

ano 22 – n. 89 | julho/setembro – 2022

Belo Horizonte | p. 1-286 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i88

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais

The principle of juridicity and judicial control over the merits of discretionary administrative acts in the implementation of social politics

Fábio Periandro de Almeida Hirsch*

Universidade Federal da Bahia (Brasil)
academico@fabioperiandro.adv.br

Jailce Campos e Silva**

Faculdade Baiana de Direito e Gestão (Brasil)
jailcecampos@hotmail.com

Recebido/Received: 22.05.2022/May 22th, 2022.

Aprovado/Approved: 23.08.2022/August 23rd, 2022.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1629.

* Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (Salvador-BA, Brasil). Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia – UNEB e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado – UNIJORGE. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia (Salvador-BA, Brasil). *E-mail*: academico@fabioperiandro.adv.br.

** Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (Salvador-BA, Brasil). *E-mail*: jailcecampos@hotmail.com.

Resumo: Este artigo traz uma reflexão acerca da evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade e seus reflexos sobre a discricionariedade no exercício da função administrativa a partir da constitucionalização do direito administrativo. O trabalho discorre, ainda, a respeito da (im) possibilidade de controle judicial do mérito dos atos administrativos e seus impactos na garantia dos direitos sociais.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito administrativo. Atos administrativos. Discricionariedade administrativa. Controle judicial. Políticas sociais.

Abstract: This article brings a reflection on the evolution of the principle of legality to the principle of juridicity and its reflexes on the discretion in the exercise of the administrative function from the constitutionalization of Administrative Law. The work also discusses the (im)possibility of judicial control of the merits of administrative acts and their impacts on the guarantee of social rights.

Keywords: Constitutionalization of Administrative Law. Administrative acts. Administrative discretion. Judicial control. Social politics.

Sumário: **1** Introdução – **2** A constitucionalização do direito administrativo – **3** Reflexos da constitucionalização sobre a discricionariedade administrativa na implementação das políticas sociais – **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O fenômeno da constitucionalização alcançou o direito, inclusive o direito administrativo, alterando a relação entre a administração pública e seus administrados. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o aumento da demanda por justiça, haja vista a previsão de amplo catálogo de direitos fundamentais para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, romperam-se alguns paradigmas no tocante à atividade administrativa, tendo em vista a desconstrução da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, a evolução do princípio da legalidade administrativa para o princípio da juridicidade administrativa e a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.

É no contexto do Estado Constitucional de Direito que este estudo objetiva propor uma reflexão acerca da evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa, a partir da constitucionalização do direito administrativo, assim como a possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo na implementação de políticas sociais. A pesquisa, baseada em fontes doutrinárias, jurisprudenciais e normativas, possui natureza interdisciplinar, pois proporciona o diálogo entre direito constitucional, direito administrativo, ciência política e sociologia, com o objetivo de analisar distintos pontos e metodologias de juristas a respeito do controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários, no contexto de evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade, ante a constitucionalização do direito administrativo.

O artigo está dividido da seguinte forma: primeiramente, contextualiza o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, cujo efeito expansivo rege as relações jurídicas entre a administração pública e seus administrados. Em seguida, analisa-se a superação de paradigmas da administração pública em relação aos atos administrativos, que decorrem da vontade do Estado, porém vinculados à lei e à Constituição, e não, exclusivamente, à lei. Em razão da legitimidade para atuar discricionariamente, examina-se que as decisões administrativas discricionárias devem ser parametrizadas na Carta Magna, envolvendo todo o ordenamento jurídico em razão da vinculação administrativa à juridicidade.

Após, trata-se dos reflexos da constitucionalização sobre a discricionariedade administrativa, no contexto do Estado Constitucional, bem como o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais, despertando o interesse pela análise de divergências doutrinárias acerca da (im)possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos discricionários e seus impactos na garantia dos direitos sociais. Por fim, são apresentadas as considerações finais e as referências utilizadas para fundamentação deste artigo.

2 A constitucionalização do direito administrativo

O processo de redemocratização do Brasil resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, posicionando-a no centro do ordenamento jurídico e, por conseguinte, parametrizando a atuação criativa, executiva e interpretativa do direito pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente.

O resultado desse processo é a constitucionalização do direito, visando assegurar as promessas da modernidade previstas em seu preâmbulo – “exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça” – como fator de transformação social, haja vista o aumento das demandas individuais, difusas e coletivas em questões sociais, econômicas e ambientais.

Há de se considerar que, no Estado Democrático de Direito, a ausência de harmonia de interesses do Estado, dos indivíduos e da coletividade tem inviabilizado o resgate das promessas da modernidade em sua plenitude. Entretanto, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento,¹ “para que a ordem constitucional se estabilize e se efetive, é necessário que na sociedade não predomine a ‘vontade de poder’, mas a ‘vontade de constituição’”.

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Conforme Gustavo Binbenbojm,² o processo de constitucionalização do direito implica “no reconhecimento de que toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica”.

Segundo Luís Roberto Barroso,³ há um efeito expansivo da constitucionalização do direito, pois o “[...] conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Sendo assim, em razão desse efeito, as normas infraconstitucionais são validadas com fundamento em regras e princípios previstos no texto constitucional, bem como no bloco de constitucionalidade, mediante a jurisdição constitucional, os quais compõem a estrutura das normas de direitos fundamentais.

O efeito expansivo da constitucionalização do direito alcança, também, o direito administrativo, o qual “[...] rege as relações jurídicas que nascem da ação da Administração, fixa suas prerrogativas e obrigações, rege as garantias outorgadas aos particulares contra o arbítrio”, conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁴

Há de se considerar que, desde a Constituição de 1891, o direito administrativo vem passando por um processo evolutivo, cujas inovações norteiam a administração pública nas relações jurídicas provenientes de seus atos. Conforme Gustavo Binbenbojm,⁵ “a supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional”.

