

O Giro Epistemológico da Hermenêutica Administrativa no Estado Democrático de Direito e o Papel do Judiciário na Garantia dos Direitos Fundamentais do Administrado: a Omissão Legislativa em Matéria de Concurso Público e a Regulação pelo Supremo Tribunal Federal Através das Súmulas Vinculantes nºs 43 e 44

The Epistemological Change in Administrative Hermeneutic Under the Democratic Law State and the Role of Judiciary Power in the Guaranty of Fundamental Rights of the Administered: a Legislative Omission in Public Contest and the Regulation by the Brazilian Supreme Court Through Binding Precedentes No. 43 and 44

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora, Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pesquisador certificado pelo CNPQ do Laboratório de Direito Administrativo Comparado pela Universidade Federal Fluminense.

Submissão: 16.02.2016

Decisão Editorial: 21.08.2016

Comunicação ao Autor: 21.08.2016

RESUMO: O papel exercido pelo Poder Judiciário no controle da ação reforçando um giro epistemológico na hermenêutica administrativa é o tema posto em debate. Pretende-se analisar em que medida a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao editar as Súmulas Vinculantes nºs 43 e 44 em matéria de concurso público, importou em violação à separação dos poderes ou concretização dos direitos fundamentais. Como resultado, verificou-se que, apesar do papel ativista da Corte, buscou-se preservar além das garantias dos cidadãos, o espaço legítimo de atuação da Administração Pública. Conclui-se que os contributos recebidos no direito administrativo brasileiro, na proteção e garantia dos direitos fundamentais, têm ocorrido precipuamente, pelo Poder Judiciário, na guarda da Constituição, o que implica a necessidade de aprimoramento do papel do Estado-Administração no século XXI, na regulamentação e aplicação dos direitos fundamentais. Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira através dos principais expoentes do direito administrativo e constitucional, bem como de julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da referida práxis jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica administrativa; direitos fundamentais; Poder Judiciário; concurso público; súmula vinculante.

SUMMARY: The role played by the judiciary in action control reinforcing an epistemological turn in administrative hermeneutics is the theme put into discussion. We intend to analyze to what extent the Supreme Court to edit the binding precedents No. 43 and 44 on public tender imported in violation of Separation of Powers and realization of fundamental rights. As a result, it was found that despite the activist role of the Court sought to preserve beyond the guarantees of citizens, the legitimate field of action of the Public Administration. We conclude that the contributions received in the Brazilian Administrative Law, the protection and guarantee of fundamental rights, have been primarily, by the judiciary in safeguarding the Constitution, which implies the need for improvement of the State Administration role in the twenty-first century, the regulation and enforcement of fundamental rights. Therefore, it uses a methodology dialectical criticism with support at home and foreign doctrine through the main exponents of the Administrative and Constitutional Law, as well as judgments of the Supreme Court for purposes of illustration

KEYWORDS: Administrative hermeneutic; fundamental rights; Judiciary Power; public competition; binding precedent.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A hermenêutica administrativa e o Estado Democrático de Direito; 2 O papel do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais na relação administrativa; 3 O papel da regulação do Supremo Tribunal em matéria de concurso público; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a ascensão do Estado Democrático de Direito no Brasil e os pilares de um novo constitucionalismo, voltado ao compromisso com a proteção e concretização dos direitos fundamentais, bem como a preservação e garantia do princípio democrático.

No âmbito do direito administrativo, isto importa em um giro epistemológico na hermenêutica da disciplina, que, antes centrada precipuamente em categorias tipicamente estatais, como o interesse público, a discricionariedade e as prerrogativas, passa a ter por vetores interpretativos as garantias e participação do cidadão.

Uma vez que houve, com a Carta de Outubro, uma ampla constitucionalização de matérias administrativas e reforço da atuação Poder Judiciário no controle dos demais poderes públicos, observa-se um importante papel do controle judicial da relação administrativa, nesta exegese das normas, categorias e institutos administrativos.

