

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE NORTE-UERN
FACULDADE DE DIREITO – FAD**

OSMAR FRANCISCO TOMÉ

**ATIVISMO JUDICIAL E MÉRITO ADMINISTRATIVO: A LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA EM XEQUE**

**NATAL/RN
2015**

OSMAR FRANCISCO TOMÉ

**ATIVISMO JUDICIAL E MÉRITO ADMINISTRATIVO: A LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA EM XEQUE**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon.

NATAL/RN

OSMAR FRANCISCO TOMÉ

**ATIVISMO JUDICIAL E MÉRITO ADMINISTRATIVO: A LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA EM XEQUE**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 11/12/2015

Banca Examinadora:

Prof. : Prof. Me. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
UERN

Prof. Esp. Bruno José Souza de Azevedo
UERN

Prof. : Prof. Me. Eduardo Cunha Alves de Sena
UERN

Dedico este trabalho monográfico em primeiro lugar a quem me concedeu a oportunidade da vida, meus pais Otácio e Francisca, também a quem me apresentou o amor, Isabel, e a meus filhos Gabriel e Igor.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Francisca, exemplo de força e ternura e que me sustenta com sua fé e oração.

A meu pai, Otácio Francisco, que mostrou o valor da simplicidade e humildade, que mesmo sem ter tido oportunidade de conhecer o universo das letras sempre demonstrou sabedoria.

A meus irmãos, pela solidariedade quando das minhas escolhas.

À minha amada esposa e companheira, Isabel.

A meus filhos tão amados, Gabriel e Igor.

À Ana, Moniquinha e Vera, pelo fundamental apoio.

A meus sogros, Sr. Assis, pela torcida, e, principalmente, Dona Neves, pelo imerecido apoio.

À Cleonilda Maria de Paiva, que um dia chegou-me e disse-me: “você pode ir além”.

A meus amigos Almir, Flávio, Maurício, Vanessa, Flávia e Neuma que em muito contribuíram para meu crescimento.

A todos os Professores e funcionários da UERN, que me proporcionaram uma experiência acadêmica valorosa e construtiva, em especial as Professoras Patrícia Moreira, Débora Leite, Davi e ao meu orientador incidental Paulo Chacon, a este, por sua generosidade, minha eterna gratidão.

“A utopia está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”.

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho científico aborda a questão da possibilidade intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, ou seja, no juízo de oportunidade e conveniência que administrador possui quando da escolha de suas ações. Nessa esteira, destacam-se, a questão do ativismo judicial enquanto uma postura mais atuante do Poder Judiciário frente à efetivação de políticas públicas e ante a inercia dos Poderes competentes. Esse estudo é relevante em virtude de nos últimos anos as discussões relacionadas à judicialização de questões que envolvem a efetivação de direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 terem sido muito discutidas. Assim sendo, pesquisa-se sobre as bases sob as quais se funda esse novo momento de protagonismo de Judiciário como consequência de neoconstitucionalismo, que tem na Carta de 1988 seu expoente no Brasil. Em seguida, se fará um apanhado sobre os novos contornos que se ganha o princípio da separação dos poderes, ante as intervenções do Judiciário junto ao Executivo e suas consequências para a o Regime Democrático. Logo após, frisa-se os posicionamentos de juristas e de jurisprudências a respeito dos limites e possibilidades dessa postura proativa do Judiciário. Não obstante, vislumbram-se, notadamente, os aspectos envolvendo o ativismo judicial, o mérito administrativo e a questão da legitimidade democrática.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Mérito Administrativo. Legitimidade Democrática.

ABSTRACT

This scientific work addresses the question of the intervention of the judiciary possibility the administrative merit that is, in the judgment of opportunity and convenience that has administrator when selecting their actions. On this track, we highlight the issue of judicial activism while a more active posture of the judiciary against the execution of public policies and at the inertia of the competent Authorities. This study is relevant because in recent years the discussions related to the legalization of issues surrounding the realization of fundamental rights enshrined in the 1988 Constitution have been much discussed. Therefore, if research on the basis under which is founded this new moment of Judiciary role as a result of neoconstitucionalismo, which has in the Charter 1988 exponent in Brazil. Then you will make an overview on new contours to win the principle of separation of powers, before the Judicial interventions in the executive and its consequences for the Democratic Regime. Soon after, it says to the positions of jurists and jurisprudence about the limits and possibilities of this proactive stance of the judiciary. Nevertheless, envision up, notably, the aspects involving the judicial activism, the administrative merit and the issue of democratic legitimacy.

Keywords: Judicial activism. Administrative merit. Democratic legitimacy.

LISTA DE SIGLAS

AgR – Agravo Regimental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 | O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRO PÓS-GOVERNO MILITAR E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 | 16 |
| 2.1 | O REGIME MILITAR E O DESEJO DE DEMOCRACIA..... | 16 |
| 2.2 | A NOVA CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 18 |
| 2.3 | O NEOCONSTITUCIONALISMO, O ATIVISMO JUDICIAL E A NOVA CIDADANIA BRASILEIRA..... | 26 |
| 3 | SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 32 |
| 3.1 | O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DOS PODERES E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A LEGITIMIDADE DO REGIME DEMOCRÁTICO | 32 |
| 3.2 | GARANTIAS E PRERROGATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO | 37 |
| 4 | O MÉRITO ADMINISTRATIVO, O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA..... | 42 |
| 4.1 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO | 42 |
| 4.2 | O CONCEITO DE MÉRITO ADMINISTRATIVO E DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA | 44 |
| 4.3 | OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO | 47 |
| 4.4 | O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE À VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 52 |
| 4.5 | CONTRIBUIÇÕES E LESÕES DO ATIVISMO JUDICIAL A DEMOCRÁCIA BRASILEIRA | 56 |
| 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 64 |
| | REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS | 66 |

1 INTRODUÇÃO

Podemos dizer que com a ampliação do acesso das pessoas a jurisdição e com uma maior consciência delas em relação a seus direitos, estamos vivendo um momento em que a efetividade dos direitos e garantias fundamentais é cada vez mais cobrado pelo povo. Nesse contexto, aqueles os quais são incumbidos, constitucionalmente, de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988 são cada vez mais cobrados para que as ações e políticas públicas asseguradoras desses direitos sejam realizadas. O povo não quer somente a disponibilidade e continuidade do serviço público, quer ter acesso a esses serviços com eficiência e qualidade.

Ao administrador público é reservada, constitucionalmente, a mais relevantes das competências, pois é ele quem tem que, fazendo uso dos tributos arrecadados junto a sociedade, assegurar o acesso de qualidade a saúde, educação, transporte, segurança pública, lazer, entre outros serviços que compõe um universo quase que interminável de serviços. Por outro lado, se tomarmos como referência o passado, e não precisa ser um passado distante, nos depararemos com um histórico de descasos com relação a exercer esse papel por parte da grande maioria dos administradores públicos. Constantes casos de corrupção, mau uso da máquina pública, improbidade administrativa, entre outras mazelas que sempre são recorrentes quando se fala de Brasil; fez nascer um sentimento quase que geral de descrença naqueles que estão no poder, principalmente no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Podemos então dizer, que o Poder Executivo tem falhado na consecução de seu *munus* constitucional, qual seja: implementar políticas públicas que assegurem aos administrados o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais previstos no corpo normativo da Constituição Federal de 1988.

Não é raro nos depararmos com notícias intituladas: “Juiz de uma cidade tal determina o bloqueio (ou novo bloqueio) de contas do Estado para garantir cirurgia”; ou “Justiça determina a construção de presídios” ou “Governador Fulano está proibido pela justiça de realizar festa de carnaval por conta da situação de seca no interior”, como ocorreu, também, no interior do Rio Grande do Norte.

Assim é cada vez mais frequente nos depararmos com o Judiciário sendo acionado para coagir, através de uma sentença judicial, o Executivo a atender

demandas sociais que de alguma forma deixou de ser levada a cabo por este. Afinal se existe uma previsão constitucional que assegura a cada cidadão ter acesso a determinado serviço e este não é prestado por quem deveria prestar, cabe ao cidadão, desamparado em seu direito, recorrer aquele órgão ao qual foi incumbida a função jurisdicional e de garantir os preceitos constitucionais.

Este é um cenário que ganhou contornos mais evidentes com a promulgação da Constituição de 1988, que ficou conhecida como a Constituição Cidadã, não por menos, pois assegurou uma série de direitos fundamentais. Essa infinidade de direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição de 1988 assegurou aos cidadãos a possibilidade de, não só de almejar tais direitos, mais também previu meios legais, na via judicial, de, ante a inércia do órgão competente em prestá-los, reivindicá-los.

Como resultado de uma tendência mundial a Constituição Federal de 1988, talvez no afã de superar um momento histórico de tolhimento das liberdades individuais, típica do regime militar, buscou assegurar no seu texto uma série de garantias se tornando uma constituição abrangente, ou analítica, tratando de uma infinidade de temas. Neste contexto, o Poder Judiciário assumiu uma condição de protagonista, pois com o sistema de controle de constitucionalidade difuso lhe foi dado a prerrogativa diante de uma ocorrência concreta deixar de aplicar a lei considerada, no caso, inconstitucional.

De um lado a Constituição Federal de 1988 assegurando uma infinidade de direitos a sociedade e de outro um Poder Executivo se mostrando inerte em dar efetividade a tais direitos, prestando serviços públicos precários e não implementando políticas públicas que atendam os interesses de todos. Nesse binômio muitas vezes o Judiciário é chamado a intervir tornando cada vez mais estreita a fronteira que separa as funções do Poder Judiciário das funções do Poder Executivo, a consagrada separação dos poderes.

Podemos justificar o tema proposto, pelo fato de nos últimos anos as discussões relacionadas à judicialização das políticas públicas no Brasil terem ganhado visibilidade devido ao aumento acentuado de demandas sociais, que deveriam ter sido efetivadas através da atuação do Poder Executivo por alguma razão deixaram de ser, e acabaram por ser exigida via judicial.

Dessa forma, muitos seguimentos da sociedade, em especial o meio jurídico, têm se destinado a estudar o tema em comento, apresentando pareceres que concordam e outros que refutam essa atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988, em o seu artigo 2º assim dispõe: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este dispositivo deixa claro que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da separação dos poderes como orientador da relação entre os Poderes Executivo, o Legislativo e Judiciário; base do Estado Democrático de Direito. Contudo, com as constantes interferências do Poder Judiciário obrigando a Administração Pública assegurar direitos fundamentais muitas vezes desconsiderando o juízo de conveniência e oportunidades, característicos do mérito dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nas oportunidades que este tem de agir com discricionariedade.

A metodologia utilizada neste trabalho de conclusão de curso está baseada na pesquisa bibliográfica, tendo em vista que analisam-se posições doutrinárias, como também a Carta Magna de 1988.

No que diz respeito ao método de abordagem científica do tema em estudo, utiliza-se o método dialético, como também o método dedutivo. Assim, o procedimento utilizado promoverá a pesquisa e a revisão bibliográfica a partir da leitura e fichamento de textos de livros, consulta de artigos científicos, periódicos *online*, dentre outros.

As pesquisas documentais também serão adotadas no trabalho, relacionando-as, sobretudo, à Constituição Federal de 1988. Na elaboração desta monografia, serão observadas as orientações contidas na Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), como também o que preceitua o projeto político pedagógico do curso de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN). Desse modo, a presente pesquisa encontra-se organizada sistematicamente em quatro capítulos.

Iniciamos a pesquisa relacionando as características da nova Constituição de 1988, com o processo de redemocratização brasileiro. Pois o processo de redemocratização com reabertura política e a nova Constituição, promulgada em

outubro de 1988, permitiu que no Brasil se iniciasse uma nova fase de liberdades individuais, uma nova cidadania pós-regime militar.