Embora em constituições anteriores alguns dos institutos do direito administrativo já eram previstos, com o posicionamento da Constituição de 1988, no centro do ordenamento jurídico, a administração pública se depara com a necessidade de fundamentar seus atos à luz das normas constitucionais regidas por princípios e regras, vinculando o Estado à satisfação dos direitos fundamentais.

Sabe-se que, outrora, as constituições se limitavam a tratar da organização administrativa do Estado e dos direitos individuais e políticos. Com o advento do constitucionalismo moderno, tem-se a lei fundamental, na qual estão previstas, também, normas que regem as relações entre o Estado e a sociedade baseadas em princípios e regras constitucionais.

² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 65.

³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 32.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 51.

⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 69.

Nesse sentido, importante trazer à reflexão a assertiva de Marçal Justen Filho,⁶ de que “a Administração Pública foi transformada pela Constituição em um instrumento de realização dos compromissos nela consagrados. Nenhuma atuação administrativa estatal é dissociada do dever de realização dos direitos fundamentais”. Ingo Wolfgang Sarlet⁷ considera a “centralidade dos direitos fundamentais, com a consequência da centralidade do homem e da sua dignidade”, considerando que “tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz”.

Assim, importante ressaltar que a constitucionalização do direito administrativo, resultante da força normativa da Constituição vigente, incide sobre os atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, delimitando os seus respectivos campos de atuação no tocante à implementação de políticas públicas para efetividade dos direitos fundamentais.

2.1 Fundamentos dos atos administrativos

Considerando que os atos administrativos são o cerne deste estudo, busca-se apresentar o seu conceito em sentido amplo difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ no sentido de ser a “declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes – [...], o exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

No entanto, em seu sentido estrito, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ acresce os vocábulos “concreção” e “unilateralidade”, permitindo depreender que os atos administrativos decorrem da volição unilateral do Estado, são sujeitos ao regime jurídico administrativo para produção de efeitos jurídicos imediatos, vinculados à lei e à Constituição, e, por conseguinte, submetem-se ao controle jurisdicional.

A partir dos conceitos supracitados, pode-se perceber a superação de paradigma em que a administração pública rompe a exclusiva vinculação direta dos seus atos à lei, pautados na autorização do legislador, para a vinculação direta dos seus atos à Constituição, pautados em princípios e regras. Com efeito, converte a vinculação administrativa à legalidade em vinculação administrativa à juridicidade, tendo em

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no direito administrativo. *Revista dos Tribunais*, v. 1000/2019, p. 73-84, fev. 2019, p. 76.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 21.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 393.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 21.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 394.

vista que “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”, conforme assevera Gustavo Binbenbojm.¹⁰

Diante do surgimento do constitucionalismo, o administrador público não mais se limita apenas à lei para pautar os seus atos, pois “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”, segundo José Joaquim Gomes Canotilho,¹¹ consolidando o processo de constitucionalização do direito administrativo e superando o paradigma da “legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo”, conforme percepção de Gustavo Binbenbojm.¹²

A lei formal mantém a sua função no sistema jurídico para embasar o agir administrativo. Todavia, a superação se dá na inversão de referências em que a onipotência da lei formal é substituída, primordialmente, por princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico. Neste aspecto, Luís Roberto Barroso¹³ ressalta que há uma ordem de subordinação a partir da transferência da vinculação à legalidade em vinculação à juridicidade, que compreende “subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”. A Constituição ocupa o ápice das fontes de direito.

Como exemplo, o Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 traduz, em seu art. 37, o *modus operandi* do gestor público perante os seus administrados como um dever-ser, o qual estabelece obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência considerados os principais fundamentos dos atos administrativos.

Vale, portanto, afirmar que o gestor público, além da imprescindibilidade de se dispor de recursos, habilidades e estratégias para cumprir as promessas da modernidade, não pode se eximir de observar a Constituição, que passa a ser norma legitimadora da sua atuação no tocante às competências e critérios de tomada de decisões administrativas.

No Estado Democrático de Direito, não há de se falar em vinculação administrativa estrita à lei, mas, sim, ao sistema jurídico constituído de normas constitucionais e infraconstitucionais, que vincula os atos do gestor público ao princípio da juridicidade administrativa.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 36.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 836.

¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 23.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 50.

Frise-se que a ideia de juridicidade administrativa pressupõe o vínculo da administração pública ao ordenamento jurídico sistêmico baseado em princípios e regras constitucionais, cujo poder-dever encontra fundamento nos direitos fundamentais e no regime democrático.

Para Gustavo Binbenbojm,¹⁴ o rompimento desse paradigma no direito administrativo “marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas”.

Por muito tempo, a administração pública atuou fundamentando os seus atos no princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados como prerrogativa do regime jurídico-administrativo. Reconhecido na doutrina como um conceito jurídico indeterminado, há de se reconhecer que “o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação”, segundo Emerson Gabardo.¹⁵

Verifica-se que, ainda no período de redemocratização do Brasil, no auge da ideologia do Estado Social, a doutrina preponderante “acabou sendo a de valorização do interesse público, seja como contrapeso aos excessos da Administração Pública [...], seja como meio jurídico de equilíbrio entre liberdades, direitos individuais e bem comum”, conforme assevera Emerson Gabardo.¹⁶

Ocorre que, em mais uma superação de paradigmas do direito administrativo em seu processo evolutivo, as transformações trazidas pelo Estado Democrático de Direito alcançaram a dicotomia interesse público e interesse privado, em que o interesse público trata de “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁷

Percebe-se uma administração pública que, no exercício de sua função administrativa, direciona os seus atos para o bem comum resultante da soma de interesses de cada indivíduo, haja vista que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum”, conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles.¹⁸

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 142.

¹⁵ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017, p. 99.