Busca o presente trabalho analisar o papel que tem exercido o Poder Judiciário na adoção de uma interpretação concretizadora, de garantia dos di-

reitos fundamentais na relação jurídico-administrativa, reforçando o giro epistemológico na hermenêutica administrativa.

Pretende-se, em geral, verificar o papel da Corte Constitucional na mudança da interpretação do regime administrativo e, em específico, em que medida o Supremo Tribunal Federal, ao editar as Súmulas Vinculantes nºs 43 e 44, importou em violação à separação dos poderes ou concretização dos direitos fundamentais.

Para tanto, utiliza-se, como teste dessa hipótese, a regulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, diante da omissão legislativa na regulamentação dos preceitos constitucionais, para preservar as garantias do cidadão em determinadas matérias de concurso público.

Neste sentido, não pretende o trabalho realizar análise teórica da hermenêutica jurídica¹, mas, a partir da doutrina administrativista e dos princípios que apontam para interpretação dos institutos desta disciplina, determinar em que medida o novo modelo do Estado brasileiro e o papel da Corte constitucional tem contribuído na matéria.

Desta feita, no primeiro capítulo, abordar-se-ão os novos aportes trazidos para a hermenêutica administrativa pelo Estado Democrático de Direito, de maneira a identificar a incidência de novos princípios norteadores – *juridicidade ampla, direitos fundamentais e participação popular* – na interpretação das normas administrativas.

Após, no segundo capítulo, verificar-se-á a aplicação dessa hermenêutica no âmbito do controle judicial da relação jurídico-administrativa, de forma a determinar o papel proeminente e os limites a serem observados pelo Poder Judiciário, na garantia do respeito dos direitos fundamentais, no trato da Administração com o cidadão.

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á se o papel ativista do Supremo Tribunal Federal na regulação da matéria de concurso público, nas Súmulas Vinculantes nºs 43 e 44, importa na preservação dos direitos do cidadão na relação administrativa ou ingerência em espaço legítimo de atuação administrativa.

Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira por meio dos principais expoentes do direito ad-

1 Sobre o tema, vide, entre outros: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. São Paulo: Forense, 1999; PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997; SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ministrativo e constitucional, bem como em alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da referida práxis jurídica.

1 A HERMENÊUTICA ADMINISTRATIVA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Embora o direito administrativo tenha origem liberal e garantidora, sua construção teórica ocorreu pela decisões da jurisdição administrativa francesa, que, dissociada da atuação jurisdicional comum, importou na sujeição da Administração à vontade da lei, mas, também, da sua imunização ao controle pelos demais poderes².

Assim, a Administração Pública no Estado Moderno Liberal é marcada por um “compromisso teórico” entre elementos *liberais* – consagração do princípio da separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais – e *autoritários* –, como a criação de um estatuto especial de atuação e de controle para a Administração³.

Assim, é possível afirmar uma “certa continuidade entre os modelos de Estado absoluto e liberal”, dogmaticamente traduzido pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos nas relações com o poder político, mas a negação de direitos na relação entre os cidadãos e o *poder* administrativo que ostentava posição desigual e prerrogativas⁴.

O regime jurídico-administrativo moderno, que corresponde ao ponto nuclear de convergência e articulação das normas que regem a atividade administrativa⁵, conformou-se, portanto, sob a ótica da *autoridade* – voltada aos poderes e prerrogativas administrativas – e da *liberdade* – como garantia da legalidade⁶.

2 Rompe-se, portanto, com o mito do surgimento da Administração Pública pela milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos fundamentais. O modelo administrativo francês, onde a burocracia edita suas leis e tem sua jurisdição própria para julgá-la, é a própria antítese da separação dos poderes. Sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12-15.

3 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 38.

4 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit., p. 50 e 57.