Também faremos, ainda no primeiro capítulo, um breve apanhado de como foi a evolução dos modelos de Estado desde as monarquias absolutistas, passando pelas peculiaridades do Estado Liberal, pelo Estado Social, até chegarmos ao Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição de 1988 como modelo a ser seguido pela República Federativa do Brasil. Seguindo no primeiro capítulo, trataremos da nova cidadania brasileira a luz do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial. Nesta oportunidade veremos uma breve evolução histórica do neoconstitucionalismo no mundo ocidental e como foi seu desdobramento no Brasil, como essa nova forma de interpretar a Constituição deu um destaque de maior relevância para o judiciário no cenário político e na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. No mesmo ponto traçaremos as diferenças pontuais entre neoconstitucionalismo e ativismo judicial.

O segundo capítulo tem como escopo principal avaliar os reflexos do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial na relação entre os poderes estatais. Na oportunidade faremos um estudo da importância do princípio da separação dos poderes como legitimador e fortalecedor do Estado Democrático de Direito. Aí também será reservado um espaço para tratar das funções do Poder Judiciário no contexto da separação dos poderes e da expansão do Poder Judiciário pós Constituição de 1988.

O terceiro capítulo é o espaço onde discutiremos como o Direito Administrativo passou por uma reviravolta na sua forma de interpretação, revendo velhos institutos deste ramo do Direito Público, reflexos da constitucionalização do Direito Administrativo e como isso resvalou na forma como a doutrina clássica enxerga a questão do mérito administrativo. Na oportunidade também faremos considerações a respeito da discricionariedade do administrador na averiguação do momento e da oportunidade de atuar, os limites dessa atuação com margem de liberdade. Também veremos como se dá atuação do administrador público atuando na efetivação dos direitos fundamentais, a vinculação dessa ação a tais direitos e o controle do Poder Judiciário sobre tais ações. Daí, analisaremos os reflexos da atuação do Judiciário no campo de efetivação de direitos fundamentais e de políticas

públicas, sua capacidade de atuar nesse papel e as contribuições e lesões ao sistema democrático quando o Poder Judiciário atua pró ativamente.

2 O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRO PÓS-GOVERNO MILITAR E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

2.1. O REGIME MILITAR E O DESEJO DE DEMOCRACIA

Jânio Quadros quando renunciou a presidência desabafou (TASCA, 2015):

"(...) Somente assim seremos dignos deste país e do mundo. Somente assim seremos dignos de nossa herança e da nossa predestinação cristã. Retorno agora ao meu trabalho de advogado e Professor. Trabalharemos todos. Há muitas formas de servir nossa pátria."

Brasília, 25 de agosto de 1961.

Jânio Quadros

Foi assim, com tais palavras, que o então presidente do Brasil, Jânio Quadros, renunciou a seu mandato o qual se iniciara aos 31 de janeiro de 1961 e prematuramente se encerrou em 25 de agosto do mesmo ano. João Goulart, então vice-presidente, estava em viagem a China comunista. Este nutria uma aproximação política e ideológica com esquerda comunista o que acirrou o desejo de tomada do poder pelos militares que desde o fim do governo de Getúlio Vargas já o almejava.

O governo de Jango, como ficou conhecido no cenário político João Goulart, assumiu feições esquerdistas o que deixou os direitistas temerosos ao ponto de implantarem no imaginário de grande parte da sociedade a o medo do comunismo. Quando Jango, em discurso na Central do Brasil em 3 de março de 1964, anunciando as chamadas reformas de base, foi estopim para que os militares dessem o tiro de misericórdia na aparente democracia que vivia o país e instaurasse o regime militar, o que veio a ocorrer enfim com o Golpe Militar de 31 de março de 1964 (MARCOS, 2014, p.52).

A batalha das ruas foi se acirrando e teve dois eventos paradigmáticos. A esquerda apostou todas as suas fichas em uma campanha de comícios, que já vinham acontecendo desde 1963, mas que agora ganhava apoio da máquina governamental. O momento inaugural seria o comício da Central do Brasil, marcado para o dia 13 de março. Ele deveria ser o modelo para vários comícios reformistas por todo o Brasil, culminando em uma grande manifestação no Primeiro de Maio.

Inicia-se assim um dos períodos mais controversos e nebulosos da história do Brasil. Foi um período onde muitos direitos e garantias conquistadas pelo homem

foram relevados a um segundo plano em benefício do que, os defensores do Golpe de 1964, chamavam de segurança nacional. Os governos militares foram se alternando no poder e cada vez mais se apresentavam como algozes das liberdades fundamentais e dos direitos inerentes ao cidadão que só um Estado democrático pleno poderia assegurar. As principais marcas da Ditadura Militar foram a falta de democracia, perseguição política, com a cassação de direitos políticos; supressão de direitos constitucionais e censura e tortura dirigida aos que contrariavam o regime militar.

Ao mesmo tempo em que o Brasil vivia em completo estado de exceção, característica dos governos militares, se discutia no mundo ocidental, Europa e Estados Unidos especialmente, o papel das constituições como garantidoras dos direitos e garantias fundamentais e as conquistas nesse campo, fruto das revoluções liberais originárias dos séculos anteriores. As constituições foram elevadas a verdadeiras protagonistas na busca da construção de um Estado fundado na democracia e na valorização do homem enquanto sujeito de direito. Não era compatível com as conquistas democráticas experimentadas ao longo da história o que se tinha no cenário político e democrático no Brasil durante a Ditadura Militar. Assim, somente uma abertura política e a volta a um regime democrático devolveria aos cidadãos os direitos fundamentais, extirpados por mais de duas décadas de ditadura militar em que viveu o Brasil.

Essa política ficou conhecida como o processo de redemocratização e representou o retorno ao regime democrático e a retomada dos direitos políticos e fundamentais até então mitigados por anos de governo militar. Dentre várias mobilizações, sejam de pequenos ou grandes movimentos que ansiavam pela reabertura política e democrática, a mais significativa sem dúvida foi o movimento das “Diretas Já”. Trabalhadores, sindicalistas, intelectuais, a esquerda, remanescentes resignados do Golpe de 1964, entre outros que encabeçaram esse movimento que ganhou as ruas do Brasil e deu a força que faltava para a reabertura política e a volta ao regime democrático, clamavam pelo direito do povo eleger seus representantes de maneira direta. Esse movimento manifestou como nenhum outro os desejos democráticos que alimentavam os defensores da democracia no Brasil (SILVA, 2011. p. 88):

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instaurou o golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificaram-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta para Presidente da República, interpretando o sentido da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

Dessa forma, é fundamental que compreendamos o quanto que a implantação do regime político ditatorial, inaugurado com o Golpe Militar de 1964, e processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, marco da recondução do Brasil a democracia. Esses dois fatos, nessa pesquisa, que se segue, serve de marcos históricos que acabaram por influenciar o neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o ativismo judicial ao modo brasileiro.

2.2. A NOVA CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi sem dúvidas um marco para a história do Brasil, e não foi por menos que ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, pois o seu rol de direitos e garantias fundamentais e número de matérias trazidas no seu corpo foi de tal modo tão extenso que foi classificada, dentre as várias classificações doutrinárias, como extensa, analítica, entre outras. Talvez esse fenômeno tenha se dado como uma resposta as frequentes mitigações e usurpações de direitos e garantias fundamentais, marcas do período ditatorial supramencionado; como uma forma de garantir o não retorno ao mesmo momento histórico ou talvez como uma forma de elevar os direitos e garantias fundamentais a condição a que pretendia os movimentos revolucionários que combateram as formas de governos e de ideologias políticas que pregavam regimes de direitos que não reservou a tais direitos o seu devido valor. O retorno ao regime democrático representou, dessa forma, um período de conquistas e de reconquistas e a Constituição de 1988, sem sombra de dúvidas, foi a grande protagonista e marco de um novo período, agora mais esperançoso, para o povo e para o Estado brasileiro (BARROSO, 2006, p.41):

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretencioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados a força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões.

A Constituição de 1988 representou um verdadeiro desejo de rompimento com o *status quo* e implementou uma série de mudanças que se incorporaram ao texto daquela como uma resposta ao passado. O ilustre Professor da Universidade do Estado do Rio Janeiro, Daniel Sarmento nos apresenta algumas dessas mudanças (SARMENTO, 2012, p. 14):

A Assembleia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção.

Ainda nesta linha de relacionar o advento da Constituição Federal 1988 como conquista de um processo de redemocratização (BARROSO, 2005, p.4):

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Compreender esse processo de redemocratização, de um novo momento dos direitos e garantias fundamentais e das características da Carta Constitucional de 1988, não pode ser um resultado se não de uma análise, embora breve, das mudanças pelas quais passou o Estado desde as Revoluções Liberais dos séculos XVII, XVIII e XIX.

É fato que os modelos de Estado que se apresentaram ao longo do processo histórico, do Estado Liberal ao Estado Neoliberal, parece não terem dado uma resposta concreta no sentido de fazer valer os anseios do homem livre em sua plenitude, em outras palavras, garantir seus direitos como cidadão. É tanto que esse fenômeno, qual seja o das constituições volumosas, analíticas, abrangentes, etc.; não se pode dizer que foi uma peculiaridade do Brasil. A elaboração de Constituições abrangentes ou prolixas, pode ser observada em países como o México com sua carta constitucional 1917. Podemos citar o extremo exemplo da Constituição da Índia de 1950, com cerca de 400 artigos e uma infinidade de anexos. Mas, contudo, o que esse fenômeno nos revela, em termos, é a preocupação de afastar os fantasmas antidemocráticos e totalitários que assombraram outros momentos da história e que a todo tempo parecia ameaçar os rumos do futuro das nações (BONAVIDES, 2011, p.92):

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficazes, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.

Além de um elevado elenco de direitos e garantias fundamentais, uma das características marcantes das Constituições modernas é a presença de um grande número de princípios. Característica tal que se justifica ante a multiplicidade de interesse dentro da sociedade democrática. Neste sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2009, p.23):

As Constituições modernas são pródigas no elenco de princípios, que devem ser obedecidos pelo Estado e seus cidadãos, bem como no estabelecimento de fins a serem alcançados. Tal fato é justificado pela característica pluralista das sociedades democráticas, a qual exige a

acomodação no texto constitucional dos diversos interesses existentes em determinada comunidade jurídica, desiderato que só pode ser alcançado com a textura aberta dos princípios constitucionais.

É certo que a nova constituição, promulgada em 1988, surge num momento em que as discussões a respeito do direito constitucional orbitam em torno dos ideias apregoados pelo Estado Democrático de Direito. O que se chama de Estado Democrático de Direito na verdade é resultado de uma longa evolução nos modelos de Estado que teve seus momentos mais marcantes com o surgimento do Estado Liberal no século XVII, como reação ao modelo de Estado Absolutista que predominava até então. É sabido que este modelo de Estado representou a hegemonia da vontade dos monarcas, não havia uma separação entre a figura do Rei e a do próprio Estado. Ante a esse quadro de insegurança que vivia a sociedade não integrante das cortes reais o que imperava era as injustiças e desigualdades, pois enquanto grande parte das pessoas viviam na miséria e sem qualquer garantia diante dos mandos e desmandos dos monarcas, a nobreza gozava de privilégios infindáveis. A ruptura com o regime absolutista se deu com uma série de movimentos revolucionários chamados liberais, tendo como de maior destaque a Revolução Americana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789 (JUCÁ, 2009, p. 137):

A Revolução Americana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789 foram símbolos da ruptura com o absolutismo e a passagem para uma nova fase, o liberalismo. A queda da Bastilha em Paris representou o colapso da antiga ordem moral e social e o surgimento de uma nova ordem capitaneada pela burguesia francesa ascendente.