¹⁶ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017, p. 102.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

Raquel Melo Urbano de Carvalho¹⁹ reconhece a supremacia do interesse público sobre o interesse privado como “um pré-requisito da própria sobrevivência social”, pois “somente na medida em que os interesses da sociedade prevaleçam perante os interesses particulares torna-se possível evitar a desagregação que fatalmente ocorreria se cada membro ou grupo da coletividade buscasse a concretização dos seus interesses particulares”.

Reconhece-se a supremacia do interesse público como princípio fundamental do direito administrativo, que permeia as decisões políticas sem negligenciar os princípios previstos no art. 37 da Carta Magna. No entanto, por ser um princípio, não se pode preterir que o mesmo constitui a estrutura dos direitos fundamentais.

Georges Abboud²⁰ considera errônea a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, tendo em vista que, em se tratando de garantia dos direitos fundamentais, estes “[...] são constitutivos tanto para o indivíduo como para a comunidade. Portanto, são constituídos não apenas em favor do indivíduo, porquanto cumprem uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia”.

Desta análise extrai-se que há um entrelaçamento entre os interesses públicos e os interesses individuais e, portanto, sujeitos à colisão. Nesse sentido, Georges Abboud²¹ adverte para a necessidade de sopesamento pela administração pública diante de restrições a direitos fundamentais, pois, “se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso se obtém que tão logo uma liberdade constitucional seja restringida, é também afetada a coletividade”.

Neste aspecto, Robert Alexy²² caracteriza os princípios como “mandamentos de otimização”, “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Ainda ressalta que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. Em uma análise semântica dos vocábulos utilizados por Alexy para caracterizar os princípios, importante destacar que “mandamento” significa ordem, e “otimização”, criação de condições mais favoráveis. Sendo assim, é mister a avaliação das possibilidades fático-jurídicas diante da necessidade de sopesamento pela administração pública

¹⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 68.

²⁰ ABBoud, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. p. 14. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²¹ ABBoud, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. p. 14. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²² ALEXy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

ante a colisão entre princípios e o conflito entre regras para garantia dos direitos fundamentais.

Percebe-se, pois, uma submissão da supremacia do interesse público aos direitos fundamentais “porque os direitos fundamentais possuem natureza constitucional e não são meros interesses privados, ficando desse modo, vedada toda restrição a eles com justificativa no interesse público”, conforme Georges Abboud.²³

Daí ser importante a legitimidade da administração pública para aplicar o princípio da proporcionalidade em seus atos administrativos, com o intuito de promover condições mais favoráveis aos seus administrados, haja vista serem os atos administrativos um instrumento de declaração do Estado ou de quem presta serviços públicos em seu lugar, porquanto “decorrem da volição unilateral do Estado, são sujeitos ao regime jurídico administrativo para produção de efeitos jurídicos imediatos, vinculados à lei e à Constituição e, por conseguinte, submetem-se ao controle jurisdicional”, conforme conceito difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁴ em seu sentido estrito, ao acrescentar os vocábulos “concreção” e “unilateralidade” ao conceito de ato administrativo em seu sentido amplo.

Gustavo Binbenojm²⁵ afirma que não há respaldo normativo para a indiscutível prevalência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, “por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo ‘princípio’; por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional”.

Assim, o autor conclui que a falta de respaldo normativo se dá ao fato de o princípio da supremacia do interesse público não permitir ponderação em caso de colisão com o interesse privado, a fim de possibilitar a verificação das possibilidades jurídicas além das possibilidades fáticas. No entanto, a legitimidade dos atos administrativos consiste na observância dos direitos fundamentais, cuja restrição não pode ser pautada somente no interesse público, a não ser em razão de determinada finalidade pública por meio do princípio da proporcionalidade. A obrigatoriedade de resguardar os direitos fundamentais traduz o Estado Constitucional.

²³ ABBLOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. p. 14. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 21.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 393.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 95.

2.2 Discricionariedade administrativa

O poder público exerce suas atividades administrativas por meio dos agentes públicos, resultando em decisões que visam alcançar os interesses dos administrados, sejam eles destinatários ou das políticas públicas, ou dos atos administrativos, ou contratantes junto à administração pública.

Segundo Felipe Klein Gussoli,²⁶ “[...] em praticamente toda relação do ser humano com o Estado o cidadão espera uma decisão administrativa relativa a algum aspecto de sua vida em sociedade”, o que caracteriza um estreitamento na relação entre o Estado e os cidadãos. Ocorre que a administração pública possui legitimidade para atuar discricionariamente, pois se envolvem aspectos como liberdade, autonomia e vontade para fazer escolhas dentro das opções disponíveis e nos limites legais, a fim de impedir a conduta arbitrária dos seus agentes.

Andreas J. Krell²⁷ alerta para as razões materiais para a existência da discricionariedade. Para o autor, a discricionariedade resulta de uma “abertura normativa”, que é “quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto. Nessa órbita de livre decisão prevalece sua avaliação e vontade, que é, via de regra, não ou pouco sindicável pelos tribunais”.

É sobre a atuação discricionária da administração pública que Flávia Moreira Guimarães Pessoa *et al.*²⁸ alertam para a existência de “[...] um consenso acerca do agigantamento do Poder Executivo”. Ainda advertem “que sob uma aparência formal de um Estado de juridicidade esconde-se uma realidade muito diferente”, pois, na percepção de Paulo Otero,²⁹ “uma Administração Pública protagonista na gestação, determinação, interpretação e aplicação concretizadora da normatividade”.

Verifica-se que tal protagonismo pode predispor limitação da discricionariedade do poder público, conforme afirmam Flávia Moreira Guimarães Pessoa *et al.*:³⁰ “A tendência atual de se limitar a discricionariedade da Administração deriva desta percepção”.

²⁶ GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019, p. 189.

²⁷ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife: TRF 5ª Região, n. 8, dez. 2004. 314p. p. 180. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/issue/view/20>. Acesso em: 02 fev. 2022.

