

ano 18 - n. 73 | julho/setembro - 2018  
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i73  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	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  
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 e 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 interseção 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.

### **Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editores Acadêmicos Responsáveis**

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

### **Assessor Editorial**

Felipe Klein Gussoli

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajaville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cámen Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmeron Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISCRS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

### **Homenagem Especial**

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)  
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)  
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)  
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)  
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

## **O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo**

*The control of Public Administration by the Judiciary in times of neoconstitutionalism: the limits of judicial activism in concretization of fundamental rights in protection to administrative merit*

**Emerson Affonso da Costa Moura\***

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)  
emersonacmoura@yahoo.com.br

**Recebido/Received:** 27.01.2018 / January 27<sup>th</sup>, 2018  
**Aprovado/Approved:** 12.11.2018 / November 12<sup>th</sup>, 2018

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: MOURA, Emerson Affonso da Costa. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 229-245, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.913.

\* Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Seropédica-RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal Fluminense. *E-mail*: <emersonacmoura@yahoo.com.br>.

**Resumo:** As perspectivas do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública à luz das transformações sofridas na teoria constitucional contemporânea é o tema posto em debate. Pretende-se, a partir de singela homenagem a capital obra do professor Sergio de Andréa Ferreira “O Controle da Administração Pública pelo Judiciário”, verificar em que medida a ascensão de uma nova modelagem teórico-institucional da jurisdição constitucional à luz de promoção dos direitos fundamentais não pode importar em indevido estreitamento do legítimo espaço do mérito administrativo. Para tanto, divide-se o trabalho em três partes, investigando os limites e possibilidades do mérito administrativo à luz do Estado Democrático de Direito, a expansão do controle e ascensão do Poder Judiciário com a Constituição Federal de 1988 e o papel da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais, porém, de forma a garantir a proteção do mérito administrativo enquanto irradiação do princípio democrático. Adota-se por metodologia a crítica dialética com esteio precípua na literatura jurídica pátria e estrangeira. Conclui-se que sob a égide de um Estado Democrático de Direito não compete a jurisdição constitucional a título de proteção dos bens e valores constitucionais, do esvaziamento do princípio majoritário e sua irradiação pela Administração Pública através de sua densificação no mérito administrativo. Ao revés, verifica-se que sob a égide de uma ordem constitucional pluralista, que consagra múltiplos e variados interesses compete na partilha constitucional não ao Poder Judiciário, mas ao Estado-Administração a atribuição de promover a realização dos direitos constitucionais sob pena de esvaziamento do próprio princípio democrático.

**Palavras-chaves:** Administração Pública; controle; Poder Judiciário; mérito administrativo; princípio democrático.

**Abstract:** The perspectives of the judicial control of the acts of the Public Administration in the light of the transformations undergone in the contemporary constitutional theory is the subject put in debate. It is intended from a simple homage to the capital work of Professor Sergio de Andréa Ferreira “The Control of Public Administration by the Judiciary” to verify to what extent the rise of a new theoretical-institutional modeling of the constitutional jurisdiction in the light of the promotion of fundamental rights does not can import into undue narrowing of the legitimate space of administrative merit. In order to do so, the work is divided into three parts, investigating the limits and possibilities of administrative merit in the light of the Democratic Rule of Law, the expansion of control and rise of the Judiciary with the Federal Constitution of 1988 and the role of constitutional jurisdiction in promotion of fundamental rights, but in order to guarantee the protection of administrative merit while irradiating the democratic principle. The dialectical criticism is adopted by methodology with a primary purpose in the legal literature of the mother country and foreign. It is concluded that under the aegis of a Democratic State of Law, it is not for the constitutional jurisdiction to protect the constitutional goods and values, for the emptying of the majority principle and its irradiation by the Public Administration through its densification in administrative merit. On the contrary, it is clear that under the aegis of a pluralistic constitutional order, which consecrates multiple and varied interests, it is incumbent on the constitutional sharing not to the Judiciary, but on the State Administration to promote the realization of constitutional rights under penalty of own democratic principle.

**Keywords:** Public Administration; control; Judicial power; administrative merit; democratic principle.

**Sumário:** I Introdução – II O mérito administrativo e o Estado Constitucional e Democrático de Direito – III A expansão do controle da Administração Pública pela jurisdição constitucional – IV O controle judicial do mérito administrativo – V Conclusão – Referências

## I Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a ascensão dos pilares não apenas de um Estado Democrático de Direito no Brasil, mas de um novo constitucionalismo, voltado ao compromisso com a proteção e

concretização dos bens e valores fundamentais da sociedade, mas igualmente com a preservação e garantia do princípio democrático.

