modo que a escolha discricionária que afeta um determinado aspecto do conjunto social refletirá, nem sempre de forma positiva, em outros segmentos. Isso faz com que, em determinadas situações complexas,

em que deveriam ser abertas à participação da sociedade e mediadas antes da decisão pelo Estado, os benefícios advindos da escolha discricionária sejam irrazoáveis, desproporcionais e ineficientes aos problemas e desvantagens que acarretarão para outros grupos sociais ou para os direitos individuais.

Esse é o verdadeiro sentido e conteúdo do que se entende por efetivação do exercício da democracia. Segundo Renato Jorge Brown Ribeiro (2002, p. 10), “O controle exercido pelo Poder Judiciário, com características eminentemente jurídicas, é uma particularidade e avanço das democracias liberais [...]”. Por isso, é possível o controle realizado pelo Judiciário dos atos administrativos discricionários, quando o Estado não atua de forma suficiente para atender os anseios da sociedade, pois desconhece o interesse público real e atual em razão da falta de participação popular.

O controle pela Corte Constitucional dos atos discricionários da Administração Pública também pode ser efetivado toda vez que forem violados direitos fundamentais. A relação de interdependência entre o constitucionalismo e a democracia comprova que um Estado Democrático só existe quando há respeito aos direitos fundamentais previstos na Magna Carta, enquanto a proteção conferida pelo Estado aos direitos fundamentais é necessária para se efetivar o pleno exercício da democracia.

Apesar, portanto, da democracia ter delegado de maneira representativa o poder do povo para seus representantes eleitos, os direitos fundamentais, por serem valores supremos, não podem ficar à disposição de maiorias políticas ou da vontade discricionária do Poder Executivo, sendo passível o controle pelo Poder Judiciário para assegurá-los. Dessa maneira, esclarece Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2007, p. 281-282):

Se não houvesse este pré-comprometimento com os direitos inerentes à pessoa humana, e se essas escolhas pudessem ficar à disposição das maiorias políticas de determinada época ou de determinada sociedade, esta maioria política poderia se prevalecer contra os direitos humanos, atuando de uma forma passional e não racional.

No mesmo sentido, afirma Zagrebelsky (apud Bonavides, 2008, p. 316-317):

Com efeito, quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguate com a erosão da sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo ordenamento jurídico. [...] Por razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.

Por isso, mais do que necessário se faz o controle pelo Poder do Judiciário dos atos do Poder Executivo. É o que Dworkin (apud Barboza, 2007, p. 285-286) doutrina:

Se algum indivíduo ganha mais do que perde quando os tribunais incumbem-se de decidir que direito ele tem, pode ser uma boa pergunta. O acesso aos tribunais pode ser caro, de modo que o direito de acesso é, dessa maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres [...] Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas [...] não há nenhuma razão para

pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade do poder político.

Os direitos fundamentais, portanto, não podem ter seu conceito e aplicação limitados à vontade dos atos do Poder Executivo. Isso implica que qualquer ato administrativo, até o discricionário, que vá de encontro aos direitos fundamentais, é passível de revisão pelo Poder Judiciário.

A Administração Pública no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 se comprometeu também a obedecer aos princípios constitucionais “de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Além, portanto, das normas previstas na própria Magna Carta ou em leis esparsas que preveem comportamentos específicos da Administração, acima de tudo generalizadamente, seus atos devem ser pautados nesses princípios. Luís Roberto Barroso (2007b) ressalta que houve mudanças consideráveis na Administração Pública desde o Neoconstitucionalismo:

No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário.

O Princípio da Legalidade do Estado Democrático de Direito sofreu significativas alterações após a visão neoconstitucionalista do Direito, pois perdeu força como exclusivo legitimador e delimitador da atividade estatal, uma vez que a lei não deve mais ser analisada sozinha, mas em conjunto com o ordenamento jurídico. Emerson Garcia (2003) explica a necessidade da utilização de princípios como fundamentos do Direito:

Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe

será inválido, conseqüência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Dessa maneira, é dever da Administração Pública respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois deve e está positivado na lei maior que a Administração Pública Direta e Indireta deve obediência a todos eles, assim como deve atender aos princípios implícitos, posto que, embora não estejam expressamente previstos, fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da Razoabilidade, mediante o qual é permitido avaliar se os atos do Poder Público refletem um valor de justiça.