5 Observa-se que, diante da ordem global instituída, com a intensificação do fenômeno de integração, a Administração Pública submete-se não apenas a um regime jurídico no ordenamento pátrio, mas às normas internacionais. O advento da internacionalização dos direitos humanos impõe limites e condiciona sua atuação. (SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do direito global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. 1, n. 2, p. 1-7, maio 2001)

6 Para assegurar a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância de leis, porém a ela são outorgadas prerrogativas e privilégios, para a persecução do interesse público, colocando a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella de. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61-62)

Tal “enraizamento profundo” desses elementos da origem monárquica e fruto das decisões do Conselho de Estado Francês na disciplina administrativa⁷ convergiu com uma concepção de Estado de Direito em sentido fraco, já que voltado precipuamente aos elementos *formal*, de respeito à lei⁸.

Inexorável que tal tensão é conduzida na estruturação da disciplina brasileira: a previsão, em um primeiro momento, de uma hermenêutica administrativa centrada apenas na posição da supremacia da Administração, a presunção de legitimidade dos seus atos e o espaço de legítima discricionariedade administrativa⁹.

Apenas com ascensão do Estado Constitucional de Direito, com o pós-guerra na Europa e a redemocratização no Brasil, marcado pela afirmação da supremacia da Constituição na ordem jurídica e a centralidade dos direitos fundamentais¹⁰, há um giro epistemológico na interpretação administrativa.

Com o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, bem como a expansão da jurisdição constitucional, garante-se a proteção dos direitos fundamentais do processo político majoritário e, portanto, cria-se uma esfera de proteção da Administração Pública.

Por um lado, corresponde ao reconhecimento, além de uma dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais – de proteção de situações individuais em face do Poder Público e dos particulares – de uma *objetiva* – de consagração de uma ordem objetiva de valores essenciais à sociedade¹¹, que garantem a congruência dos seus preceitos¹².

Por efeito, os direitos fundamentais passam a funcionar como *critério de interpretação* do direito infraconstitucional, que devem se adequar às suas

7 CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie, 1993. p. 13.

8 ZAGRELBESKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leys, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 22-23.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

10 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.

11 Liga-se a dimensão objetiva à compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política, potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371)

12 Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Esses direitos passam a representar uma unidade de ordenação valorativa, de garantia contra arbítrios do Estado. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569)

prescrições, impondo *deveres de tutela* ao ente estatal e garantindo a adoção de uma hermenêutica capaz de garantir a sua plena concretização¹³.

Esse processo de reconhecimento da natureza de *critério de interpretação* dos direitos fundamentais, das normas, categorias e institutos de todos os ramos do Direito corresponde a um fenômeno de abertura constitucional ou de constitucionalização¹⁴, que conduzirá a transformações na hermenêutica administrativa.

O comando da nova ordem constitucional importa, portanto, em uma revisão das categorias administrativas, bem como a sua interpretação, com o reconhecimento na disciplina dos direitos fundamentais que contemplam a pessoa humana e a garantia do direito de participação da sociedade¹⁵.

Inicialmente, a transformação da hermenêutica administrativa liga-se à própria superação da rigidez do legalismo liberal, de forma que se adotará na interpretação não apenas o respeito às normas administrativas, mas a sua leitura a partir da Constituição, fonte dos direitos fundamentais.

Com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a carta magna e não com a lei ou com a espécie normativa próxima¹⁶.

Observa-se, portanto, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição independente da conformação legislativa, sem que resulte na exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a

-
- 13 A dimensão objetiva, portanto, é aquela cuja percepção independe de seus titulares, ou seja, dos sujeitos de direito, e que oferecem controle de ação estatal, que devem ser aplicados independente de intervenções ou violações de direitos fundamentais, bem como da reclamação por seu titular. Assim, enquanto caráter de normas de competência negativa, ensina o autocontrole abstrato de constitucionalidade das normas, mediante a legitimidade dada às autoridades estatais; como critério de interpretação do direito infraconstitucional, impõe a interpretação conforme a Constituição pelo aplicador do Direito. Por fim, enquanto dever estatal de tutela, impõe a postura de proteção ativa do Estado nas violações. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118-121)
- 14 É alçado em forja central da eclética e difusão produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 20-21)
- 15 TACITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, p. 166, 1986.
- 16 Isto representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensajou. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 836)

regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou demais espécies normativas adequadas¹⁷.