O amplo processo de constitucionalização com a previsão do regime da Administração Pública na lei fundamental aliado à consagração de um amplo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional conduziu a uma ampliação na atuação do Poder Judiciário no que tange ao controle das matérias de índole administrativa.

Reforça-se tal fenômeno na última quadra histórica em que antes a jurisdição constitucional atuava com respeito ao princípio da separação dos poderes e os legítimos espaços de conformação legislativa e discricionariedade administrativa, em típica postura de autocontenção judicial, tem atuado com ingerência sobre os atos dos demais poderes a título de promoção dos direitos fundamentais.

Inevitável que a adoção do ativismo judicial no que tange aos atos administrativos reforça a tensão imanente entre constitucionalismo e democracia, uma vez que à guisa de realização dos direitos constitucionais, o Poder Judiciário acaba por adentrar sobre o mérito administrativo e o lícito campo de decisão da Administração Pública decorrente do espraiamento do princípio majoritário.

Busca o presente trabalho investigar em que medida tal ascensão de uma nova modelagem teórico-institucional da jurisdição constitucional não pode importar no âmbito do controle judicial dos atos administrativos um indevido estreitamento do legítimo espaço do mérito administrativo à luz de promoção dos direitos fundamentais sob pena de violação do princípio democrático.

Pretende-se, portanto, a partir de singela homenagem a capital obra do professor Sergio de Andréa Ferreira “O Controle da Administração Pública pelo Judiciário” verificar em que medida tais perspectivas no exercício da jurisdição constitucional não elidem o campo do mérito administrativo, mas reforçam a necessidade de sua preservação na proteção do próprio Estado Democrático.

Para tanto, investiga-se os limites e possibilidades do mérito administrativo à luz do Estado Democrático de Direito, de modo a verificar se a decisão administrativa não pode estar desvinculada das decisões políticas fundamentais através da consagração dos bens e valores essenciais legitimados na Constituição Federal e igualmente se isto não importa em esvaziamento do mérito administrativo.

Após, volta-se à expansão do controle jurisdicional dos atos dos outros poderes e a ascensão político-institucional do Poder Judiciário com a Constituição Federal de 1988 para extrair os pressupostos do ativismo judicial no que tange ao controle da Administração Pública, mas igualmente, os seus limites e riscos.

Por fim, verifica-se qual será o papel da jurisdição constitucional na promoção dos bens e valores constitucionais, porém, de forma a garantir a proteção do mérito administrativo enquanto irradiação do princípio democrático, o que importa em um limite da atuação do Poder Judiciário no que tange ao legítimo espaço de escolhas realizadas pela Administração Pública.

Utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na literatura jurídica pátria e estrangeira através dos principais expoentes do Direito Administrativo e Constitucional, em uma necessária interface entre as disciplinas, bem como em alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da práxis jurídica.

## II O mérito administrativo e o Estado Constitucional e Democrático de Direito

Embora o Direito Administrativo tenha origem liberal e garantidora, sua construção teórica ocorreu pelas decisões da jurisdição administrativa francesa, que importou na sujeição da Administração à vontade da lei, mas também, igualmente na sua imunização, ao menos inicial, ao controle pelos demais poderes.<sup>1</sup>

Desta forma, a Administração Pública no Estado Moderno Liberal é marcada por um compromisso teórico entre elementos tipicamente protetivos do cidadão – como a consagração do Princípio da Separação dos Poderes e a garantia dos direitos individuais – do ente estatal – como a criação de um estatuto especial de atuação e de controle para a Administração.<sup>2</sup>

O regime jurídico-administrativo moderno se conformou, portanto, sob uma tensão dialética entre autoridade e liberdade,<sup>3</sup> que se exteriorizou no reconhecimento de espaços legítimos de atuação dos cidadãos – com a consagração de seus direitos públicos subjetivos em face dos poderes públicos – e do Estado – com a previsão de um mérito administrativo não controlado pelo Judiciário.

Inevitável, que tal esfera insindicável de ingerência de outros poderes sob a atuação do Estado-Administração no momento inicial do Estado Moderno é apontado pela literatura francesa como um enraizamento de elementos de origem monárquica<sup>4</sup> e acabou convergindo para uma concepção de Estado de Direito em sentido fraco pela sua sujeição à legalidade apenas formalmente.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 461-462.