Era o surgimento do Estado Liberal, um modelo de Estado onde a liberdade do indivíduo era exaltada, e o Estado já não podia mais intervir na vida do cidadão de maneira ilimitada, pois a doutrina da separação dos poderes, que teve suas bases em Aristóteles e alcançou seu apogeu com Montesquieu, foi introduzida pelo Estado Liberal, no campo econômico prevalecia a doutrina do *laissez-faire*, era o liberalismo econômico de Adam Smith; no campo da política imperou o liberalismo político fundamentado pelos pensadores iluministas; no campo do direito surgem os chamados direito de primeira geração. Com isso, as Constituições, no que diz respeito às relações públicas, passaram a ser vistas como documentos que

asseguravam os direitos dos cidadãos em relação ao Estado como forma de garantir a liberdade absoluta.

A respeito da doutrina do liberalismo e sua relação com o Estado de Direito e as consequentes contribuições para a construção de um Estado democrático onde o cidadão é a parte fundamental do processo político e tem a liberdade como um de seus mais relevantes valores, bem vindas são as lições de (CLÉVE, 2000, p.34):

O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado de Direito; um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado. De que liberdade se tratava? Por certo que não daquela dos antigos que conduzia à técnica da participação do cidadão no processo político (democracia), senão uma nova concepção de liberdade que conduzia à demarcação de importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado.

Com um tempo essa liberdade absoluta apregoada pelo modelo de Estado Liberal não deu as respostas esperadas. Fatos históricos revelaram o esgotamento desse modelo e revelou novos caminhos para se chegar a um novo modelo de Estado, o chamado Estado Social e direito como um fenômeno social que é não poderia deixar de acompanhar essas mudanças (JUCA, 2009, p. 138):

Com o transcurso do tempo, a evolução dialética prosseguiu e a ordem liberal foi posta em xeque com o surgimento dos ideais socialistas. A crise do Estado Liberal, notadamente após a Primeira Guerra Mundial, possibilitou o surgimento de uma nova fase histórica, a do Estado Social. (...) O direito acompanha a evolução da sociedade e tende a assumir novas formas e conteúdos. Os novos tempos demandaram mudanças no ordenamento estatal. As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram uma resposta, no plano do direito positivado, às novas exigências da coletividade para dirigir a nova realidade econômica e social.

As mudanças ocorridas na sociedade ocidental revelaram novas necessidades que incumbiram ao modelo de Estado social dar as respostas (CLÉVE, 2000, p. 41):

A crise recorrente do capitalismo, o sufrágio universal, as reivindicações da classe operária, as revoluções socialistas, a passagem da empresa individual para a coletiva e da concorrência para o oligopólio, a emergência da sociedade de massas e a conseqüente urbanização pela qual passou o mundo, esses dados todos, somados a outros, concluíram por forçar o nascimento de um novo Estado.

Este novo modelo de Estado, o Estado Social, teve como suas principais marcas uma maior intervenção do Estado na vida dos cidadãos e na economia como forma de buscar um maior bem estar do cidadão sem limitar tanto sua liberdade e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, que foram os direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado Social se preocupou em garantir as necessidades da população no que se refere às necessidades materiais e também culturais, Cléver (2000, p. 41): “(...) *É um Estado de serviços. Por esse motivo, dos três poderes, o Executivo é aquele que tem ampliada sua função*”.

Mais uma vez o decurso dos fatos revelados pela história, como a Segunda Guerra Mundial, evidencia as fragilidades do modelo de Estado Social e levanta as discussões sobre a necessidade de uma nova forma de Estado. Quem se apresenta desta vez como resposta às novas necessidades da sociedade é o Estado Democrático de Direito. Essa dialética da evolução do Estado, dando origem ao Estado Democrático de Direito é bem resumida pela autora Danielle Nascimento Jucá (2009, p. 44):

A crise do Estado Social viabilizou o surgimento do Estado Democrático de Direito que ainda está em construção. Representa uma tentativa de síntese que teve por tese o Estado Liberal e por antítese o Estado Social. Neste contexto de crise e diante da flagrante dificuldade do Estado em atender às prestações assumidas, ganhou força na doutrina a teoria do Estado mínimo, ou seja, o poder público tem como obrigação garantir o mínimo necessário à dignidade da pessoa humana.

Este modelo é o que mais vai influenciar a Carta Constitucional de 1988 do Brasil. Tanto que a própria Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo primeiro (BRASIL. Constituição Federal de 1988): “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*”. De tal disposição constitucional, se apresenta como uma das de maior relevância para o Estado brasileiro em si bem como para os cidadãos que o compõe, pois nunca antes os valores democráticos, os quais o Estado deve sempre garantir e buscar, foram tão aclamados e afirmados como valores constitucionais. O valor da expressão “Estado Democrático de Direito” trazida pelo legislador constituinte originário no caput do artigo primeiro do texto constitucional de 1988 é tal importância, pois garante os valores democráticos, ou seja, o Estado deve assegurar os meios de exercício da

democracia; assim como irradiam efeitos em todo o sistema normativo na busca de tais valores. O valor dessa expressão em comparação a outras expressões também empregadas em outras constituições é tal que o Professor José Afonso da Silva (2011, p. 119) manifesta-se a respeito.

A nossa (Constituição de 1988) emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imanado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.

Prevê a Constituição Federal de 1988 a adoção de um Estado Democrático de Direito para a República Federativa do Brasil trás uma serie de implicações na forma do cidadão se relacionar com o Estado e na forma do Estado direcionar suas ações no diversos campos em que este manifesta seu poder. Dessa maneira, quando o Poder Legislativo resolve criar leis de caráter geral para normatizar as relações dos cidadãos entre si e destes com o Estado; ou quando o Poder Judiciário é acionado para resolver conflitos; ou quando o Poder Executivo, usando de suas atribuições, promove ações no sentido de implementar políticas públicas não podem deixar de observar princípios constitucionais que são na verdade um desdobramento do modelo de Estado adotado no seio da Constituição Cidadã de 1988. Princípios que são elevados, pela própria Lei Maior, a condição de fundamento do Estado Democrático de Direito. Nesta linha, para que seja assegurada a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio dos mais relevantes quando se trata de direitos fundamentais, que foram elaborados súmulas vinculantes pelo STF como as 11 e 14 (2011, p. 21):

Súmula 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Súmula 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Então se percebe que a Constituição Federal de 1988 é uma carta que consagrou os ideais do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é forçoso apreender-se que o momento constitucional do Brasil, com o advento da supramencionada constituição, passou a apresentar uma série de novas características. E quais seriam esses novos atributos atribuídos a Constituição de 1988, que a fizeram ser elevada à condição de Constituição Cidadã. Debruçando-se sobre a doutrina podemos apontar diversas características dessa nova Constituição, algumas valorizando mais seus aspectos de defesa e garantia quanto aos direitos e garantias fundamentais incorporados ao sistema constitucional, outros doutrinadores destacam o papel de relevância dado ao Poder Judiciário, e outros dando ênfase a outras feições. Porém, compreender a nova Constituição e suas características é compreender as especificidades do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2009, p.5):

O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

Soma-se a todos esses pontos, características que representaram uma grande conquista para a sociedade de modo geral, o fato de entorno dessa nova Carta Constitucional, promulgada em outubro de 1988, agora orbitar discussões a respeito das constituições como garantidoras dos direitos e garantias fundamentais incorporadas em seu texto. Ora, não basta trazer em seu corpo um extenso rol de direitos, é preciso que tais direitos se concretizem no mundo real, para tanto a própria Constituição Federal de 1988 trouxe mecanismos o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional e o mandado de injunção (BRASIL. Constituição Federal de 1988):

Art. 5º, incisos: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o

exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nos casos supramencionados, estamos diante de verdadeiras ferramentas as quais pode o cidadão recorrer em caso de inercia dos poderes competentes ante a necessidade de garantir um direito previsto constitucionalmente, uma figura como meio processual, uma ação autônoma, que é o caso do mandado de injunção; e outra como um verdadeiro direito subjetivo a garantia de que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará ter uma resposta do órgão judicante.

Fala-se cada vez mais na Constituição com força normativa; na Constituição que erradia efeitos sobre as normas infraconstitucionais; da expansão da jurisdição constitucional; a nova interpretação constitucional; da constitucionalização do direito infraconstitucional; ativismo judicial frente a inércia dos outros poderes; judicialização da política; crise de legitimidade dos poderes e conseqüentemente o regime democrático entre outras discussões que emergiram do fenômeno denominado neoconstitucionalismo.

2.3. O NEOCONSTITUCIONALISMO, O ATIVISMO JUDICIAL E A NOVA CIDADANIA BRASILEIRA

Os direitos e garantias fundamentais foram o grande protagonista da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do processo de redemocratização vivido pelo Brasil nos anos 80, pois foram mais de duas décadas de um regime de exceção imposto pelo governo militar. Até então podemos dizer que o Estado brasileiro vem buscando se firmar enquanto uma democracia solida e cidadã. É certo que o Poder Judiciário ganhou um papel fundamental com o advento da Carta Cidadã de 1988 e tem se mostrado atuante na consecução do seu mister, destacando-se as atuações do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição e dos outros órgãos com jurisdição quando atua no controle de constitucionalidade dos atos administrativos.

Como 1988 nos deu uma Carta analítica e abrangente e o judiciário é o interprete e aplicador desta, legitimando assim as frequentemente a intervenção do

judiciário para assegurar a sociedade os direitos trazidos pela Constituição Federal, ante a inércia do Executivo em efetivar as políticas públicas. Podemos assim falar em uma nova cidadania. Cidadania está em que os cidadãos dispõem de maiores possibilidades de se buscar seus direitos quando não atendidos pelo poder público.

Todos nós sabemos das desconfianças da população em relação àqueles que chegaram ao poder através do voto popular e que, embora legitimados no poder, muitas vezes não dão as respostas esperadas pela sociedade em termos de garantir os direitos normatizados e consagrados pela Constituição. Assim, podemos vislumbrar com frequência o judiciário, ativamente, impelindo os outros poderes a tomarem atitudes ante a necessidade de efetivação de direitos fundamentais, neste trabalho procurando dar mais enfoque às chamadas políticas públicas implementadas pelo executivo, quando este age discricionariamente.

Essa nova cidadania e esse comportamento proativo do Poder Judiciário ante a necessidade de efetivação de políticas públicas podemos situar num contexto maior, no contexto do que a doutrina chama de neoconstitucionalismo. Esse fenômeno operou uma verdadeira revolução no campo do Direito Constitucional.

Pra se compreender as transformações operadas no direito constitucional para que possamos falar em neoconstitucionalismo, recorreremos às lições de Barroso, quando aponta marcos fundamentais que marcaram a construção desse novo direito constitucional (BARROSO, 2013, p.30):

(...) o direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível reconstruir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

Segue Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2013, p.30):

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (...) O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. (...) Por fim, o marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma.

Essas mudanças de paradigmas que o supramencionado autor chama atenção envolvem questões como a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

Ainda a respeito das mudanças históricas (BARROSO, 2008, p. 1):

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

Alguns fatos históricos, como as barbaridades levadas a extremos pelo nazismo alemão e pelo fascismo italiano, chamaram a atenção dos ocidentais a respeito da necessidade a fortalecer a jurisdição constitucional (SARMENTO, 2012, p.5):

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

Para Cunha Júnior, neoconstitucionalismo (2014, p.35):

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo Direito Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana.

Sem contar que antes que se reconhecesse o valor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos como fundamentos de um Estado de Direito e como orientadores das ações deste mesmo Estado, não havia um sistema de proteção eficiente que permitisse a estes cidadãos buscar as respostas para suas demandas em relação a efetividade desses direitos. Algumas poucas garantias que os cidadãos

tinham era aquelas previstas em lei, mas mesmo assim ainda se sujeitavam aos mandos e desmandos dos parlamentos (SARMENTO, 2012, p.5):

Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX.