²⁸ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015, p. 125.

²⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1.102.

³⁰ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015, p. 125.

A partir desse protagonismo, Flávia Moreira Guimarães Pessoa *et al.*³¹ ressaltam a necessidade de limitar a discricionariedade administrativa: “Daí o fortalecimento de princípios constitucionais, que, somados a um conjunto de regras e teorias limitadoras da discricionariedade servem de limitadores do arbítrio da Administração”.

Outrossim, para que a discricionariedade não se torne arbitrária ao violar a reserva legal, é necessário que a Administração Pública observe questões como: a) um olhar voltado para o caso concreto; b) a adoção de critérios objetivos e não subjetivos para suas escolhas; e c) a observância do ordenamento jurídico no exercício de suas funções administrativas, considerando que a arbitrariedade é incompatível com o Estado de Direito.

Tais questões estão presentes na definição de discricionariedade administrativa trazida por Maria Sylvania Zanella Di Pietro,³² no sentido de ser “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Nesse diapasão, André Saddy³³ conceitua a discricionariedade administrativa como “a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos”.

Importante destacar a observância de Maria Sylvania Zanella Di Pietro³⁴ a respeito do poder de ação administrativa, que “[...] embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações”, sendo, pois, distinta da atuação vinculada, que impõe à administração pública um agir somente dentro das limitações legais.

Tanto na conduta omissiva quanto na comissiva, o agente público encontra, nos elementos dos atos administrativos, referência para o agir discricionário ou vinculado. Há vinculação para os elementos sujeito, finalidade e forma, porquanto

³¹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015, p. 125.

³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012, p. 67. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131>. Acesso em: 08 fev. 2022.

³³ SADDY, André. Visitando a definição de discricionariedade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016, p. 156.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 253.

limitados por lei. Todavia, a discricionabilidade encontra referência no motivo e no conteúdo, desde que existam alternativas para escolhas em suas decisões.

Ainda Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵ destaca o cerne da distinção entre ato vinculado e ato discricionário. Aquele “é analisado apenas sob o aspecto da legalidade”, ou seja, conforme a lei, enquanto este “deve ser analisado sob o aspecto da *legalidade* e do *mérito*”, segundo a oportunidade e a conveniência.

Com a constitucionalização do direito administrativo, esperam-se da administração pública decisões discricionárias fundamentadas na juridicidade administrativa, parametrizando os seus atos em todo o ordenamento jurídico, evitando, assim, decisões que violem princípios e regras constitucionais.

No Estado Constitucional, alicerçado em um amplo leque de direitos fundamentais e, primordialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, a boa administração pública é necessária para a efetividade de tais direitos, através das políticas públicas e dos serviços prestados à sociedade, sendo, portanto, elevada ao patamar de direito fundamental.

Conforme Juarez Freitas,³⁶ a boa administração pública caracteriza-se como “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. Juarez Freitas³⁷ ainda consagra que “a tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades”.

Nesse sentido, é desarrazoado dissociar o caráter assecuratório do direito fundamental à boa administração pública dos princípios da governança pública previstos no art. 3º do Decreto nº 9.203/2017, tema que vem sendo propagado, no âmbito da gestão pública, pela necessidade de alcançar resultados com a devida adequação da conduta do gestor público à juridicidade, a saber: “I – capacidade de resposta; II – integridade; III – confiabilidade; IV – melhoria regulatória; V – prestação de contas e responsabilidade; e VI – transparência”.

Embora o direito fundamental à boa administração pública não esteja previsto, expressamente, na Constituição Federal, cuida o administrador público, na tomada de decisões, de observar o caráter imperativo dos critérios, das diretrizes, dos princípios e objetivos constitucionais, como um dever-ser, a fim de evitar que a

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 257.

³⁶ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015. p. 198. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/241>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁷ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015. p. 198. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/241>. Acesso em: 17 jan. 2022.

discricionariedade desvirtue a efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

Frise-se que, no Estado Democrático de Direito, o compromisso do administrador público é buscar a melhor resposta para os seus administrados, em um cenário que clama por ajuste entre o garantismo e o princípio constitucional da eficiência, para tutela de bens jurídicos individuais e da coletividade.

3 Reflexos da constitucionalização sobre a discricionariedade administrativa na implementação das políticas sociais

Este estudo propõe uma reflexão acerca da evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa a partir da constitucionalização do direito administrativo.

Na fase inicial do Estado de Direito, a administração pública se limitava apenas às leis formais, em que “a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei”, conforme Dirley da Cunha Júnior.³⁸ Com a constitucionalização do direito administrativo e a evolução do princípio da legalidade, a atividade administrativa passou a ser limitada, também, pelos princípios e valores consagrados no bloco de constitucionalidade, sob o aspecto material, e não meramente formal, pois “houve uma ampliação do sentido da lei, no sentido de que ela passou a ser vista sob o aspecto formal, porque emana do Legislativo, e sob o aspecto material, porque ela tem o papel de realizar os valores consagrados na Constituição”, conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro.³⁹

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso⁴⁰ ressalta que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.

Verifica-se como consequência da transição do Estado Legal para o Estado de Direito que “toda atividade estatal está submetida à lei e ao direito”, conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro,⁴¹ repercutindo na atuação independente e harmônica dos

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 760.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 87. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 32.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho*

Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e nas relações destes com os indivíduos em um contexto mais amplo que o da legalidade – o da juridicidade.