<sup>2</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.* p. 38.

<sup>3</sup> Note que autoridade não se confunde com autoritarismo. Para assegurar a liberdade sujeita-se a Administração Pública à observância de leis, porém são outorgadas prerrogativas e privilégios que, se permite a persecução do interesse público, colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61-62.

<sup>4</sup> CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel. *In: Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie, 1993. p. 13.

<sup>5</sup> ZAGRELBESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Leys, Derechos, Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 22-23.

Isto porque, embora os atos da Administração correspondam ao exercício muitas das vezes de uma função governamental ou o mérito tenha sua legitimidade decorrente do próprio princípio democrático, não formam uma categoria jurídica autônoma destituída de controle judicial, já que no Estado de Direito há limites previamente estabelecidos na lei e nos seus fins.<sup>6</sup>

É próprio da técnica de separação e harmonia entre poderes orgânicos que, embora os atos possam ser dotados de certo grau de criatividade e liberdade, sujeitam-se a limites previamente estabelecidos na ordem jurídica, na proteção dos direitos já consagrados e na persecução dos fins almejados pela sociedade.<sup>7</sup>

Sob tal viés que se consagra a ideia de controle judicial dos atos da Administração Pública no reconhecimento de uma esfera de autonomia pública – no que tange ao mérito e o lícito campo de escolha da conveniência e oportunidade – porém, sujeito ao controle pelo Poder Judiciário, no que tange ao respeito à legalidade, decorrente do próprio *checks and balances* da separação dos poderes.

Não obstante, com a transformação da própria noção de Estado de Direito há uma profunda alteração na relação entre os poderes públicos e, portanto, no que tange ao controle dos atos do Estado-Administração decorrentes do reconhecimento do caráter normativo da Constituição e da afirmação de sua supremacia formal e axiológica na ordem jurídica.<sup>8</sup>

Com a compreensão que Constituição é lei, isto implica no reconhecimento que seus preceitos antes remetidos à natureza programática e sujeitos a escolhas políticas passam a ser dotados de normatividade e, por efeito, instituem direitos aos cidadãos e obrigações aos poderes públicos, que passam a vincular suas decisões à concretização dos seus preceitos.<sup>9</sup>

Neste viés, os direitos fundamentais antes previstos nas cartas liberais do século XIX sofrem um processo de expansão pelas constituições que assumem feições garantistas e passam a exigir a proteção de situações individuais em face do poder público como um núcleo de garantia contra os arbítrios do Estado e de irradiação no sistema normativo.<sup>10</sup>

No que tange ao controle dos atos da Administração Pública isto significa uma maior sindicabilidade do mérito administrativo, já que se antes bastava a

<sup>6</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito* – O problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990. p. 127.

<sup>7</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004. p. 150-171.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.

<sup>10</sup> Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569).



sua congruência com o princípio da legalidade, passa-se a permitir uma avaliação da adequação aos objetivos definidos pela Constituição, embora resguardado o espaço de conveniência e de oportunidade.<sup>11</sup>

Isto porque, com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a Carta Magna e não com a lei ou com a espécie normativa próxima.<sup>12</sup>

Produz-se uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição, independente da conformação legislativa, sem que resulte na exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou demais espécies normativas adequadas.<sup>13</sup>

Por um lado isto não significa uma ampliação do mérito administrativo, sob a ideia de uma aplicação otimizada da Constituição, em detrimento da regulação infraconstitucional que permita a criação de regulamentos autônomos, pois significaria em violação ao sensível equilíbrio entre os poderes públicos.

Porém, igualmente não importa em uma redução do mérito administrativo, já que aponta a literatura jurídica com destreza deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, não pode importar na ocupação de todo o espaço jurídico no Estado Constitucional e Democrático de Direito.<sup>14</sup>

Se o mérito administrativo abrange o legítimo campo para eleição da conveniência e oportunidade em busca da satisfação dos interesses públicos com a eleição da Constituição como centro formal e axiológico da ordem jurídica, isto significa que a Administração Pública em geral passa a encontrar-se, também, sob uma reserva dos direitos fundamentais.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>12</sup> Isto representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 836).

<sup>13</sup> Corresponderia em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensejar sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla a obrigatoriedade da lei, com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte a segurança jurídica, advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei, ao assegurar a previsibilidade das condutas e estabilidade das relações sociais (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735).