Essa virada na justiça constitucional, característica do neoconstitucionalismo, é na verdade uma busca de fazer-se valer a essência da Constituição, que assegurar o bem de todos e a harmonia social regulando as relações entre indivíduos entre si e com o Estado. Por outro lado, também, se o texto constitucional é aquele que define a organização do Estado, que elenca e assegura os direitos e garantias fundamentais e que define a relação entre os poderes; é a ele que se deve sujeição por parte do Legislativo e do Executivo, pois a Constituição está no topo do ordenamento jurídico.

Denise Vargas sintetiza de maneira bem clara e didática um conceito de neoconstitucionalismo (VARGAS, 2010, p. 54):

O neoconstitucionalismo, em curta síntese didática, é, enfim, a denominação dada por alguns doutrinadores ao novo Direito Constitucional, a partir do final do século XX, fruto de mudanças paradigmáticas contidas em estudos doutrinários e jurisprudenciais que enxergam a Constituição como centro da hermenêutica jurídica.

O neoconstitucionalismo no Brasil ganhou espaço com a Constituição de 1988. Antes da promulgação da Carta Cidadã não tínhamos uma tradição de constituições com força normativa plena, na verdade tínhamos uma tradição de valorização das leis infraconstitucionais em relação às próprias constituições. O Poder Judiciário não tinha o destaque que tem agora, já que a Constituição de 1988 lhe reservou uma maior importância e autonomia (SARMENTO, 2012, p. 14):

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Ora, se a Constituição de 1988 é dotada de força normativa e, como se verá melhor mais adiante, tem aplicação direta e imediata, como bem dispõe o parágrafo § 1º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL. Constituição Federal de 1988): *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*; e por outro lado existe um tribunal constitucional que tem como função principal a guarda da Constituição, não se pode esperar que o judiciário deixe de atuar em defesa dos direitos trazidos pelo texto constitucional. Os direitos e garantias fundamentais devem ser efetivos, não estão na Constituição apenas para mero deleito.

Analisando a efetividade dos preceitos constitucionais que figuraram nas Constituições do Brasil, Daniel Sarmento faz o seguinte comentário (SARMENTO, 2012, p. 6):

Na cultura jurídica brasileira de até então as Constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos não faltam: a Constituição de 1924 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplina o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos (...).

Da leitura supramencionada, acompanhando uma tendência ocidental, que existia no Brasil uma forte razão para tantas incertezas com os novos rumos da recente redemocratização e a preocupação em fazer valer a Constituição que tanto assegurou direitos e garantias ao povo. Some-se a isso o fato do Poder Judiciário ter seu papel reforçado com a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o fortalecimento e a independência da instituição e a criação remédios constitucionais. Essas transformações alteraram a forma do judiciário se relacionar com o Poder Executivo, mexendo com a estrutura do poder político no Brasil.

Compreendendo o que vem a ser o neoconstitucionalismo e seus reflexos na jurisdição constitucional no Brasil se faz relevante comparar e distinguir judicialização e ativismo judicial (BARROSO, 2008, p. 6):

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Compreende-se a partir da análise feita pelo Professor Luiz Roberto Barroso, que ativismo judicial se tornou um instrumento extremamente recorrente quando se tem uma paralisia por parte dos outros poderes em fazer seu papel, mais oportuno para este trabalho a ineficiência do poder público em implementar políticas públicas que assegurem aos administrados seus direitos e garantias constitucionais.

3 - A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DOS PODERES E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A LEGITIMIDADE DO REGIME DEMOCRÁTICO

Apesar de ter sido com Aristóteles as primeiras iniciativas no sentido de conceber o poder dividido e três funções, até o surgimento do Estado Liberal o que prevaleceu na prática foi modelos de Estados Absolutistas onde o poder se concentrava na figura de um único homem, o monarca (BASTOS, 1997, p.340):

Para muitos autores, Aristóteles teria sido o primeiro a isolar, no funcionamento do complexo estatal, três tipos de atos: deliberação sobre os assuntos de interesse comum, organização dos cargos e magistraturas e atos judiciais. Os valores da descoberta aristotélica é muito relativo. Em nada influenciou a vida política durante no mínimo, o milênio que se seguiu a sua vida. Durante esse imenso lapso histórico, dominou sem contestação a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais, embora, por razões de ordem prática, estas pudessem ser delegadas a prepostos, segundo o seu arbítrio.

Ao mesmo tempo em que tínhamos um poder concentrado nas mãos do monarca, se observava a ascensão da classe burguesa que faturava alto com a produção industrial e o comércio. Dessa forma, não era interessante para essa nova massa de homens que formavam a burguesia o *status quo* que imperava no Estado Absolutista, segundo (CLEVE, 2000, p.27):

Imperava a insegurança nas relações jurídicas; ademais, várias ordens paralelas vigoravam ao mesmo tempo. Havia um código de juridicidade para os nobres, outro para o clero, outro para o terceiro estado, sem contar com o fato que as relações comerciais sofriam entraves decorrentes do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais e da inexistência de um sistema jurídico unificado.

Com o poder centrado na figura do rei que mandava e desmandava nos rumos da nação juntamente com as dificuldades impostas pelo modelo de Estado Absolutista, como foi supracitado, se tornava necessário se discutir formas de garantir um espaço para que a burguesia pudesse desenvolver-se sem impedimentos arbitrários de um rei com vontade soberana. Esse contexto, qual seja:

a burguesia que passou a ocupar um espaço de hegemonia, os entraves jurídicos e comerciais que impediam ou dificultava a circulação da produção da burguesia comercial e os ideais propagados pelos iluministas que pregavam direitos de liberdade e individualidade; foi o estopim para que se desenvolvessem as ideias de um poder fracionado, ou seja, do princípio da separação dos poderes como lastro fundamental dos Estados com lemas democráticos e como não poderia deixar de ser diferente figurou nas constituições da grande maioria dos Estados democráticos que sobrevieram no mundo ocidental.

Montesquieu em 1748, quando publicou o seu clássico livro “Do Espirito das Leis”, ilustrava uma preocupação (1973, p.166):

A democracia e aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe num Estado moderado; só se existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria até a virtude precisa de limites.

Não é por menos que a obra de Montesquieu serviu de base para formação dos Estados pós-absolutistas, sua obra representou uma preocupação com o poder concentrado nas mãos de um único homem, o monarca, e como isso poderia representar sérios riscos para a liberdade dos homens, sujeitos aos mandos e desmandos de um governante que não tinha limites para exercer seu poder. Ora, somente com o poder fracionado em diferentes esferas poderia se chegar a um equilíbrio, pois um poder exerceria uma espécie de função limitadora em relação a outro. E a proposta de Montesquieu foi justamente essa: o poder dividido entre o Legislativo, para ele o parlamento, o Executivo e o Judiciário. Essa concepção influenciou profundamente a formação dos Estados que se seguiram e a relação dos homens com o Estado (DALLARI, 2009. p. 216):

Proposta essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada as novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. Está última ideia, na verdade, só apareceu no final do século XIX, quando já se

havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes, como um artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos.

A obra de Montesquieu exerceu forte influência na elaboração das constituições dos Estados Ocidentais, pois entre aquelas obras que se propôs a apresentar uma resposta ao Estado Absolutista e a centralização do poder em conformidade com a nova realidade política que se apresentava, sem dúvidas foi a teoria da tripartição dos poderes, de Montesquieu, que atendeu de maneira mais satisfatória essa função (BASTOS, 1997, p.342):

(...) o fato é que a doutrina de Montesquieu mostrou-se certamente como a mais persistente doutrina do poder. Ainda hoje, embora rejeitada por diversos autores, que a substituem por outras formas de divisão das funções estatais, que entendem mais afinadas com a realidade política de nossos dias, ela é, na prática, adotada pela quase unanimidade dos Estados ocidentais, figurando ao lado da afirmação da soberania popular, como os dois pilares sobre os quais se assenta a organização jurídico-política do Estado Moderno.

A separação dos poderes, na idealização de Montesquieu, também se preocupou não só em limitar o poder, mas também em assegurar um equilíbrio entre eles, pra que um poder não pudesse se sobressair em relação aos outros (CARVALHO FILHO, 2007, p.2):

Compõe-se o Estado de Poderes, seguimentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. Os Poderes de Estado, como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu em sua clássica obra, pregando o grande filósofo, com notável sensibilidade política para a época (século XVIII), que entre eles deveria haver necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre outro.

A importância desse postulado, qual seja: o princípio da separação dos poderes, também consiste em dar segurança e viabilidade a própria democracia e legitimar o poder político, seu surgimento está vinculado a tais funções, (DALLARI, 2009, p. 219):

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo

sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação. Assim é que, já na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, consta do parágrafo 5º “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário”.

Para José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes (SILVA, 2011, P.109):

Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes, tal compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

O Professor Paulo Bonavides (2011, p.555) trata do princípio da separação dos poderes como garantia máxima de preservação de um Estado de direito sob a supremacia do sistema representativo:

A jurisprudência das cortes constitucionais, em todos os países abraçados à ordem jurídica do Estado de Direito, tem sabido por igual adotar o princípio como a melhor das garantias tuteladas com que estabelecer as bases de um sistema de leis onde o exercício do poder se inspire na legitimidade dos valores que fazem a supremacia do regime representativo em todas as suas modalidades democráticas de concretização.

Dirley da Cunha Júnior relaciona o princípio em comento como um dos fundamentos estruturantes para o fim do absolutismo monárquico, a ascensão da burguesia e a submissão do Estado aos ditames legais, típicos do Estado de Direito (CUNHA JÚNIOR, 2014, p.420):

A origem do Estado de Direito está à luta da burguesia contra o absolutismo que dominava até a metade do século XVIII. Tinha por bandeira, basicamente, a submissão de todos, sobretudo o Estado ao império da lei, a separação dos poderes e a declaração de direitos individuais.

Em seu texto a Carta Cidadã de 1988 consagrou o princípio da separação dos poderes em seu artigo 2º (BRASIL. Constituição Federal de 1988): “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O princípio da separação dos poderes sempre esteve presente em

todas as Cartas constitucionais do Brasil, desde a primeira, a Constituição do Império de 1824, apesar de neste caso, em particular, não se apresentou, o princípio, em uma divisão das funções na prática já que o Poder Moderador conferia ao imperador intervir como bem quisesse nas decisões do Poder Legislativo e também nas decisões do Poder Judiciário.

Esse princípio se apresenta como um dos mais basilares para a concretização de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado Brasileiro. Pois é esse postulado principiológico que garante o equilíbrio entre os três poderes da União, como bem consagrou nossa Carta Constitucional de 1988. Esse equilíbrio pressupõe mecanismos de controle que um poder exerce sobre o outro, sempre direcionados no sentido de atender ao que dispõe a Constituição de 1988. É neste sentido, que podemos tratar do princípio da separação dos poderes como um dos legitimadores da legitimidade democrática, pois um Estado que se pretenda democrático em sua essência não pode deixar de conceber um poder repartido entre órgãos, para que, como tal, nunca um poder venha a centralizar as funções de legislar, julgar e implementar o que dispõem as leis.

Contudo, é fundamental que façamos uma breve análise do princípio da separação dos poderes dentro do contexto do neoconstitucionalismo. E tal análise se torna fundamental à medida que temos como melhor discutiremos adiante, como um dos desdobramentos do neoconstitucionalismo e da nova jurisdição constitucional o fenômeno do ativismo judicial em que os membros do judiciário tem adotado posturas cada vez mais proativas em relação aos outros poderes alegando, para tal, a aplicação do que dispõe a constituição. Neste sentido, é bem cristalina a interpretação de Daniel Sarmiento a respeito dos novos contornos do princípio da separação dos poderes com advento das concepções do neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2012, p. 8):

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da

Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.