Tal viés restará claro quando analisado o papel do Supremo Tribunal Federal, que, diante da existência de regulamentação acerca da matéria de concurso público, adota hermenêutica concretizadora, com aplicação direta das normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais na regulação da matéria.

Isto não significa que a Administração Pública não permanece em grau inferior adstrita à legislação, não podendo, sob a assertiva de encontrar fundamento direto na lei fundamental e a sua alegada aplicação otimizada, desvincular a atuação administrativa para além dos domínios da lei, ignorando a deliberação no âmbito infraconstitucional¹⁸.

Apenas significa que a Administração Pública em geral passa a encontrar-se, também, sob a reserva dos direitos fundamentais, de tal sorte que, no exercício da persecução do interesse público, do espaço de discricionariedade administrativa e uso das prerrogativas, há o dever específico de respeito e promoção dos direitos do homem¹⁹.

Em segundo passo, portanto, importa que, na hermenêutica administrativa, a interpretação das regras jurídicas, em especial daquelas que veiculem as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve garantir a sua conformidade com os direitos fundamentais²⁰.

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

18 O deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico não pode importar na ocupação de todo o espaço jurídico no Estado Democrático de Direito. Não é possível que, diante do princípio democrático, o administrador faça uma otimizada aplicação da Constituição com a ponderação direta entre os seus valores, em detrimento da norma infraconstitucional sem que importe em subtração da legitimidade conferida pelo povo ao legislador que a editou, bem como violação ao sensível equilíbrio dos poderes, em razão da ingerência indevida na função tipicamente afetada a esse poder orgânico. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 38)

19 Note que a vinculação não abrange apenas a Administração Pública Direta, mas também a Indireta, não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado vinculadas à Administração, em todas as suas formas de atuação, seja desde os actos normativos típicos (regulamentos...) às várias medidas administrativas ou decisões de cunho jurisdicional, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum ato dos entes públicos é livre dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 579-580)

20 Decorre do dever da Administração não apenas de executar a lei em razão do princípio da legalidade da separação e independência dos poderes, mas ao princípio da constitucionalidade como guardião dos direitos fundamentais em face de leis que claramente a violam. A inexistência de um preceito expresso de rejeição da lei inconstitucional pela Administração Pública não impede a obrigatoriedade de ela lançar um "olhar preventivo" relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é evidente ou altamente provável, em razão da prevalência do princípio da vinculatividade imediata das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 584-585)

Isto significa na interpretação das normas administrativas, no reconhecimento da dimensão *negativa* – de abstenção ou tolerância no exercício das liberdades pelo seu titular – e *positiva* – de oferecimento de bens e serviços necessários à fruição dos bens e interesses – dos direitos fundamentais²¹.

Tal entendimento não importa na inexistência de espaço legítimo de restrição dos direitos fundamentais em razão de interesse público, mas na necessidade de que tal limitação, de fato, se demonstre necessária e não importe ao aniquilamento ou à violação ao seu núcleo essencial.

A própria doutrina tradicional já aponta que o interesse público não tem prevalência absoluta sobre qualquer concepção de interesse privado²², mas que se sujeita à consonância com os demais princípios que regem a atividade administrativa²³ e deve ser ponderado em conjunto com os demais princípios e garantias fundamentais²⁴.

Também envolve o redimensionamento na interpretação dos critérios de conveniência e oportunidade, com reconhecimento que a discricionariedade passa de uma ampla esfera de escolha a um campo de concretização dos direitos fundamentais, mediante ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais²⁵.

Envolve a submissão do espaço decisório ao sistema de direitos fundamentais, que passam a orientar os juízos de valoração do administrador pelos critérios de *razoabilidade* e *isonomia*, assegurando a congruência da decisão administrativa ao interesse constitucional ou legal e o impedimento de sua tradução em arbitrariedade²⁶.

21 Há casos em que a Constituição consagra, de forma explícita, os deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. (BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 3, p. 37, 2006)

22 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211-212.

23 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio... Op. cit., p. 214-215.