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 38.

<sup>15</sup> Note que a vinculação não abrange apenas a Administração Pública Direta, mas também, a Indireta, não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado vinculadas à Administração,

Em certa medida, é o reconhecimento de que se antes o mérito administrativo deveria ser com respeito ou tolerância – em razão de sua dimensão negativa – significa a assunção que tais eleições, por vezes, envolverão o oferecimento de bens e necessários à fruição destes – devido a sua dimensão positiva.

Tal compreensão sepulta qualquer tentativa de considerar a discricionariedade como antagonista ou autoritária no que tange aos direitos fundamentais, mas ao revés, reconhece que a concretização dos refeitos bens e valores constitucionais se sujeitam à realização de prestações estatais que decorrem da ação do Estado-Administração e, portanto, de suas escolhas.

Poderia se sustentar que há um redimensionamento na interpretação dos critérios de conveniência e oportunidade, com reconhecimento que a discricionariedade passa de uma ampla esfera de escolha a um campo de concretização dos direitos fundamentais, mas o mérito administrativo igualmente se sujeitará à realização de outros interesses também constitucionais.<sup>16</sup>

Isto por si só já demonstra a necessidade de ampliação do mérito administrativo, pois a consagração de múltiplas demandas e a inviabilidade de atendimento de variados interesses reforça a necessidade de eleição pela Administração Pública, inclusive, com a participação do cidadão nessa tomada de decisão coletiva.<sup>17</sup>

Além disto, importa no reconhecimento que ao lado dos direitos fundamentais – como o direito de propriedade – na realização de interesses constitucionalmente privados haverá a realização de deveres fundamentais – como a desapropriação – interesses constitucionalmente públicos, ao qual compete à Administração Pública o processo de tomada de decisão.

Neste viés, embora o Estado Democrático e Constitucional de Direito imponha ao mérito administrativo o respeito à legalidade formal e o cumprimento dos preceitos constitucionais determina, igualmente, a realização do princípio democrático através da representatividade que assumem determinados poderes no que tange às decisões políticas.

Isto produz uma tensão imanente entre controle judicial – responsável pela proteção das deliberações promovidas no âmbito da Constituição através da proteção dos bens e valores fundamentais – e mérito administrativo – enquanto fruto das deliberações atuais com a legitimidade decorrente da representatividade do chefe do executivo para escolhas dos programas e ações.

---

em todas as suas formas de atuação, seja desde os actos normativos típicos (regulamentos...) às várias medidas administrativas ou decisões de cunho jurisdicional, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum ato dos entes públicos é livre dos direitos fundamentais (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 579-580).

<sup>16</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

Em um contexto no qual há expansão da atuação do Poder Judiciário, isso tem resultado na adoção de uma postura ativista, que a título de proteção e promoção dos direitos fundamentais tem adentrado no mérito administrativo ignorando, portanto, o seu papel na concretização do princípio democrático e na própria realização dos respectivos bens constitucionais a partir destes.

O tema será tratado a seguir.

### III A expansão do controle da Administração Pública pela jurisdição constitucional

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão da jurisdição constitucional mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, que pretende garantir a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário reservando sua tutela à seara do Poder Judiciário.<sup>18</sup>

Decorrente de uma natural preocupação com os poderes públicos oriunda de um longo processo de ditadura militar e maciça violação dos direitos fundamentais, essa ampliação de competência do Poder Judiciário para o controle dos atos emanados dos poderes públicos acabou criando um processo de juridicização da política e limitação do poder de atuação dos demais atores.<sup>19</sup>

Aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição faz com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, conduz a um protagonismo judicial.<sup>20</sup>

Neste viés, ao controlar os atos dos demais poderes públicos, os juízes atuam como protagonistas da transformação social, tutelando os princípios democráticos, mas também protegendo os bens e interesses fundamentais da sociedade de violações advindas de processos majoritários de deliberação<sup>21</sup> protegendo, portanto, os direitos fundamentais.

<sup>18</sup> Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais (COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34).

<sup>19</sup> Como ilustrações têm-se os temas conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

<sup>20</sup> O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. p. 3).

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25-32.

Assim, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que apoiado na ampla constitucionalização/inclusão de matérias infraconstitucionais, a adoção do sistema de jurisdição una e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduz ao Poder Judiciário, as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, esse exercício do controle das questões que cabem a decisão dos demais Poderes Estatais, pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura autocontida – de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou ativista – de proteção das normas constitucionais criadas pelo poder constituinte.