Nessa ordem de ideias, a Administração Pública não pode mais observar as leis unicamente; deve se balizar por todo o ordenamento jurídico, sempre buscando a satisfação do interesse público para perseguir um ideal de justiça social. Toda a atuação da Administração Pública, portanto, deve ser pautada de acordos com normas e princípios. Assim, a discricionariedade administrativa é limitada pela lei, mas também deve ser limitada pelos princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que um ato administrativo discricionário seja passível de revisão pelo Poder Judiciário quando desrespeitados e não observados. Nesse contexto, a jurisprudência brasileira já vem reconhecendo a força legal dos princípios, permitindo uma anulação dos atos administrativos discricionários. Vejamos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

*Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei. 2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada. 4. Recurso especial improvido (STJ, RESP 510259/ SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª turma, DJ 19 de setembro 2005, p. 252) (grifo nosso).*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE RADIOLOGIA. OPERADOR PRÁTICO DE RAIOS X. EXERCÍCIO À DATA DA LEI N. 7.394/85. DIREITO ASSEGURADO. REQUISITO DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE (DRT). FORMALIDADE SUPRÍVEL. PROVA DE EFETIVO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS. DIREITO A INSCRIÇÃO. INDEFERIMENTO NA ÓRBITA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA VERSÃO TRADICIONAL. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

1. A autora tem registrado em carteira de trabalho o emprego de auxiliar de radiologia, não exatamente o de operador de Raios X, mas este requisito e o de registro na Delegacia Regional do Trabalho, à data da Lei n. 7.394/85, estão supridos pela prova testemunhal de que, efetivamente, trabalhava tirando radiografias. Assim, é-lhe assegurado, excepcionalmente, direito a inscrição no Conselho de Radiologia.

2. *Só recentemente o princípio da legalidade, para a Administração, vem ganhando compreensão mais flexível (no sentido de princípio da juridicidade, princípio da legitimidade e princípio da constitucionalidade), de modo que o indeferimento de inscrição, nesse caso, não constituiu ilegalidade flagrante e grave, apta a gerar indenização por danos morais.* ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE RADIOLOGIA. OPERADOR PRÁTICO DE RAIOS X. EXERCÍCIO À DATA DA LEI N. 7.394/85. DIREITO ASSEGURADO. REQUISITO DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE (DRT). FORMALIDADE SUPRÍVEL. PROVA DE EFETIVO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS. DIREITO À INSCRIÇÃO. INDEFERIMENTO NA ÓRBITA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA

VERSÃO TRADICIONAL. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO. 1. A autora tem registrado em carteira de trabalho o emprego de auxiliar de radiologia, não exatamente o de operador de Raio X, mas este requisito e o de registro na Delegacia Regional do Trabalho, à data da Lei n. 7.394/85, estão supridos pela prova testemunhal de que, efetivamente, trabalhava tirando radiografias. Assim, é-lhe assegurado, excepcionalmente, direito a inscrição no Conselho de Radiologia. 2. Só recentemente o princípio da legalidade, para a Administração, vem ganhando compreensão mais flexível (no sentido de princípio da juridicidade, princípio da legitimidade e princípio da constitucionalidade), de modo que o indeferimento de inscrição, nesse caso, não constituiu ilegalidade flagrante e grave, apta a gerar indenização por danos morais (AC 2000.38.00.034993-0/MG, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ p. 271 de 14/11/2002) (grifo nosso).