24 NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 134-135.

25 Neste tocante, cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, apurando a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a legitima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins, de forma a preservar a escolha do meio menos gravoso e proporcional aos fins a serem alcançados. (CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172)

26 O mérito do ato administrativo sofre um sensível estreitamento, por decorrência da incidência direta dos princípios constitucionais. A própria vinculação da Administração não apenas à Legislação, mas também à

Note que, se a hermenêutica administrativa no Estado Democrático de Direito impõe, por um lado, a inclusão dos direitos fundamentais como parâmetros de interpretação, por outro, significa a ampliação dos espaços que propiciem a participação do cidadão na gestão pública e a durabilidade das relações administrativas²⁷.

Já aponta a doutrina que há a tendência de declínio da legitimação do Estado através da categoria central de interesse público para a ascensão da participação como instrumento capaz de melhor justificar a atuação estatal e atribuir maior grau de integração na construção social²⁸.

A participação como elemento da exegese administrativa se insere na própria transformação do modelo formal de relação entre Administração Pública e o administrado, de natureza notadamente *unilateral*, *subordinativo* e *esporádico*, para uma relação entre Administração e cidadão, com cunho multilateral, coordenativo e contínuo²⁹.

Isto porque demanda a expansão da *participação* dos cidadãos nos processo de formação da decisão administrativa, que envolve desde a aferição de suas legítimas expectativas acerca da atuação estatal até as deliberações coletivas promovidas no âmbito da Administração Pública, racionalizando e legitimando a gestão pública³⁰.

Assim, a hermenêutica administrativa, tendo por vetor a participação administrativa, liga-se à noção de procedimentalização da decisão administrativa – seja no âmbito normativo ou concreto – impondo a verificação da influência

Constituição, impõe diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: direitos humanos e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes da dogmática administrativa. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica (Coord.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 237)

- 27 Com a centralidade do indivíduo na ordem jurídica, a Administração Pública tende a centro de convergência de interesses e de dignificação da pessoa humana, elevando o administrado a condição de cidadão e substituindo o modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação desse indivíduo influenciando e persuadindo a tomada de decisões. (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128-130)
- 28 CHEVALLIER, Jacques; LOSCHAK, Danièle. *Science administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. 1, 1978. p. 362-363.
- 29 A Administração Pública subordinativa de irradiação hierarquizada e linear começa a apresentar esgotamento de suas formas de atuação coercitiva no campo da gestão dos interesses públicos com a inviabilidade de atendimento das múltiplas demandas sociais oriunda da crescente complexidade da sociedade. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27)
- 30 Compreende, portanto, o exercício da cidadania no âmbito administrativo, mediante a participação no processo de promoção dos interesses sociais nos níveis de distribuição dos bens materiais e imateriais indispensáveis a sociedade, de forma a atribuir racionalidade, legitimidade e eficiência à atuação estatal. (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa, publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 298, 304 e 331)

dos cidadãos, bem como qual exegese possa melhor garantir sua inserção no processo.

Coaduna com a própria crise da democracia representativa em uma sociedade pluralista o déficit de legitimidade da função administrativa em atender aos interesses da sociedade, tornando-se necessária uma ampliação da participação do indivíduo na decisão pública³¹.

Enfeixa-se com a primazia da pessoa humana no Estado Democrático de Direito e consequente dever do Estado para a proteção e desenvolvimento em plenitude do ser humano tanto em seu aspecto individual quanto coletivo, assegurando a participação de todos os indivíduos e coletividade³².

Embora precipuamente seja principal sujeito da hermenêutica administrativa o próprio agente público no exercício da função administrativa, a aplicação desses novos princípios norteadores – *juridicidade ampla, direitos fundamentais e participação popular* – na interpretação das normas administrativas tem se devido ao Poder Judiciário.

Com a redemocratização do Estado brasileiro e a promulgação da Constituição Federal de 1988, tanto o Poder Judiciário em geral, que sofreu uma ascensão político-institucional, quanto o Supremo Tribunal Federal, com a adoção de uma postura ativista, têm assumido um papel de proteção nos direitos fundamentais na relação administrativa.

O tema será tratado a seguir.