Em nossa atual quadra histórica, tem se observado um intenso ativismo judicial, portanto, há atuação ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas.<sup>22</sup>

É comum se verificar no Poder Judiciário, inúmeras vezes, a invalidação de atos emanados dos outros poderes dotados de constitucionalidade discutível – como no caso das coligações eleitorais<sup>23</sup> – ou na imposição de condutas ou abstenções aos poderes públicos visando a realização de direitos fundamentais – como em questões de saúde.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo – para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes – e outros um critério qualitativo – de forma minimalista ou maximalista – na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema, *vide*: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de; NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodvim, 2011. p. 460-464.

<sup>23</sup> Neste caso da verticalização (ADIn 3685) o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de março de 2006 alterava o artigo 17, §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional dando à norma do artigo 16 o *status* de cláusula pétrea embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.

<sup>24</sup> O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou no sentido que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, *vide*: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – IBDC, volume 77. Dez. 2011.

Inegável que no Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação pública ao processo eletivo,<sup>25</sup> a histórica e perniciosa influência econômica sobre os agentes políticos e a Administração Pública<sup>26</sup> e a captação dos agentes políticos e públicos por grupos de interesse,<sup>27</sup> conduz a um distanciamento entre eleitor e eleito, administrador e administrado promovendo estreitamento da decisão pública que se transfere para os órgãos judiciários.

Porém, o Poder Judiciário não pode, a título de proteção dos direitos fundamentais, violar a Constituição exercendo um controle judicial dos atos dos outros poderes onde exerça preferências políticas sem a devida legitimidade e responsabilidade política em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.

Ainda entre aqueles que sustentam o papel proativo da jurisdição constitucional admitem que há princípios sensíveis à democracia, a saber questões notadamente políticas que se sujeitam à vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário e devem ser objeto de deliberação nas searas adequadas.<sup>28</sup>

Na Administração Pública o mérito administrativo corresponde ao resíduo da legitimidade dos agentes políticos eleitos, de modo que compete aos agentes públicos, no âmbito daquela densificação, a escolha entre opções legítimas daquelas que produzam melhores resultados no que se refere aos interesses que pretendam se concretizar.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública (BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação. *In: RDE*, ano 3. N. 12. Out./dez. 2008. p. 82-84).

<sup>26</sup> Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política e a administração brasileira. Sobre o tema, *vide*: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000.

<sup>27</sup> A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, *vide*: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 129 e 224.

<sup>29</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 25-26 e 76.

Neste viés, torna-se necessário então verificar em que medida o Poder Judiciário pode realizar o controle da Administração Pública no que tange ao mérito, de forma a promover os direitos fundamentais, mas sem que importe em violação ao legítimo espaço de tomada de decisão administrativa.

O tema será tratado a seguir.

## IV O controle judicial do mérito administrativo

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão<sup>30</sup> – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria<sup>31</sup> – e, desse modo sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe à Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.<sup>32</sup>

Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.

Nesse sentido, a lei fundamental veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>31</sup> Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, na qual Democracia é o governo genuinamente popular (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320).

<sup>32</sup> A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º, *caput*), garantiu o pluralismo político (Art. 1º, inciso V), a inserção como cláusula pétrea tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60, §4º) dentre outros. No viés procedimentalista, *vide*: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

maiorias políticas ocasionais, inclusive mediante o controle de deliberações políticas que os violem.<sup>33</sup>

Compete ao exercício da jurisdição constitucional<sup>34</sup> não apenas a proteção dos *direitos fundamentais* contra a manifestação da vontade da maioria, mas igualmente o processo de concretização das normas constitucionais envolve o reconhecimento de legítimo espaço da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa.<sup>35</sup>

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que violem ou não os concretizem, sem que isto, necessariamente, resulte em violação do princípio democrático, mas inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto porque nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações, mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem a igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.<sup>36</sup>

Isto importa na adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e à igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública<sup>37</sup> e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista, *vide*: RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008 e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>34</sup> Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário contra a vontade da maioria (HABERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. *In*: HABERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005. p. 166).

<sup>35</sup> MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. *In*: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

<sup>36</sup> Para que a deliberação ocorra em efetivo, deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80).