A quem nos desperte para uma interpretação do princípio da separação dos poderes dentro da realidade constitucional atual (MEDEIROS, 2011, p. 95):

A separação dos poderes não deve, de modo algum, ser encarada como um dogma estanque [...] mas como uma forma de preservação de uma determinada realidade constitucional. E o fato é que a nossa realidade constitucional alberga uma separação de poderes caracterizada por incisivos mecanismos de freios e contrapesos, de atuação de um poder sobre o outro.

Surge neste momento uma das questões as quais se discute neste trabalho pretende discutir e por outro lado trazer algumas respostas dadas pela doutrina e como a jurisprudência de nossos tribunais tem se manifestado a respeito de até que ponto esse comportamento proativo do poder judiciário é saudável para a legitimidade democrática.

3.2 GARANTIAS E PRERROGATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO

Como já analisamos anteriormente a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da separação dos poderes o que significa na prática que o legislador constituinte originário reservou a cada poder, que constituiu a União, uma parcela de um poder que na verdade é único (CLEVÉ, 2000, p.30).

O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa acender, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado de direito.

Sabemos, então, que embora o poder seja único ele é dividido em poderes o que, dessa forma, no permite falar em “poderes do Estado”. Quais é a fundamentação dessa divisão e quais as atribuições de cada um desses poderes? A respeito do que dar base e fundamento a tal divisão José Afonso da Silva aponta dois elementos principais (SILVA, 2011, p.109):

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmara executiva, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao judiciário a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

Apesar da separação dos poderes está consagrado em nosso ordenamento, inclusive a nível constitucional, o poder é único e indivisível, havendo então em si falar de um caráter de precipuidade que cada Poder exerce, já que não podemos dividir o que é indivisível (SANTOS NETO, 2006, p.33):

Embora os poderes, ou órgãos do poder, como preferem alguns, tenha uma única atribuição de função – “legislativa”, “executiva” ou “jurisdicional” – isto não quer dizer senão que estas funções afetam a cada um deles com caráter de precipuidade. Em nome da unidade e indivisibilidade do poder, esta afetação não poderia ser, segundo nossa ótica, absoluta, vez que o absolutismo na tripartição faria dividir o que é indivisível.

Nesta mesma linha de tratamento quanto a inviabilidade de conceber de forma rigorosa e absoluta a separação de funções entre os poderes estatais (OLIVEIRA, 2001, p. 19):

Na pratica, no entanto, tal teoria se mostrou insustentável por inúmeras dificuldades. Daí, as Constituições estatais (entre as quais a brasileira) cuidaram de identificar os órgãos de poder, atribuindo a cada qual não exercício absoluto de determinada função, mas apenas em caráter preponderante.

Como se percebe, coube a Poder Judiciário a competência de exercer a função jurisdicional. Sobre a função jurisdicional do Estado, Dirley da Cunha Júnior, de maneira límpida resume sua importância (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 863):

Cumpra ao Poder Judiciário, enquanto poder do Estado, a execução desta importante função, hoje não mais circunscrita à composição e solução de meros conflitos de natureza intersubjetiva, pois abrange, numa visão mais ampla e contemporânea, as controvérsias de natureza coletiva e de caráter constitucional, destinando-se à garantia do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos fundamentais e dos valores constitucionais.

Para que o Poder Judiciário possa exercer seu múnus com imparcialidade, liberdade e isento de influências de qualquer gênero, sejam políticas ou sociais, são a ele garantidas certas prerrogativas (MENDES;BRANCO, 2010, p. 1065).

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferindo-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se autonomia funcional dos magistrados.

O Artigo 95 e incisos da Constituição Federal de 1988 trouxeram outras garantias, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, *in verbis* (BRASIL. Constituição Federal de 1988):

Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Essas garantias, como já mencionamos, tem o condão de impedir qualquer forma de cerceio à atividade do magistrado fazendo com que sua prestação jurisdicional seja livre de qualquer pressão e assegurando dessa forma a independência da função, como preleciona o princípio da separação dos poderes ou

funções. Para Michel Temer, dissertando a respeito da relevância de algumas dessas garantias supramencionadas, esclarece a respeito do valor da garantia da vitaliciedade para fortalecer o exercício de sua função (TEMER, 1999, p. 122):

Note-se o da vitaliciedade. O juiz não perde o cargo por decisão estranha ao Poder de que faz parte. Só este Poder pode decidir a respeito da perda do cargo, e nunca por decisão administrativa, mas por decisão com a marca da jurisdição.

O mesmo constitucionalista também disserta sobre a garantia da inamovibilidade no mesmo contexto, ou seja, sua importância para o exercício independente de sua função jurisdicional (TEMER, 1999, p.122):

A inamovibilidade é outra faceta reveladora da independência. Objetiva permitir a livre atuação do magistrado na sua jurisdição sem temor de eventual remoção por haver desagradado quem quer que seja. A inamovibilidade garante decisões sobranceiras. A sua eventual remoção por “motivo de interesse público” só se pode dar por decisão do Tribunal competente. Nunca por decisão de órgão estranho ao Poder Judiciário.

O Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Ministro do Supremo Tribunal Federal também nos esclarece a respeito do valor da independência, que de ser dotado o magistrado no cumprimento de seu papel, como uma conquista da democracia (BARROSO, 2013, p.256):

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram dos regimes autoritários, um dos tópicos essenciais, do receituário para a reconstrução do Estado de direito e a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um *governo de leis* e não de homens.

Percebemos então, que a Constituição Federal de 1988, trazendo novas garantias ao Poder Judiciário, primou por oportunizar a consolidação do Estado

Democrático de Direito solido, à medida que deu ao Judiciário possibilidades de exercer sua função constitucional com autonomia.

4 - O MÉRITO ADMINISTRATIVO, O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

4.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Percorrendo a história das Constituições brasileiras percebemos um tratamento limitador da autonomia administrativa dos entes da federação antes da Constituição de 1988 (BAPTISTA, 2003, p. 73):

É de salientar, todavia, a respeito do tratamento constitucional da Administração Pública antes de 1988, a presença constante, e sempre crescente, de normas limitadoras da autonomia administrativa dos entes da federação [...].

Foi com a Constituição de 1988 que esse panorama começou a ganhar novos contornos, pois a Carta Cidadã promoveu profundas mudanças na Administração Pública (BAPTISTA, 2003, p. 73):

A grande novidade no trato constitucional da administração pública acabou sendo a Constituição de 1988. Esta carta, notadamente inspirada nas Constituições portuguesa e espanhola, concentrou no capítulo VII do seu Título III (Da Organização do Estado) a maioria das disposições destinadas ao regramento da Administração Pública. Contemplou, ainda, ao longo do todo o seu texto, inúmeras outras regras relativas ao tema.

Nas palavras de Baptista (2003, p. 74): *“O grande mérito do constituinte foi destacar a Administração Pública do Governo, reconhecendo a autonomia da função e da estrutura administrativa”*.

A mesma autora destaca a importância dessas mudanças como fator que acabou por promover a despolitização da Administração Pública no Brasil e a democratização da mesma (BAPTISTA, 2003, p 79):

A despeito de tudo, é irrecusável que a Constituição de 1988, seja no texto original, seja no emendado, representou um significativo avanço no sentido da democratização e da despolitização da Administração Pública no Brasil. Se ainda não foi possível tudo quanto disposto pelo constituinte ou afastar de vez as práticas corporativas e clientelistas da tradição administrativa brasileira, é certo que a disciplina constitucional tem sido eficaz, ao menos, para constrianger o administrador público. O caminho da democratização da

Administração Pública, como se vê, foi aberto, e a Constituição representa um importante instrumento na sua pavimentação.

É fundamental que entendamos que essas mudanças supramencionadas ocorreram dentro de uma mudança de paradigma na doutrina do Direito Administrativo. O Direito Administrativo passou a ser analisado e interpretado à luz dos dispositivos e princípios constitucionais, é a chamada doutrina da constitucionalização do Direito Administrativo. Com essa nova perspectiva, o Direito Administrativo passou a buscar seus fundamentos de atuação não somente nos seus institutos próprios, mas principalmente nos princípios constitucionais, configurando uma verdadeira sinergia entre os dois ramos do direito público, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo.

Como podemos observar e deduzir, a doutrina da constitucionalização do Direito Administrativo é um permanente diálogo entre os preceitos normativos e princípios de Direito Constitucional irradiando efeitos no campo do Direito Administrativo quando de sua aplicação e interpretação. Neste sentido, (OLIVEIRA, 2009, p. 31):

Por constitucionalização do Direito Administrativo, o que se pretende ressaltar, e isso não é exclusividade dessa disciplina jurídica, é o permanente diálogo entre essa disciplina e o Direito Constitucional, especialmente na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Gustavo Binimbojm, que tem, sem sombra de dúvidas, uma produção muito sólida no que diz respeito à constitucionalização do Direito Administrativo, relaciona esse processo a uma série de mudanças na forma de compreender alguns institutos do Direito Administrativo (BINENBOJIM, 2014, p.69-68):

A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do Direito Administrativo na atualidade. 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.

Dentro dessas mudanças de paradigmas proposta por Gustavo Binimbojm (2014) está a nova forma de conceber e interpretar, entre outros, o instituto da

discricionariedade administrativa, que aqui muitos nos interessa, e que será logo discutido.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a constitucionalização do Direito Administrativo tem como sua grande marca a incursão de preceitos principiológicos de ordem constitucional no campo de atuação do Direito Administrativo, tendo como principal consequência à mudança na maneira como se dá a relação Administração Pública versus administrado (BARROSO, 2013, p.222):

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo, foi à incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.

Ante esse pequeno panorama que aqui tenta-se traçar sobre os principais aspectos do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, podemos concluir que a atividade do administrador no exercício de sua função deve-se cingir-se sempre dentro do que orienta a Constituição Federal e seus primados maiores, como a assegurar os direitos e garantias fundamentais, que é sem sua grande característica.

4.2. O CONCEITO DE MÉRITO ADMINISTRATIVO E DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para que a administração pública leve a cabo suas funções, ou seja, para levar a fim as políticas públicas, permitindo a fruição dos serviços públicos aos administrados, a administração pratica atos com esse intuito, são os atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello assim define ato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 368):

Declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes no 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.

O conceito de ato administrativo é fundamental para nosso trabalho, pois o mérito administrativo é analisado dentro do estudo dos atos administrativos.

Antes de adentrarmos na análise do que vem a ser o mérito administrativo propriamente dito é fundamental que esclareçamos, a título didático que somente podemos falar em mérito administrativo quando o administrador público agir com discricionariedade, ou seja, no uso das prerrogativas do poder discricionário o qual a lei lhe assegura uma margem de liberdade; pois, por outro lado, quando o administrador público realiza um ato administrativo sob os mandamentos do poder vinculado, não podemos vislumbrar em tal ato administrativo qualquer margem de liberdade ou a possibilidade de escolher considerando a conveniência a oportunidade de atuação, já que nestes casos a lei traça todas as linhas sob as quais deve o administrador público agir; por isso este está vinculado ao que dispõe a lei que não só determina a competência para a elaboração do ato, como o momento, a oportunidade e a forma de atuação do administrador público.

Feitas as indagações necessária a respeito da relação do mérito administrativo e a discricionariedade administrativa, entremos na apreciação do conceito de o que vem a ser o mérito administrativo a luz da doutrina publicista. O Professor Carvalho Filho nos alerta a respeito de que quando se pretende conceituar o mérito administrativo devemos levar em conta a ponderação entre a conveniência e a oportunidade que se deve fazer o administrador quando age discricionariamente (CARVALHO FILHO, 2007, p. 113):

(...) ao estudar o poder discricionário da Administração, que em certos atos a lei permite ao agente proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática do ato. Esses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o mérito administrativo.