Com o efeito expansivo das normas constitucionais, o fenômeno da constitucionalização do direito incide diretamente na atividade estatal, especialmente em relação à limitação da discricionariedade administrativa, tornando-se “[...] fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário”, conforme Luís Roberto Barroso.⁴²

Assim, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, a discussão que cerca a discricionariedade administrativa não permite desvencilhá-la de temas como principiologia, ponderação entre interesses públicos e privados, garantia dos direitos fundamentais e controle judicial, haja vista a existência de um regime principiológico, que deriva da Constituição Federal, cujo marco é a evolução dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, a partir dos direitos fundamentais, a métrica do direito administrativo é a prestação de serviços públicos a favor dos objetivos fundamentais previstos no texto constitucional. Segundo Gustavo Binbenojm,⁴³ “toda a atividade interpretativo-aplicativa (do legislador, do administrador e do juiz) deve ser realizada em conformidade e com vistas à maior realização possível dos direitos fundamentais”, considerando-os “em seus respectivos juízos de apreciação ou de escolha”.

Outrossim, a deferência à decisão do administrador depende muito da qualidade de suas escolhas, as quais devem ser pautadas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que decisões pressupõem alternativas e alternativas pressupõem escolhas, que devem ser justificadas e não meramente preconcebidas, portanto, passíveis de aplicabilidade da ponderação, do sopesamento, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nota-se que a evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade trouxe a “democratização do Estado Democrático de Direito material”, considerando que “a juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social”, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha.⁴⁴

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 87. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 33.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. p. 76.

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79-80.

3.1 As políticas sociais no Estado Constitucional

O constitucionalismo contemporâneo, fruto da superação do positivismo no pós-Segunda Guerra Mundial, trouxe a consolidação de um Estado Constitucional fundamentado na força normativa da Constituição sobre o ordenamento jurídico, bem como na obrigatoriedade de proteger os direitos fundamentais, considerando que “a primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público configura a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional”, segundo Georges Abboud.⁴⁵

Historicamente, os direitos fundamentais se baseiam na dignidade da pessoa humana, que, *a priori*, imprime um caráter absoluto. Entretanto, Robert Alexy⁴⁶ alerta para o fato de que “a razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio [...]”.

A Constituição Federal de 1988 apresenta um catálogo de direitos fundamentais cuja concretização se dá através de políticas públicas gerais e setoriais de caráter multidisciplinar. Baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, o texto constitucional contém normas para a garantia universal de direitos, em especial os direitos sociais.

É assertivo dizer que, no Estado Constitucional, os direitos fundamentais exercem forte sentido à atuação estatal, haja vista a necessária observância ao princípio da juridicidade, em um processo evolutivo do princípio da legalidade, impedindo, desta forma, a violação a direitos e garantias por parte do poder público.

Diante de uma sociedade dinâmica e carente das promessas da modernidade, a atuação estatal vem passando por transformações. Com o advento das políticas sociais, o Estado saiu de uma conduta omissiva e limitada, que visava à garantia das liberdades individuais (Estado Liberal), e evoluiu para uma conduta comissiva e intervencionista para garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais predominantemente prestacionais (Estado Social).

A transição do Estado Liberal para o Estado Social exige um novo modo de agir por parte da administração pública, que tem o dever de assegurar os direitos fundamentais, por meio do instrumento denominado de políticas públicas, em

⁴⁵ ABBLOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. p. 14. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111.

observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federal do Brasil previsto no art. 1º, III, da CF/1988.

Para Maria Paula Dallari Bucci,⁴⁷ “o fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado”.

Outrossim, Maria Paula Dallari Bucci,⁴⁸ em sua tese de doutoramento, considerou as políticas públicas o foco de interesse para o direito público, pois “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹ propõe o seguinte conceito: “Política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país”.

Segundo Gilberto Bercovici,⁵⁰ “o papel político do Estado é central no processo de formação de políticas públicas [...]”, e “o fundamento das políticas públicas está na necessidade de concretização dos direitos dos cidadãos através das prestações positivas do Estado [...]”.

Importante destacar que a constitucionalização dos direitos sociais impõe ao Estado uma postura ativa, um dever-poder, no tocante à prestação e proteção de bens jurídicos a serem tutelados pelo poder estatal, considerando que, “sem a positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações e ideias, mas não direitos protegidos sob a forma de normas de direito constitucional”, conforme José Joaquim Gomes Canotilho.⁵¹

Corroborando com Canotilho, Dirley da Cunha Júnior⁵² ressalta que “foi preciso que as Constituições positivassem em seus textos um catálogo desses direitos, conferindo-lhes os meios necessários para assegurá-los e dotando-lhes de reforçada proteção”, com vistas a compelir o Estado a reverenciá-los e promovê-los para garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. p. 90. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 21.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 843.

⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 4, 2003. *Anais da Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, v. 3, p. 173-174.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 353.

⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 500.

Na opinião de Daniel Sarmento,⁵³ a “rejeição da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais [...] seria um inadmissível retrocesso no Direito Constitucional brasileiro, que, em boa hora, passou a reconhecer a força normativa dos direitos prestacionais”.

Nota-se, portanto, a imprescindibilidade de ações estatais positivas na consecução de políticas públicas para o desenvolvimento social, considerando que as políticas sociais são a concretização da Constituição dirigente e refletem as conquistas do Estado Social.

3.2 Os atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais e o controle jurisdicional

No Estado Constitucional, não há lugar para atos administrativos discricionários, porquanto “a discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”, haja vista “todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fático-jurídicos a fim de demonstrar por que aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível”, segundo Georges Abboud.⁵⁴

No tocante à discricionariedade administrativa e aos direitos sociais como políticas públicas, Flávia Moreira Guimarães Pessoa *et al.*⁵⁵ ressaltam que, “[...] atrelados ao mínimo existencial em proteção à dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição, não há discricionariedade da Administração Pública em relação a cumprir ou não a promessa constitucional”.

Em que pesem a complexidade normativa – atuação em conformidade com inúmeras normas jurídicas – e a complexidade material – especialidades estruturais e funcionais (ministérios, secretarias, órgãos, entidades, etc.), às quais a Administração Pública se submete –, o Estado tem o dever de atuar para garantir o mínimo existencial, tendo em vista tratar-se de uma vinculação jurídica extraída do próprio texto constitucional, e não da mera volição do gestor público para a formulação e implementação de políticas públicas no campo dos direitos sociais.