<sup>37</sup> Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

<sup>38</sup> A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no

Todavia, o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos uma vez que sujeitos a intenso desacordo entre os participantes<sup>39</sup> na sociedade deve ser definido no âmbito da realização do princípio democrático com a deliberação majoritária pela própria sociedade ou através dos seus representantes.

Isto não importa desconsiderar que há influência de fatores políticos mesmo em decisões técnicas na discricionariedade administrativa,<sup>40</sup> que podem resultar, por vezes, que o mérito administrativo não corresponda de fato à deliberação majoritária almejada enquanto irradiação do princípio majoritário.

Todavia, se cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, isto ocorre apenas no que tange a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a legitima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins,<sup>41</sup> porém, jamais no que tange à substituição da escolha da Administração.

As escolhas administrativas envolvem questões de considerável complexidade que demandam conhecimento específico, em que o emprego da técnica, permite tornar o ato administrativo instrumento racional e manejável garantindo a clareza e previsibilidade do fenômeno administrativo,<sup>42</sup> algo que o Poder Judiciário não está preparado para realizar.

Falta à jurisdição constitucional o conhecimento dos juízos técnicos formulados no processo de tomada de decisão administrativa, na medida em que o mérito administrativo envolve a complexidade de inúmeros interesses públicos, em que o Poder Judiciário não necessariamente possui capacidade institucional.

Por esta razão, há clara violação ao princípio da separação dos poderes ao se ignorar que a especialização funcional se densifica na competência técnico-operacional dos órgãos especializados da Administração Pública, em razão da *especialização funcional*,<sup>43</sup> para avaliação dos fatores exógenos a partir dos atores,

---

processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

<sup>39</sup> Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece como Dworkin que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, Cap. 13.

<sup>40</sup> É o que ocorre quando os critérios técnicos não constituem único fundamento possível na decisão administrativa, deixando margem para juízo de conveniência e oportunidade, como, por exemplo, o tombamento, ou quando existem diferentes soluções técnicas equivalentes, que impõem um juízo político na escolha administrativa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. Op. cit.*, p. 93; DAROCA, Eva Desdentado. *Los Problemas del Control Judicial de La Discrecionalidad Técnica. Op. cit.*, p. 49).

<sup>41</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

<sup>42</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido. Op. cit.*, p. 461-462.

<sup>43</sup> Compreende o princípio da separação dos poderes uma vertente técnico-operacional na atribuição das funções entre os poderes orgânicos, que traduz em uma organização construída a partir de órgãos técnicos,



métodos e subsídios envolvidos na ação estatal que permitem a visão global sobre o tema.

Neste sentido, quando o Poder Judiciário promove a adjudicação de prestações relativas à fruição dos direitos fundamentais, ignorando a racionalização dos fatores limitados na satisfação das múltiplas demandas, desencadeia distorções no sistema globalmente considerado que inviabilizam a eficiência da atuação estatal.

Não obstante, seja responsável a Administração Pública pelo desenho institucional das políticas públicas, mediante o emprego de conhecimento, recursos e atividade nas decisões operacionais voltadas à satisfação dos direitos fundamentais é incontestável que a realização desses interesses subjetivamente abstratos impõe a observância deles individualmente delimitados.<sup>44</sup>

Ignora-se que o mérito administrativo é ponto de distribuição entre a *macrojustiça* e a *microjustiça*, de forma que a atuação do Poder Judiciário, sem considerar uma atitude de reserva no que tange ao impacto institucional e a própria organização da Administração Pública no que se refere à gestão dos interesses, resulta em violação clara à separação dos poderes.

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição não pode ocupar todo espaço jurídico inviabilizando a expressão da soberania popular ou impondo um projeto social às próximas gerações.<sup>45</sup> Tão pouco, em um cenário de pluralismo social e de complexidade da vida, a interpretação constitucional restringe-se a um processo judicial e à corte constitucional.<sup>46</sup>

Porém, o sistema de separação de poderes, com o epicentro em uma Constituição formal, atribui em razão da especialização funcional e independência orgânica ao Poder Legislativo e Executivo funções cujo exercício, que ocorre de forma preponderante e sem interferência, correspondem em último grau à realização das normas constitucionais.

Cabe, portanto, à Administração Pública na concretização dos preceitos fundamentais, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais

---

com estruturas, recursos e pessoas qualificados a soluções nos campos macropolíticos superiores ao Poder Judiciário, que não dispõe de iguais subsídios (GOUVÊA. Marcos Maselli de. *O controle judicial...* *Op. cit.*, p. 22-23).