Seguindo, o mesmo autor nos apresenta o seu conceito de mérito administrativo (CARVALHO FILHO, 2007, p. 113):

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registra-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer

hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público.

Percebemos ante as lições do Professor José dos Santos Carvalho Filho, que existem elementos do ato administrativo que são vinculados pela sua própria natureza, não admitindo juízos subjetivos por parte do administrador na sua apreciação, como é o caso da competência, a forma e a finalidade. Por outro lado, qualquer juízo de valoração por parte do administrador, subjetivamente constituído, somente pode se dar em relação ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

O publicista Celso Antônio Bandeira de Mello também conceituou mérito administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.38):

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

O Professor Alexandre Mazza, seguindo uma doutrina mais tradicional, que é aquela que prega a impossibilidade de do Poder Judiciário julgar o mérito do ato administrativo; também trás um conceito de mérito administrativo (MAZZA, 2013, p. 192):

Mérito ou merecimento é a margem de liberdade que os atos discricionários recebem da lei para permitir aos agentes públicos escolher, diante da situação concreta, qual a melhor maneira de atender ao interesse público. Trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade que constitui o núcleo da função típica do Poder Executivo, razão pela qual é vedado ao Poder Judiciário controlar o mérito do ato administrativo.

Mazza chama atenção para o fato do mérito administrativo constituir elemento nuclear da função do Poder executivo, o que, segundo o autor, justificaria a impossibilidade do seu controle por parte do Poder Judiciário, sua posição é mais conservadora.

Cicca (2006, p. 112), nos apresenta um conceito muito interessante de mérito administrativo.

Predomina no Brasil a distinção entre legalidade e mérito inspirada na doutrina italiana. O mérito designa, em linhas gerais, a área de liberdade de apreciação conferida ao administrador, destinada por razões técnicas, políticas, ou por impossibilidade de definição a priori do sentido da norma, circunstâncias que geram uma incerteza a ser solucionada somente a partir de um juízo subjetivo do agente público. É o mérito um espaço de sindicabilidade restrita basicamente realizada na forma desvio de poder.

Cicca faz uma reflexão muito oportuna à medida que justifica a necessidade de, em determinadas situações, existir uma margem de liberdade de atuação do administrador, in viabilizando que a norma defina todas as possibilidades de atuação do mesmo.

4.3. OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Neste ponto nos cabe fazer uma reflexão a respeito do quão pode ser abrangente as possibilidades de atuação discricionária do administrador, se levarmos em conta que as bases sobre as quais se constrói o seu poder de atuação com margem de liberdade não são erguidas sobre bases normativas claras e específicas, encontrando justificativa em princípios que tem caráter geral, o que muitas vezes acabar por resultar em uma ação abusiva, ou seja, o administrador sob a alegação de atuar com margem de liberdade que lhe permite a lei, afasta-se do que deve nortear a sua atuação, a busca pelo interesse público, agindo com desvio de poder ou excesso de poder. Nessa linha bem esclarece o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 39): *“Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei”*.

Por outro lado, é muito difícil conceber um Administrador público atuando exclusivamente sob o que dispõe taxativamente a lei, pois seria inconcebível imaginar a lei prevendo e determinando todas as ações do daquela, daí a necessidade de uma margem de liberdade de atuação para o chefe do Executivo ser essencial, ou seja, é importante a discricionariedade. Neste sentido, bem elucidativas as palavras de Cunha (2005, p. 138): *“(...) A ausência de uma taxatividade normativa, própria da impossibilidade de previsão de todos os atos da vida, pelo legislador, permite que se cogite daqueles aspectos de discricionariedade”*.

Ora se a lei, seja de maneira explícita ou traçando implicitamente como objetivo seu, determina que o administrado deve sempre atuar no sentido de alcançar aquilo que melhor responda ao que almeja o interesse público, os limites da atuação discricionária do administrador já encontra seu primeiro limite, qual seja: o princípio da supremacia do interesse público. Sobre o princípio da supremacia do interesse público no Direito Administrativo (NETO, p.161, 2014):

A Administração não pode desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe foram confiados, embora isso não a tolha de escolher, respeitados os limites da própria lei e do Direito, como, quando e de que modo realizá-los – vale dizer, as opções discricionárias para a escolha dos meios e das oportunidades para lograr os melhores resultados – ou seja, praticar a boa administração.

Esse princípio é dos mais relevantes quando a questão cerne é a efetivação de políticas públicas pelo Poder Executivo, pois não se pode deixar de alvitrar que é a este poder a qual a Constituição de 1988 incumbiu de garantir as políticas garantidoras dos direitos dos cidadãos.

A relevância desse princípio, como orientador da conduta do administrador, é de tal monta que há entre os doutrinadores, e nos referimos àquela doutrina mais autorizada, como é o caso de Di Pietro, o coloca como elemento vinculador da atuação do Executivo, ou seja, deixasse de lado a discricionariedade de atuação passando agir atendendo sempre os ditames do que dispõe o supramencionado princípio em foco. Para mesma autora, inclusive o Poder Legislativo, quando do exercício de sua função constitucionalmente reservada, ou seja, a elaboração em lei de caráter geral; não pode deixar de observar o atendimento de tal orientação principiológica (DI PIETRO, 2012, p. 65):

Esse princípio está presente tanto no momento de elaboração das leis como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

A discricionariedade também encontra limite no princípio da legalidade, pois o Administrador deve sempre atender os ditames legais, principalmente quando se trata de atos vinculados, ou seja, quando a lei não permite qualquer margem de discricionariedade. Sobre o princípio da legalidade no Direito Administrativo (NETO, p.150, 2014)

...o Estado exerce sua autocontenção, assegurando à sociedade – que o criou e o mantém, para organizá-la e dirigi-la – a preciosa dádiva da certeza jurídica. Como consequência, este princípio obriga o Estado como administrador dos interesses da sociedade, a agir sempre *secundum legem*, jamais *contra legem* ou mesmo *praeter legem*.

A respeito da discricionariedade como uma prerrogativa do administrador, Miragem chama a atenção para sua relatividade e subsunção a satisfação do interesse público (2011, P.192):

(...) e um espaço de liberdade conferido pela lei para que a Administração, no exame do caso concreto, decida qual atuação deve promover. Sinala-se que esta liberdade é relativa, uma vez que tem sua exata proporção definida por lei e seu exercício vinculado à satisfação do interesse público.

João Antunes dos Santos Netos (2006, p. 88-89), analisando algumas limitações a atividade discricionária do administrador, elenca os princípios gerais do direito como um dos elementos limitadores:

Apropriadamente aproximado do conceito de justiça e das bases do direito natural, a legalidade sob a égide do Estado Democrático de Direito permitiu o resgate dos princípios gerais como proposições fundamentais a ordenar todo o sistema. Assim, observou-se a sedimentação do entendimento de que a discricionariedade deveria ser limitada não só pela letra da lei, mas especialmente pelo que se convencionou chamar de opção legítima, que encerra a ideia de que deve haver na atividade discricionária empreendida pela Administração subsunção aos padrões de moralidade e de razoabilidade, principalmente.

O Professor Gustavo Binenbojm tem chamado a atenção para o fato da necessidade de superar a forma como se concebe doutrinariamente a discricionariedade administrativa, ou seja, como um espaço onde o administrador detém um amplo campo de atuação livre, sem sofrer qualquer sindicância quando aos critérios de conveniência e oportunidade que o impulsionaram a realização do ato. Isso é para o eminente estudioso um dos velhos paradigmas do Direito Administrativo que deve ser superado (BINENBONJM, p. 39, 2014):

O terceiro velho paradigma do Direito Administrativo brasileiro que se encontra em vias de ser superado é o da discricionariedade como espaço de livre decisão do administrador, decorrente da rígida dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários.

A clássica compreensão do controle judicial do ato administrativo se restringir aos aspectos da legalidade do ato e não sobre seu mérito para Barroso (2013, p.223) encontra-se superada:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição de juízes e Tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).

Essa mudança na forma de conceber a discricionariedade administrativa segue uma tendência de transformação do Direito Administrativo frente à constitucionalização do mesmo, como discutimos anteriormente, pois a lei e principalmente a Constituição, com seus valores e princípios orientadores, passam a ser a fonte onde o administrador vai buscar os parâmetros de sua atuação (BINENBONJM, 2014, p. 39):

As transformações recentes sofridas pelo Direito Administrativo tornaram imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um espaço carecedor de legitimação. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira nos apresenta como era o tratamento do controle de mérito do ato administrativo na visão clássica (2009, p.78):

(...) em razão do princípio da separação de poderes, apenas quem possuía a liberdade de apreciação do mérito na edição do ato poderia reapreciá-lo no caso de eventual revogação. Daí o Poder Judiciário não poder revogar (controle de mérito) ato administrativo "discionário" editado pelo Executivo ou Legislativo, mas apenas o ato administrativo editado por ele próprio no exercício da função administrativa (atípica).

O mesmo doutrinador atenta para a superação da velha visão clássica da discricionariedade administrativa dando ênfase ao controle exercido pelo Poder Judiciário fundado nos limites definidos na Constituição Federal e nas leis (OLIVEIRA, 2009, p. 77):

A ideia de discricionariedade, que há muito já perdeu o sentido clássico de atuação imune ao controle judicial, passa a ser definida como liberdade de atuação dentro dos limites, impostos pelo texto constitucional e pela legislação.

Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2009, p.75): “A Constituição, ao assumir o papel de norte interpretativo do ordenamento jurídico, passa a vincular diretamente a Administração Pública”.

Interessante é a reflexão de José Roberto Pimenta Oliveira relacionando a discricionariedade no contexto do Estado democrático de direito e sua sujeição a ao controle pelo Poder Judiciário e a Constituição enquanto norma suprema (OLIVEIRA, 2006, p. 358):

Dada a compostura da discricção e a margem de avaliação subjetiva que encarna em prol do agente administrativo, o Estado de Direito exige, para a realização integral de seu projeto, que, precedentemente ao exercício, se edifiquem desde logo, barreiras jurídicas à própria atribuição legislativa da habilitação discricionária. Neste modelo, em que se sustenta a supremacia formal e material da Constituição, não tem o legislador completa e irrestrita liberdade de conformação da atuação administrativa, a ponto de outorgar livremente competências discricionárias cujas composturas não permitirão, com base no Direito, o exercício regular do controle judicial, em determinado caso concreto.

Com essa nova forma de arquitetar o Direito Administrativo a luz dos preceitos constitucionais surge à noção de juridicidade administrativa e graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (BINENBONJM, 2014, p. 39):

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração a Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autentica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.

A respeito da juridicidade (MOTTA, 1999, p.91):

Há um sentido na ordem jurídico-constitucional. A juridicidade revela a compatibilidade dos atos e normas com a estrutura lógica dessa ordem jurídico-constitucional. É exigência formal, de natureza jurídica, disciplinadora das manifestações individuais ou políticas, que se exprime mediante o ordenamento jurídico (...).

Relacionando o princípio da juridicidade e a discricionariedade (OLIVEIRA, 2009, p. 74):

A consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras de prefixadas nas leis, mas sim ao próprio direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição.

Dessa forma, trazendo o conceito de juridicidade para dentro do âmbito do Direito Administrativo, podemos dizer que a juridicidade administrativa é a conformação das ações da Administração Pública com as normas de direito vigente ante a uma tendência de constitucionalização do Direito Administrativo, precipuamente a conformidade com a Constituição Federal e seu extenso rol de direito e garantias fundamentais.