Nesse sentido, um juiz poderá examinar um ato conveniente e oportuno à Administração Pública, pois o fundamento que irá utilizar não será unicamente legal, será também baseado nos princípios que possuem um alcance bem mais amplo do que a lei. Luís Roberto Barroso (2007a, p. 15) explica:

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

Houve, então, uma ampliação considerável do alcance judicial no que diz respeito às matérias de gestão pública com o processo de constitucionalização e a interpretação neoconstitucionalista, permitindo que o

Poder Judiciário, como guardião da Constituição Federal, possa anular atos administrativos discricionários quando desrespeitado o regime democrático, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais brasileiros.

## 6 CONCLUSÃO

Neste artigo comprova-se que o Neoconstitucionalismo, na sua evolução durante a promulgação da Constituinte de 1988, provocou inúmeras mudanças no Brasil no que respeita principalmente à nova valoração dos direitos fundamentais, ao reconhecimento de normatividade dos princípios, à defesa de um Estado Democrático e à legitimidade do Judiciário como maior protetor atual do ordenamento jurídico.

A Constitucionalização do Direito também vinculou os três poderes aos seus mandamentos e preceitos, devendo cada um agir de forma harmoniosa a respeitar os valores nela protegidos. Desta forma, supera-se a concepção autônoma da Administração Pública que vigorava no século 19 e a submete à Constituição Federal de 1988, pois não há como se conceber um Estado Democrático do qual a Administração não se comprometa a proteger o interesse social legitimado pela própria Lei Maior.

Torna-se imprescindível, então, diante das grandes prerrogativas conferidas à Administração Pública para proteger o interesse público, uma fiscalização mais efetiva do Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários, posto que a discricionariedade permite, por meio de critérios subjetivos do administrador público, atuações que podem se desviar do interesse público iminente.

Assim, diante do Neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário poderá rever atos administrativos discricionários que possam violar os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e o regime democrático.

## 7 REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A reconstrução democrática do Direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007a.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007b. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 29 set. 2010.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGE, Felipe Dezorzi. Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13794>>. Acesso em: 26 maio 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. *Apelação Cível nº 34993*, Quinta Turma, Tribunal Regional Federal da 1 Região, Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, Julgado em 25/10/2002. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2297410/apelacao-civel-ac-34993-mg-20003800034993-0-trf1>>. Acesso em: 30 abr. 2010a.

\_\_\_\_\_. *Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso em mandado de segurança nº 17.718*, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Paulo Medina, Julgado em: 12/6/2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7155885/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-nos-edcl-no-rms-17718-ac-2003-0236684-0-stj/relatorio-e-voto>>. Acesso em: 4 outubro 2010b.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 13.918*, Primeira Seção, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Eliana Calmon, Julgado em: 16/2/2009. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 abr. 2010c.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 510.259*, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Eliana Calmon, Julgado em: 19/9/2005. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 5 maio 2010d.

BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito Administrativo didático*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 30 set. 2010

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier (Orgs.). *Democracia*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001a. p. 155-162.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001b.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad*: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GANEM, Fabricio Faroni. Ativismo judicial e democracia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.445, 12 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14503>>. Acesso em: 26 maio 2010.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 86, 27 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>>. Acesso em: 21 maio 2010.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa – Críticas e Propostas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, jan./fev./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: uma abordagem sobre Constituição, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, p. 78-108, jan./mar. 2007.

LIMA, Isan Almeida. Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.503, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14737>>. Acesso em: 30 set. 2010.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução Luís Afonso Heck. Barueri, SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1979.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>>. Acesso em: 30 set. 2010.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Editorial Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Boletín Oficial del Estado, 1996.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da Administração pública federal no Brasil*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2002.

SCHOLLER, Heinrich. Os ajustes necessários da democracia representativa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do dextxxxbate “positivismo (neo)constitucionalismo”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIEIRA, Ricardo Stanzola. *Políticas públicas e Administração pública democrática no Brasil: uma análise da concretização dos novos direitos à luz da constituição brasileira de 1988*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_adm\\_pub\\_ricardo\\_s\\_vieira.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_ricardo_s_vieira.pdf)>. Acesso em: 1º maio 2010.

Recebido em: 29/4/2013

Revisado em: 10/6/2013

Aceito em: 27/8/2013