<sup>44</sup> Seria considerar, por exemplo, que a política pública de fornecimento gratuito de medicamentos de dado ente federativo atua na promoção do direito à saúde, quando encontramos titulares que se encontram em condições idênticas de fruir tais bens, não adjudicam as relativas prestações pelo poder público. A promoção coletiva dos bens sociais depende da sua realização individualmente considerada.

<sup>45</sup> Ao contrário, o direito constitucional deve atuar no aprimoramento do processo democrático, permitindo que os cidadãos decidam os valores e bens jurídicos a serem alcançados pelo grupo social em um contexto de livre circulação de ideias e de informações. Sobre a democracia nesta vertente: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 79-112.

<sup>46</sup> HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 73.

e limitada ao respectivo campo de discricionariedade a decisão do mérito administrativo de forma a atender as necessidades almejadas pelo grupo social.<sup>47</sup>

## V Conclusão

Como indicava o professor Sérgio de Andréa Ferreira embora a função de controle pressuponha todos os poderes orgânicos, não há como negar a relevância do papel da jurisdição<sup>48</sup> no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, a preservação da Constituição e a garantia da própria perpetuação do Estado Democrático de Direito.

Em sua função contramajoritária, o Poder Judiciário controla os atos advindos dos outros poderes, resguardando da conformação legislativa ou da discricionariedade administrativa os bens e valores constitucionais essenciais à comunidade, reconduzindo sempre que possível sua argumentação à razão prática, de forma a garantir a legitimidade e a racionalidade de suas decisões.

Porém, não se pode desconsiderar a existência dos excessos,<sup>49</sup> bem como o risco da consolidação de uma hegemonia judicial ou o perigo do exercício de preferências políticas, pois muitas vezes, o Poder Judiciário a título de promoção dos direitos fundamentais acaba por adentrar nos espaços legítimos de atuação dos poderes públicos.

Nesse sentido, o mérito administrativo corresponde a mais do que instrumento de afirmação da autoridade – como em sua construção liberal e perpetuação no século XIX –, mas diante de uma ordem jurídico-constitucional plural corresponde a instrumento de eleição de múltiplos interesses constitucionais e oferecimento das prestações necessárias aos direitos fundamentais.

Sob tal viés, embora o Poder Judiciário possa exercer uma atuação corretiva reforçando a promoção dos direitos fundamentais e garantindo a reordenação da relação administrativa aos fins e valores protegidos pela Constituição Federal, compete igualmente preservar o princípio democrático e a própria separação dos poderes que orientam o Estado Democrático de Direito.

<sup>47</sup> Isto não importa, todavia, na intangibilidade do conteúdo do ato do Poder Público. O princípio da razoabilidade tem sido utilizado para aferir a adequação de sentido entre os motivos, os meios e os fins empregados, permitindo a invalidação dos atos tidos *inadequados*, *desnecessários* ou *excessivos* em relação aos valores vigentes da sociedade. Sobre o tema consulte: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>48</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 390.

<sup>49</sup> Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagra, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o tema, *vide*: HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

Cabe à Administração Pública, dentro da partilha constitucional e em razão de sua especialização funcional, determinar a gestão de interesses públicos dentro dos bens e valores constitucionalmente protegidos, porém, como decorrência do princípio democrático, fazendo as escolhas legais e legítimas que atendam as finalidades pretendidas.

Sob tal viés, a adoção de uma postura ativista que pretenda concretizar direitos fundamentais adentrando no mérito administrativo antes importa na violação da Constituição por atentar contra o princípio majoritário, a separação dos poderes e os próprios direitos constitucionais, já que importa em microjustiça que impede a realização da macrojustiça e concretização desses bens e valores.

Neste sentido, impossível não considerar que entre o insindicável mérito administrativo sujeito exclusivamente à jurisdição administrativa e ao amplo controle da decisão administrativa pela jurisdição constitucional, deve-se buscar a justa medida que garanta controle e liberdade, na proteção tanto dos valores constitucionais quanto democráticos.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie, 1993.

COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de; NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodvim, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.

- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HABERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. In: HABERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. IBDC. Volume 77. Dez. 2011.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ZAGRELBESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Leys, Derechos, Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOURA, Emerson Affonso da Costa. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 229-245, jul./set. 2018.

---