4.4. O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE À VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabemos que a Constituição Federal de 1988 assegurou como direitos do cidadão um vasto rol de direitos fundamentais. Porém, todos esses direitos fundamentais não poderiam ser criados sem que houvesse qualquer garantia de sua eficácia e aplicabilidade. Esta eficácia somente pode ser alcançada se considerarmos que os direitos fundamentais vinculam o poder público, mesmo que essa vinculação não tenha previsão constitucional (SARLET, 2007, p.388):

Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, quedou

silente na formulação de seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais.

O mesmo autor nos esclarece que o mesmo dispositivo constitucional que vincula as ações do poder público ao resguardo dos direitos fundamentais, através de uma relação de vinculação, também possui um sentido negativo e explica (SARLET, 2007, p.389):

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF, decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.

Com relação à atuação do Poder Judiciário no exercício do controle judicial sobre o legislativo e, questão que mais nos interessa neste trabalho, sobre o Poder Executivo enquanto implementador de políticas públicas, para certas doutrinas não se pode falar em violação de regras próprias do regime democrático quanto a relação entre os poderes, ou interferência em suas esferas de competência constitucionalmente definidas ou em usurpação de tais funções; pelo contrário, para tais doutrinadores a defesa dos direitos e garantias fundamentais de proteção aos cidadãos justifica esse controle, ou seja, o controle judicial frente a atuação do administrador quando da execução das políticas públicas de fruição dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição encontra sua razão de existir, seu substrato maior na proteção de tais direitos (DIAS, p. 154, 2007):

(...) a atuação das cortes (o autor relaciona o termo atuação no sentido de controle judicial sobre a atuação dos demais poderes, grifos meus) não representa em si mesma uma violação ao princípio democrático, mas sim um verdadeiro modo de sua garantia a partir da proteção aos cidadãos que para aquele fim democrático concorrem e interagem.

Nesse contexto Ingo Wolfgang Sarlet, defendendo a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, nos chama a atenção para a relevância da função exercida pelo Poder Judiciário não somente pela vinculação aos direitos fundamentais, mas, também, por conta do controle de constitucionalidade que os mesmos exercem (SARLET, 2007, p.397):

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para, além disso, (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

Não podemos, dessa forma, relacionar o controle judicial sobre as políticas públicas como algo que trás danos ao Estado democraticamente constituído. Na verdade, o controle judicial das políticas públicas deve ser visto como algo inerente ao próprio regime democrático. Reforçando essa ideia (DIAS, p. 154, 2007):

O controle judicial está intimamente relacionado a uma democracia constitucional. Uma que a sociedade estrutura-se sob a forma de um estado de direito, a linha de condução política é a submissão à proteção dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas que a Constituição de 1988 consagrou o primado dos direitos e garantias fundamentais e seguindo essa orientação como valor máximo, ela própria incumbiu ao Poder Executivo a tarefa de efetivar esse desejo constitucional assegurando políticas públicas nesse sentido. Neste ponto chamamos a atenção para aquele princípio que funciona como base estruturadora dessa relação, que é o princípio da legalidade, ou seja, o princípio da legalidade, o qual deve orientar a atuação do administrador como chefe do Poder Executivo; age na efetivação dos valores constitucionais de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, pois o administrador público deve sujeição a tal princípio quando de sua atuação. Relacionando direitos e garantias fundamentais como valores constitucionais maiores, princípio da legalidade e controle judicial como fomentador da obediência dos governos aos ditames legais (DIAS, p. 157, 2007):

O aprofundamento do primado da submissão do governo aos termos da lei é um resultado inexorável da prática do controle judicial e tende a ser positivamente considerado, se isso determina um nível de articulação entre os órgãos capazes de redundar em uma ação efetivamente coerente com aqueles valores.

Podemos assim observar o controle judicial de políticas públicas funcionando como sinalizador de valores fundamentais defendidos pela Constituição de 1988 e alertando o administrador para pautar suas ações sempre no sentido de efetiva-los e garanti-los. Além disso, quando o Poder Judiciário é instado para se pronunciar a respeito de implementação de políticas públicas que foram ineficientes ou simplesmente deixaram de ser prestadas ou efetivadas inviabilizando o exercício de um direito assegurando constitucionalmente por parte de um cidadão do povo, surge a oportunidade de reafirmar aqueles valores trazidos no seio da Constituição de 1988, a Constituição que tem a pretensão de ser cidadã. Para Dias (DIAS, p. 157, 2007): *“Isso coloca as cortes no exercício do controle judicial como verdadeiros árbitros, criando, assim, um ambiente discursivo adequado”*. O aspecto positivo trazido pelo controle judicial, quando o autor fala em “ambiente discursivo adequado”, nada mais é do que a possibilidade de reafirmação do *status* adquirido pelos direitos e garantias fundamentais materializados na Constituição Cidadã, a cada vez que o Poder Judiciário é chamado a intervir ante a falta de prestação dos meios que assegurem o exercício daqueles.

Ainda com Dias (2007, p.159):

O controle judicial, portanto, funciona como um sistema de interação extremamente importante do ponto de vista da garantia dos direitos fundamentais, porque permite a crítica e a invalidação de uma política por um Tribunal, sem que isso signifique qualquer restrição ao processo democrático.

Maria do Socorro Azevedo de Queiroz, tratando da discricionariedade administrativa na materialização dos direitos fundamentais prestacionais e a separação dos poderes, em seu livro: “Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais” nos chama a refletir a respeito da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e a necessidade de um reposicionamento na forma de atuação por parte dos poderes quando do exercício suas funções (2011, p. 146):

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e o dever do Poder Executivo de materialização dos direitos sociais prestacionais exige um reposicionamento das funções dos poderes estatais assumindo o Poder Judiciário a tarefa de controlar o comportamento ou a inércia na realização desses direitos (...).

Com essas análises percebemos que quando se trata da efetivação de direitos fundamentais as ações do administrador público sempre devem ser orientadas no sentido de assegurá-los. Dai a importância do Poder Judiciário como viabilizador desses direitos diante da inércia do poder responsável.

4.5. CONTRIBUIÇÕES E LESÕES DO ATIVISMO JUDICIAL A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Com a superação do autoritarismo que marcou o período militar no Brasil, e com a ascensão dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, pode-se ver um novo momento da cidadania brasileira. A experiência democrática trazida pela Carta Cidadã de 1988 proporcionou ao povo uma série de liberdades e direitos, antes desconhecidos em nossa história constitucional. Tudo isso acabou por fazendo com que (VITÓRIO, 2013, p. 384):

(...) os cidadãos mobilizam-se democraticamente na luta pela efetivação de uma cidadania autêntica e ativa, provocando o Judiciário com torrenciais demandas que desafiam de forma sempre mais instigante a tradição e o conservadorismo que tanto engessam os Tribunais.

Antes de qualquer discussão mais elaborada a respeito das contribuições ou lesões que o ativismo judicial pode trazer ao regime democrático, o que não podemos deixar de afirmar é que a busca para ter suas demandas atendidas, quando da omissão, da falta ou na deficiência de uma política pública, por parte da população, é uma conquista, pois revela uma sociedade mais consciente dos seus direitos. Se o ativismo judicial pode conviver com a democracia sem pôr em xeque a legitimidade desta; o que devemos considerar é em que medida o juiz pode adotar uma postura proativa ou não?

A quem veja a questão como algo que deve ser discutido não como uma opção entre o ter ou não ter o ativismo judicial? Ou ser prejudicial ou necessário o ativismo judicial? Mas sim como algo que pode ser utilizado da forma correta, ou na medida correta ou até mesmo no campo correto, afinal a jurisdição constitucional é uma garantia trazida na própria Constituição (SARMENTO, 2012, p. 19):

Num contexto como o nosso, em que a jurisdição constitucional está prevista pelo próprio texto magno, o debate relevante do ponto de vista prático não é o de tê-la ou não, mas sim a forma como deve ser exercida. Dependendo do posicionamento adotado, pode-se preconizar um maior ou menor grau de ativismo judicial, ou defender o ativismo em algumas áreas, mas recusá-lo em outras.

Invocando a condição de direitos de eficácia e aplicabilidade imediata, que é a característica dos direitos fundamentais, Bonavides (2004, p. 186) vai buscar na própria Constituição a solução para a questão da juridicização dos direitos sociais:

O problema da “juridicização” dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda essa sequência: reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle o controle judicial de constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade.

A condição de direito de eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tem amparo constitucional, como se depreende da leitura do parágrafo primeiro do artigo 5º da CF de 1988, *in verbis* (BRASIL. Constituição Federal de 1988): “Art. 5º (...) § 1º - *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Ora, quando o Poder Judiciário intervém para que se assegure ao jurisdicionado direito previsto na própria Constituição Federal, documento este com força normativa e que ocupa o topo do ordenamento jurídico, e que em alguma medida deixou de lhe ser prestado pela falta de uma política pública efetiva por parte do Poder Executivo, não se pode falar em invasão por parte do Judiciário no universo de competência do Executivo e em consequentes reflexos negativos para estrutura democrática do Estado. Este tipo de comportamento do Judiciário, dito

proativo, não pode ser concebido como danoso a democrática em sua essência legítima. Não se pode considerar que o postulado federativo da separação dos poderes foi violado, desrespeitado e que o Judiciário excedeu quando do exercício de suas atribuições os limites impostos pela Constituição Federal.

É fato que a Constituição Federal também traçou as competências do Poder Executivo e também seus limites de atuação, mas antes de tudo elencou um rol de direitos e garantias fundamentais que muitas vezes somente serão efetivados com ações promovidas pelo Poder Público Executivo, o que muitas vezes não se vislumbra na prática administrativa daqueles que detêm o Poder para tal. Neste sentido, o ativismo judicial se torna legítimo em face do que se pretende a Constituição Federal enquanto um documento com força normativa, enquanto um documento que funciona como orientador maior das atuações de cada um dos três poderes, quando do desempenho de suas funções constitucionais, que constituem o Estado Democrático de Direito e que assegura direitos fundamentais aos cidadãos, bases maiores de uma democracia sólida.

Nestes casos, em que o Judiciário no exercício de sua função jurisdicional, determina que o Poder Público adote medidas assecuratórias de direitos fundamentais, observamos nada mais, do que o estrito exercício de uma função que a própria Constituição Federal de 1988 lhe destinou, qual seja: a guarda da Constituição, o que implica em fazer valer seus preceitos normativos e principiológicos.

A respeito, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (STF, 2011, p.48):

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. “O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, *DJ* de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 22-10-2010

Observe que a posição do Supremo Tribunal, na jurisprudência supramencionada, é no sentido de validar a intervenção do Judiciário quando está se der em razão de se buscar a garantia de suas atribuições asseguradas pela

Constituição, fazer valer a supremacia da mesma e também para assegurar os direitos fundamentais nela normatizados.

Em outra oportunidade o Egrégio Tribunal (STF, 2011, p.44):

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível.’” (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.) No mesmo sentido: RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010; RE 595.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-4-2009, Segunda Turma, DJE de 29-5-2009.

Neste outro posicionamento, o STF reconhece que a Constituição Federal reservou aos Poderes Legislativo e Executivo, de maneira preponderante, a formulação e execução de políticas públicas; sendo a formulação destas de competência do Legislativo através do processo legislativo, criando leis; e a execução de políticas públicas a cargo do Executivo, que é o Poder que concretiza as políticas públicas. Contudo, a Egrégia Corte vislumbra a possibilidade do Poder Judiciário determinar a formulação e a execução de políticas públicas, alertando que o faz em bases excepcionais e em hipóteses que foram definidas na Constituição, principalmente quando se trata de direitos fundamentais e sociais.