⁵³ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵⁴ ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. p. 17. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁵⁵ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015, p. 140.

Para Robert Alexy,⁵⁶ “o Estado é, portanto, necessário não só como instância de concretização mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem”. É mister trazer à reflexão a percepção de Maria Paula Dallari Bucci,⁵⁷ no sentido de “quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos”.

Para Maria Paula Dallari Bucci,⁵⁸ essa afirmação é verossímil no âmbito dos direitos sociais, em que “as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem-sucedida”.

Verifica-se, pois, a importância de mutualidade de esforços de agentes não só políticos, mas sociais e econômicos, para o alcance da efetividade das políticas públicas, sobretudo das políticas sociais, para cumprimento das promessas constitucionais.

A evolução do controle administrativo para além do mérito é uma impregnação constitucional, assim como o esforço jurisprudencial e doutrinário das garantias processuais e materiais aos administrados previstos no art. 5º da CF/1988, que não apresenta qualquer exceção ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, permitindo a ampla sindicabilidade dos atos administrativos.

Importante ressaltar a análise de Juarez Freitas⁵⁹ acerca da operacionalização do controle dos atos administrativos juridicamente em consonância com as políticas públicas, no sentido de que “[...] são aquelas políticas constitucionais de Estado, que o governo precisa, em tempo hábil, agendar e implementar, mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente, em conjunto com outros atores políticos”.

Embora parte da doutrina brasileira ainda considere ser impossível o controle jurisdicional do motivo e do objeto, considerados agasalhos do mérito decisório, demonstrando uma sobreposição da vontade do Estado sobre a vontade do povo diante das possibilidades de escolhas pelo administrador público, Andreas

⁵⁶ ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 217, p. 55-66, 1999. p. 62. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47413. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>. Acesso em: 21 maio 2022.

⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 249.

⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 249.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015. p. 215. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/241>. Acesso em: 17 jan. 2022.

J. Krell⁶⁰ adverte, também, que “a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível”. Nesse sentido, Juarez Freitas,⁶¹ acerca da juridicidade dos atos administrativos, assevera que é “inadiável recalibrar a amplitude de sindicabilidade dos atos administrativos”, pois “o ato administrativo precisa estar em conexão explícita com o plexo de princípios constitucionais, o que só engrandece a missão dos controles independentes: a liberdade do administrador terá de ser constitucionalmente defensável, não bastando ser legal”.

Nesse aspecto, o fato de a administração pública agir discricionariamente no tocante a motivo e objeto dos atos administrativos, tanto a omissão/comissão estatal quanto a (in)sindicabilidade do Poder Judiciário sobre eles podem impactar na garantia dos direitos sociais, considerando que os direitos sociais estão expressamente positivados na norma constitucional, portanto, justiciáveis.

3.3 (Im)possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos discricionários e seus impactos na garantia dos direitos sociais

Por muito tempo, a doutrina e a jurisprudência seguiram em sentidos opostos no campo do controle judicial do mérito administrativo. Andreas J. Krell⁶² ressalta que “a moderna doutrina brasileira do Direito Administrativo defende com veemência a ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade”, enquanto Germana de O. Moraes (1999, p. 53)⁶³ destaca que a jurisprudência ainda apresenta uma “atitude mais contida de auto-restrição”. Contudo, a impregnação constitucional nos atos administrativos vem transformando tal postura.

Mesmo em um cenário de autocontenção judicial sobre os atos administrativos e legislativos, no Brasil, além do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, é viável o controle das omissões legislativas inconstitucionais, em

⁶⁰ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife: TRF 5ª Região, n. 8, dez. 2004. 314p. p. 187. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/issue/view/20>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁶¹ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015. p. 206. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/241>. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁶² KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife: TRF 5ª Região, n. 8, dez. 2004. 314p. p. 189. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/issue/view/20>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁶³ MORAES, Germana de O. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 53.

mandados de injunção (MI), considerado remédio constitucional para a tutela de direitos subjetivos.

Observa Ricardo Marcondes Martins,⁶⁴ com fulcro no art. 5º, LXXI, da CF/1988, que há apenas uma exceção em que o direito admite discricionariedade na atuação judicial quando provocada: “[...] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, conceder mandado de injunção para viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito”.

Nesse sentido, convém citar o julgado do MI nº 7.300/DF, em 27.04.2021, referente à renda básica de cidadania, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal (STF) invoca os Poderes Executivo e Legislativo para que adotem “as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básicos variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente”, assim como “aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, que instituiu a renda básica de cidadania, unificando-os, se possível”.

Não faz sentido a administração pública prescindir de agir diante de inércia do Poder Legislativo, pois, “afinal, se as normas constitucionais são, em regra, diretamente aplicáveis, independentemente de mediação legislativa, não faz muito sentido exigir que a Administração se abstenha de agir sob o pretexto da inércia do legislador”, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento.⁶⁵

Outrossim, em julgado do MI nº 4.733/DF, em 13.06.2019, o STF reconhece “a mora inconstitucional do Congresso Nacional” nos casos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, assim como determina aplicar a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, até que o Congresso Nacional edite norma a respeito, “a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”.

Por outro lado, no contexto do neoconstitucionalismo, a teoria da autocontenção judicial tem se esvaído diante da transferência de decisões políticas do Executivo para o Judiciário, no controle de constitucionalidade das políticas públicas, em maior amplitude das políticas sociais, sem violar o princípio da separação dos poderes.

Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.250.595/RS do STF, julgado em 15.05.2020, afirma que, “ante excepcionalidade, verificada pelas

⁶⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018, p. 153.

⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30.

instâncias ordinárias a partir da apreciação do quadro fático, é possível a intervenção do Judiciário na implantação de políticas públicas direcionadas a concretização de direitos fundamentais”.

Em Recurso Especial nº 1.889.201/SC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, em 13.04.2021: “Não se descarta do entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que ‘o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a ‘inescusável omissão estatal’ na sua efetivação atinja direitos essenciais incluso no conceito de mínimo existencial”.

Neste sentido, a *judicial review* do ato administrativo, é a capacidade de o Judiciário rever os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, encontra respaldo no art. 5º, XXXV, da CF/1988, preconizando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim como no artigo 25 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que “1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes [...]”.

Em observância ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sustenta-se que o controle dos atos administrativos possibilita assegurar a execução das leis e garantir os direitos legítimos dos cidadãos.

Consoante Georges Abboud,⁶⁶ “todo ato da Administração Pública que restrinja algum direito fundamental poderá ser revisto pelo Judiciário”, considerando as premissas: “Primeiro porque nessa matéria inexistente discricionariedade administrativa que não possa ser sindicada pelo Judiciário; segundo, porque, em última instância, é tarefa do próprio Judiciário examinar se existe ilegalidade e principalmente a (in) constitucionalidade do citado ato”.

Todavia, percebe-se que o Legislativo e o Executivo, diante de decisões consideradas difíceis e impopulares, imputam ao Judiciário a decisão política que lhes compete, resultando no fenômeno da judicialização da política cada vez mais crescente no contexto do neoconstitucionalismo.

Para R. Hirschl,⁶⁷ um aspecto concreto da judicialização da política a considerar “é a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes,

⁶⁶ ABBLOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. p. 17. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁶⁷ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 251, p. 139-178, 2009. p. 143. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 22 fev. 2022.

federalismo)”, fenômeno que o autor descreve “como uma transição para a juristocracia”, para quem “é, sobretudo, um fenômeno político, e não jurídico”.⁶⁸

Como forma de enriquecer este estudo, apresenta-se, a seguir, análise de alguns juristas que, a partir de diferentes pontos e metodologias, discorrem a respeito da (im)possibilidade de controle judicial do mérito dos atos administrativos.

Matheus Carvalho⁶⁹ remete à constitucionalização do direito administrativo ao defender a ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos, em se tratando de “atuação voltada para políticas públicas, permitindo que essa análise judicial adentre aspectos de mérito, em atenção aos princípios e valores constitucionais e às diretrizes de condutas impostas por eles”.

Felipe Klein Gussoli⁷⁰ ressalta que, “no que diz respeito o controle judicial dos atos administrativos, qualquer manifestação pela inatacabilidade do ato administrativo, inclusive da parcela do mérito do ato administrativo, viola normas de tratados de direitos humanos”. O referido autor fundamenta a sua análise no art. 25, 1 e 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, asseverando que “o exercício do poder estatal, e para o que aqui importa o exercício da função administrativa, está sempre sujeito à revisão por órgãos de controle do mesmo Poder ou de outros Poderes”.

Contudo, alerta que “o controle amplo da decisão administrativa pelo Poder Judiciário precisa, todavia, de limites, sob pena de excessos e interferências indevidas de aparato estatal julgador”, pois, “acima de tudo, a contenção do arbítrio e de ilegalidades estatais é um dos objetivos precípuos das normas internacionais de direitos humanos”.⁷¹

Ricardo Marcondes Martins⁷² adverte para a realidade brasileira, que “clama pelas teorias jurídicas legitimadoras de uma maior intervenção jurisdicional”, pois “cada vez mais se reconhece a íntima ligação entre o ser e o dever-ser: a interpretação de uma norma não pode ser realizada com os olhos fechados para a realidade à qual ela será aplicada”.

⁶⁸ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 251, p. 139-178, 2009. p. 147-174. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 22 fev. 2022.

⁶⁹ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 154.

⁷⁰ GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019, p. 201.

⁷¹ GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019, p. 202.

⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018, p. 162.

Na relação entre o exercício da função jurisdicional e o exercício da competência discricionária legislativa e/ou administrativa, Ricardo Marcondes Martins⁷³ considera que, “se se trata de competência discricionária e o Legislador ou o Administrador restringiram-se às alternativas admitidas pelo Direito, o mérito é intangível”. Por outro lado, “se não há competência discricionária ou se ela foi mal exercida, o Judiciário deve efetuar o controle”.

Por sua vez, Luís Carlos Martins Alves Júnior⁷⁴ distingue o papel dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação e implementação de políticas públicas, no sentido de que “as políticas públicas são desenhadas e implementadas, ordinariamente, pelo Poder Executivo, com o aval, do ponto de vista orçamentário, do Poder Legislativo”. Ressalta, também, que “não se pode falar apenas em separação dos poderes como argumento para tentar afastar a atuação do Poder Judiciário. Contudo, a intervenção judicial não pode ser a regra, mas uma exceção”.

Verifica-se, pois, na análise dos juristas supracitados, que a atuação dos três Poderes da República para o controle do mérito dos atos administrativos discricionários se faz presente ante a necessária efetividade das políticas sociais.

O processo de redemocratização, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, aumentou a demanda por justiça, inclusive na relação entre a administração pública e seus administrados. Segundo Luís Roberto Barroso,⁷⁵ tal despertar se deu “pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos”, assim como “pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual”.

Nota-se que a constitucionalização, a crescente demanda por justiça e a ascensão do Poder Judiciário “provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”, conforme entendimento de Luís Roberto Barroso.⁷⁶

Reiterando o já mencionado neste artigo, a constitucionalização alcançou o direito administrativo, alterou a relação entre administração pública e administrados e promoveu o rompimento de paradigmas: “a) a redefinição da idéia de supremacia

⁷³ MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018, p. 153.