Para que a liberdade de atuação do Administrador e a possibilidade de interferência por parte do Poder Judiciário no controle dessa atividade haja compatibilidade com o regime democrático não se pode conceber uma Administração isenta de controle, assim como não se pode admitir um controle jurisdicional ilimitado sobre as ações da Administração. Neste sentido, são as palavras de Antônio Carlos Cintra do Amaral (2008, p.116):

É incompatível com o regime democrático a existência de uma Administração Pública cujos atos não sejam passíveis de controle. Mas igualmente não pode existir uma Administração Pública séria, competente e responsável sem que haja uma delimitação clara entre as funções de administrar e de julgar.

Uma preocupação que surge com o aumento das intervenções do Poder Judiciário chamando o Executivo a efetivar os direitos fundamentais, ou seja, o Judiciário assumindo uma postura de controlador do comportamento do Administrador público ante a efetivação de políticas públicas; é que tal tarefa acabe por sobrecarregar o Poder Judiciário e eleve o mesmo a uma condição de detentor de superior grau de poder em face das atribuições e poderes que a Constituição assegurou aos demais Poderes e que é a base do Estado Democrático de Direito. Não seria um comportamento que poderia colocar em xeque a independência dos demais? Não seria uma postura que venha a abalar o princípio da separação dos poderes? A respeito dessas indagações que aqui se apresenta, oportuna é a conclusão de Maria do Socorro Azevedo de Queiroz (2011, p.146):

Essa aparente sobrecarga que assumi o Poder Judiciário e o receio de que se transforme em um superpoder a desafiar a independência dos outros, afetando o princípio da separação dos poderes, levam a uma resistência à atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais, sendo estes Poder acusado de substituir o Executivo em seus atos, por sua atuação resultar em estreitamento da “discricionariedade” administrativa e, em alguns casos, na própria supressão.

E, concluindo o seu raciocínio esclarecendo que não há de se confundir o exercício de controle que o Judiciário exerce sobre o Executivo com a supressão da função do mesmo (QUEIROZ, 2011, p.146):

Entretanto, o exercício do Judiciário é um exercício de controle e não de substituição; é um exercício para a contribuição na efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, e não de implementação, propriamente, de programas de ação materializadores de prestações sociais, que se baseia em procedimentos que permitem uma discussão da decisão, tal qual a proporcionalidade e a razoabilidade (...).

Por isso, para se admitir o controle geral de verificação dos atos administrativos e a sindicância no exercício exorbitante da discricionariedade, é de todo importante desvelar o mito da estanque separação dos poderes, que funciona como uma parede de resistência ao controle judicial do chamado mérito administrativo.

Ainda seguindo com as lições da mesma autora (QUEIROZ, 2011, p147): “O princípio da separação dos poderes não pode funcionar como uma barreira intransponível a proteger omissões administrativas impeditivas das prioridades fundamentais (...)”.

Ora a Constituição Federal de 1988, em disposições expressas, assevera que cabe ao Poder Judiciário a defesa do texto constitucional, o que se pressupõe fazer valer seus dispositivos, principalmente os direitos fundamentais, como aqui diversas vezes já mencionamos. Essa função que Constituição atribuiu ao Judiciário permite a qualquer órgão do mesmo atuar no sentido de fazer valer as normas constitucionais e garantir a aplicação da mesma, seja o Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo, sejam os órgãos do Judiciário a nível estadual, como se pode depreender da interpretação dos artigos 102 e 125 (BRASIL. Constituição Federal de 1988): “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...). (...) Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Quando o Poder Executivo age desconforme a Constituição, por exemplo, deixando de atender o direito à saúde da população; ou quando presta tal serviço, mas o faz de maneira insuficiente ou simplesmente quando é omissivo e indiferente aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, não se pode esperar do Poder Judiciário outra postura senão aquela de buscar a concretização desses direitos através do controle das ações do Poder Executivo (QUEIROZ, 2011, p.148)

O controle das ações desconformes, insuficientes, bem como das omissões deve ser exercido pelo Poder Judiciário, não porque este é o melhor dos Poderes, mas porque é o Poder eleito pelo Constituinte para a guarda da Constituição e porque os direitos fundamentais, todos eles, carecem de concretização, e nenhum dos poderes públicos, nem mesmo o Judiciário, pode ficar inerte ao dever de concretização da Constituição.

As principais críticas à expansão do Poder Judiciário são bem resumidas pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2013, p40):

Numeras críticas têm sido dirigidas a essa expansão do papel do Judiciário. A primeira delas é de natureza política: magistrados não são eleitos e, por essa razão, não deveriam poder sobrepor a sua vontade à dos agentes

eleitos pelo povo. A segunda é uma crítica ideológica: o Judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites os processos democráticos majoritários. Uma terceira crítica diz respeito à capacidade institucional do Judiciário, que seria preparado para decidir casos específicos, não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais. E, por fim, a judicialização reduziria a possibilidade de participação da sociedade como um todo, por excluir os que não têm acesso aos tribunais.

Percebe-se que Barroso elenca quatro questões que colocam em xeque a expansão da atuação do Poder Judiciário. A primeira crítica diz respeito ao fato do Poder Judiciário não ser um órgão constituído por representantes sacramentados pelo voto popular, fato que poderia tornar ilegítima a atuação do mesmo, quando age pro ativamente. A segunda crítica relaciona o fato de quando o Judiciário atua de maneira proativa poderia fazer valer vontades de determinado grupos em detrimento do desejo da maioria dentro do processo democrático, deslegitimando o princípio democrático. A terceira crítica chama atenção para o fato do Poder Judiciário ser um ente com a função de julgar casos específicos que lhe são apresentados, não havendo de se preocupar com os efeitos desses casos na esfera política. A última crítica faz uma constatação no sentido de que ainda temos um acesso muito limitado ao Poder Judiciário e isso reduz o as possibilidades de participação das pessoas.

Contudo o mesmo autor nos alerta que o Judiciário não faz às vezes de outros Poderes, o Judiciário somente atua antes a falha dos outros Poderes (BARROSO, 2013, p. 41).

Por fim, a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário deve interferir quando a política falha.

Aqui se percebe que essa expansão da atuação do Poder Judiciário, chegando ao ponto de, em certos casos, lhe ser admitido intervir no mérito do ato administrativo; pode se justificar ante as falhas por parte dos outros poderes no exercício de suas funções constitucionais. Não é uma vontade livre e desmotivada do julgador e sim de fazer valer a Constituição e as leis, como nas palavras de

Barroso (2013, p.41): *“(...) não se trata do exercício de voluntarismo judicial, mas, sim, de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução”.*

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de redemocratização e a reabertura política ocorridos no Brasil pós Ditadura Militar e novo constitucionalismo o corrido depois da Segunda Guerra Mundial, foram fatos que acabaram por contribuir fortemente para uma nova forma de se conceber os direitos fundamentais dos indivíduos. No Brasil a Constituição Federal 1988 foi o marco nesse sentido, pois trouxe um rol extenso de direitos fundamentais. Nesse momento do constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, veio para superar uma realidade constitucional anterior na qual os direitos fundamentais existiam, como direitos positivados em lei, porém os meios de exercê-los não eram assegurados; o acesso ao Poder Judiciário limitado e um Judiciário sem autonomia inviabilizavam o busca por esses direitos. Por outro lado, vive-se uma crise política reflexo da descrença em relação aos eleitos pelo povo para lhes representarem, nem sempre os detentores dos cargos eletivos correspondem a sua aceitação nas urnas. O povo cada vez mais está recorrendo ao Poder Judiciário para garantir seus direitos assegurados constitucionalmente, ocasionando uma crise nas relações entre os Poderes.

O ativismo judicial, como uma decorrência do neoconstitucionalismo, é sem sombras de dúvida uma postura que surgiu não como uma escolha do juiz, mas como um meio de fazer valer os preceitos constitucionais que envolvem direitos fundamentais ante a paralisia dos cidadãos.

É certo que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da separação dos poderes como uma das máximas sob as quais se funda o estado democrático de direito. Contudo, a leitura atual que se deve fazer do princípio em fulcro deve se levar em conta o papel de assegurar a plenitude dos direitos do povo, ou seja, tanto o Poder Executivo, o Legislativo e, também, o Judiciário devem atuar sempre nessa busca. Não basta limitar os Poderes, mas é fundamental para se manter o equilíbrio entre os mesmos que um Poder possua força para agir diante da falta de ação de deles. A função do Judiciário nesse contexto é de extrema importância, pois cabe a este o papel de aplicar a lei e garantir sua fiel observância, principalmente quando se trata do STF, órgão que lhe é incumbido o desempenho de interprete máximo da Constituição Federal. As garantias que a Constituição Federal de 1988 deu aos magistrados lhes permitem agir com autonomia.

Com a Constituição elevada ao centro do ordenamento jurídico, qualquer questão que envolva a solução de *lides* judiciais deve ser sempre analisada sob a ótica dos preceitos constitucionais e não seria diferente quando falamos da relação Administração Pública e administrado, regidas pelas regras de direito público, ou seja, pelas normas de Direito Administrativo. É o que a doutrina chama de constitucionalização do Direito Administrativo. Ora, com essa nova forma de interpretar as regras de Direito Administrativo, não se pode mais conceber uma atuação do administrador público que não seja para atender os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Institutos clássicos de Direito Administrativo ganharam novas interpretações. A discricionariedade administrativa não é mais um campo de atuação livre a cargo do administrador, os direitos fundamentais vinculam o administrador quando no momento de eleger políticas públicas, ou seja, o mérito do ato administrativo não é mais um espaço isento de sindicância por parte dos outros poderes, principalmente pelo Poder Judiciário. Os princípios constitucionais como a eficiência, o princípio da moralidade, o da proporcionalidade e razoabilidade permitem que se controle a discricionariedade administrativa, o mérito. Sim, o mérito pode sujeitar-se ao controle judicial.

Conclui-se no sentido de que, desde que respeitados os limites definidos na Constituição Federal e nas leis é possível sim a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do Ato Administrativo**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2008.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em 27/10/2015a.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. 2005. Acesso em 27/10/2015b

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27/10/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Lumen Juris, 2007.

CICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação**. Juruá Editora. Curitiba, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Rubens Dário Peregrino. **A Judicialização da Discricionariedade Administrativa**. Editora Vercia. Salvador, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elemento de teoria geral do Estado**. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Editora Método. São Paulo, 2007.

JUCÁ, D. N. . **DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM ENFOQUE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**. In: JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS. (Org.). NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1ªed.SÃO PAULO: ATLAS, 2009, v. 01, p. 01-302

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., ver., amp., e atual.. Editora Jus Podivm, Salvador, 2014.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito a Saúde**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGE, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis – In: Coleção Os Pensadores - Montesquieu**. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 1999.

NAPOLITANO, Marcos. **História do Regime Militar Brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2014.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da Anulação Ex Officio do Ato Administrativo**. 2ª ed., Belo Horizonte. Editora Fórum, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores. São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do Direito Administrativo: O princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das Agências Reguladoras.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo.** 4ª ed., amp., rer., atual.. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira.** Editora Juruá. Curitiba, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8ª ed., rev., atual., Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** Disponível em: [users/CDPP2/Downloads/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.pdf](https://users.cdp2.com.br/~daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.pdf). 2012. Acesso em: 27/10/2015.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35ª ed., Malheiros Editores. São Paulo-SP, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO.** 4. ed.. Brasília : Secretaria de Documentação, 2011.

TASCA, Ivaldino. Campos, Mariana. **15 dias que abalaram Passo Fundo: os 50 anos do movimento de legalidade através dos jornais Diário da Manhã e O Nacional.** Disponível em: books.google.com.br/books?id=ovfKAgAAQBAJ&pg=PA11&dq=15+Dias+que+abalaram+Passo+Fundo. Acessado em: 10/09/2015.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 12 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

VARGA, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: Uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2013.