⁷⁴ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins; SAMPAIO, Alexandre Santos. Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 217-245, out./dez. 2018, p. 242.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 51.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 63.

do interesse público sobre o particular; b) a conversão do princípio da legalidade administrativa em princípio da juridicidade; c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo”, conforme Luís Roberto Barroso.⁷⁷

No entanto, a reflexão acerca dos impactos da sindicabilidade do mérito administrativo no âmbito dos direitos sociais parte da contradição entre a previsão normativa dos direitos fundamentais e o seu baixo grau de efetividade, não obstante “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, conforme preconiza o art. 5º, §1º, da CF/1988. A norma constitucional confere ao cidadão o direito fundamental à tutela administrativa efetiva.

Destaca-se que a Constituição Federal adota o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, “por atribuir expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas de caráter social, e ao Estado uma vasta gama de deveres da mesma natureza dispostos ao longo do texto constitucional, em especial no Título VIII (‘Da ordem social’)”, segundo Daniel Wunder Hachem.⁷⁸

Para Daniel Wunder Hachem,⁷⁹ o dever fundamental à tutela administrativa efetiva impõe à administração pública “o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação *praeter legem* ou *contra legem*”, a fim de “não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social”.

A vinculação à juridicidade vai além da observância das leis. Importa o poder público observar, também, a segurança jurídica em razão da confiança depositada por seus administrados em seus atos. Ao examinar a doutrina acerca da proteção da segurança jurídica, considerada “função básica do Estado”, em consonância com Larenz, Gustavo Binbenojm destaca que “a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa qualificar-se como justo”.⁸⁰

Além disso, a segurança jurídica também visa assegurar a estabilidade nas relações jurídicas. Há de se considerar que não o é diferente entre a administração

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63, p. 63.

⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 345. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 26 fev. 2022.

⁷⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária (Resumo de teses de doutorado em direitos fundamentais). *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 253-256, 2014. p. 254. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4958>. Acesso em: 26 fev. 2022.

⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 177.

pública e seus administrados, impondo “a articulação de mecanismos jurídicos que confirmam previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado”, conduta esta que visa “à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública”, segundo Gustavo Binbenbojm.⁸¹

Nesse sentido, o exame dos atos administrativos pelo intérprete-aplicador do direito, fundamentado no princípio constitucional da segurança jurídica, “deve ser ponderado com a legalidade estrita, caso a caso, segundo os critérios comparativos entre a gravidade da violação à lei e o grau de lesividade”, para Gustavo Binbenbojm,⁸² como forma de expressão da juridicidade administrativa.

Em se tratando do direito fundamental à boa administração, como sugestão de aperfeiçoamento do processo de avaliação das políticas públicas, Juarez Freitas⁸³ afirma que, “quanto mais se aprofunda e sofisticada a sindicabilidade, mais se desvela a importância de avaliação racional dos impactos sociais, ambientais e econômicos das decisões administrativas como ferramenta indispensável do controle baseado em evidências”.

4 Considerações finais

Para conclusão, elencam-se as principais ideias apresentadas neste estudo. Verificou-se que o fenômeno da constitucionalização do direito é o grande vetor da mudança de paradigmas no direito administrativo, pois propicia a impregnação constitucional na atividade administrativa fundamentada nos princípios e regras contidos na Carta Magna.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há regras que limitem o controle judicial das decisões administrativas discricionárias, embora ainda existam controvérsias acerca do tema, e o controle judicial dos atos administrativos atinge diretamente a garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição dirigente. Prima-se pelo controle judicial do motivo (causa) e do objeto (conteúdo), agasalhos do mérito dos atos administrativos, haja vista estes elementos serem os vetores de impacto na garantia dos direitos fundamentais, tendo como base os princípios e regras constitucionais.

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 177.

⁸² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 190.

⁸³ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015. p. 128. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/241>. Acesso em: 17 jan. 2022.

Reitera-se que, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários da administração pública carecem de um controle do Poder Judiciário, ainda que a atuação deste transite pela autocontenção, declarando deferência às escolhas do legislador, ou pelo ativismo, compelindo o Estado à proteção de bens jurídicos no caso concreto. A supremacia dos direitos fundamentais sobre o interesse público caracteriza o Estado Constitucional, no qual é necessário que a boa administração pública atue visando à efetividade desses direitos por meio da adoção de políticas públicas garantidoras do mínimo existencial baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se concluir que, nas relações jurídicas entre a administração pública e seus administrados, as ações individuais e coletivas ou abstratas submetidas ao controle judicial conduzem a discussões fático-jurídicas de todo o ciclo das políticas públicas (construção de agenda, formulação da política, processo decisório, implementação e avaliação), sobretudo das políticas sociais, visando à efetividade dos direitos fundamentais.

Referências

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61, maio 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/20309804>. Acesso em: 17 jan. 2022.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Traduzido por Dr. Luís Afonso Heck. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins; SAMPAIO, Alexandre Santos. Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 217-245, out./dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 4, 2003, v. 3. *Anais da Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Injunção nº 7.300/DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2021, Processo Eletrônico DJe-167, Divulgado em 20/08/2021, Publicado em 23/08/2021. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp nº 1889201/SC*, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 20/04/2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.250.595/RS*, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 15/05/2020, Processo Eletrônico DJe-134, Divulgado em 28/05/2020, Publicado em 29/05/2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Injunção nº 4733/DF*, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, Processo Eletrônico DJe-238, Divulgado em 28/09/2020, Publicado em 29/09/2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80131>. Acesso em: 08 fev. 2022.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/241>. Acesso em: 17 jan. 2022.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Seqüência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 26 fev. 2022.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 26 fev. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária (Resumo de teses de doutorado em direitos fundamentais). *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 253-256, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4958>. Acesso em: 26 fev. 2022.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 251, p. 139-178, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 22 fev. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no direito administrativo. *Revista dos Tribunais*, v. 1000/2019, p. 73-84, fev. 2019.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife: TRF 5ª Região, n. 8, dez. 2004. 314p. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/issue/view/20>. Acesso em: 02 fev. 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 21.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MORAES, Germana de O. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1.102.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SADDY, André. Visitando a definição de discricionariedade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1629.