2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como visto, com o término da Segunda Guerra Mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações na forma de organização política e jurídica estatal marca o advento do Estado Constitucional de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo³³.

31 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120-121.

32 BRITO, Mariano. *Perspectiva del derecho administrativo en el siglo XXI*. In: RUIZ, Jorge Fernández. *Perspectiva del derecho administrativo en el siglo XXI*: Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 180-181.

33 Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e a Constituição da Itália, e, a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9; BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no direito constitucional no*

Como uma das transformações, teve-se a expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade, a criação de novos instrumentos de controle concentrado, bem como do âmbito de exercício do controle difuso³⁴.

Buscou-se garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais, com a sua exclusão do processo político majoritário mediante a sua inserção entre as cláusulas pétreas, bem como a previsão de ações e remédios constitucionais, reservando sua tutela a ação do Poder Judiciário, diante de lesão ou ameaça³⁵.

Tal proteção estende-se com a própria reelaboração da interpretação constitucional, em que a norma jurídica passa a ser redimensionada apenas como o início da solução do problema, elevando o papel do fato na decisão judicial e do intérprete como um dos sujeitos que participa no processo de criação do Direito³⁶.

Envolve a adoção de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses em que há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo, mediante concessões recíprocas à preservação dos bens e interesses em jogo, a definição do direito precedente em caso³⁷.

Note-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito é marcado pela assunção de um novo papel do Poder Judiciário na promoção dos direitos fundamentais, que, aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e à recupe-

Brasil. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205.

- 34 Amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) com a ação direta e o mandado de injunção (art. 102, q), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), entre outros.
- 35 Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. (COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34)
- 36 Altera-se o papel do Poder Judiciário, que passa a ter a competência ampla para invalidar atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas. (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 18, 2001)
- 37 O emprego da técnica legislativa de conceitos jurídicos indeterminados dotados de maior plasticidade e textura aberta e o reconhecimento de normatividade dos princípios com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários a sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações e escolha entre as soluções possíveis, mediante a ponderação entre os bens envolvidos e argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema: REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Em especial, capítulo III.

ração de suas garantias institucionais, resultou, por um lado, na sua ascensão político-institucional³⁸.

Por outro, a ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais permitiram um processo de judicialização da política que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas³⁹.

Assim, houve uma expansão do Poder Judiciário oriunda do poder-dever de aplicar os preceitos constitucionais que importou na possibilidade de controle e de invalidação dos atos emanados pelos poderes públicos, inclusive por meio da interpretação criativa das normas jurídicas à luz da Constituição⁴⁰.

Associa-se tal fato ao ativismo judicial observado no Poder Judiciário brasileiro, no qual tem sido verificada uma atuação intensa e ativa das Cortes nessas questões, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelas normas constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição⁴¹⁻⁴².

Envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente regulamentadas no texto constitucional, diante de omissão ou

38 Corresponde à chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão de que, sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submete ao controle pelo Poder Judiciário. (SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*. Ob. cit., p. 122)

39 Como ilustrações tem-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais, tem-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-tronco embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

40 Quando o Poder Judiciário desempenha uma função criadora do Direito em seu sentido forte, com a interpretação criativa da Constituição, não importa sua desvinculação à lei como proposta pelo Direito Livre, mas no emprego de normas constitucionais capazes de imprimir maior determinação em frente ao conteúdo vago, inconcreto ou poroso da legislação. (SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 129-131)

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

42 Como visto, não sendo a judicialização uma opção política do Poder Judiciário, mas uma decorrência do desenho institucional vigente, uma vez provocados em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, cabe aos juizes e tribunais se manifestarem; todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que importará em uma *ativismo judicial* – na concretização dos valores e fins constitucionais em atenção à supremacia axiológica da constituição – ou em uma *autocontenção judicial* – na preservação do ato legislativo ou administrativo em atenção ao princípio democrático, razão pelo qual não se confunde judicialização das questões políticas e sociais com ativismo judicial.

violação por disciplina normativa pelo ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais⁴³.

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles em que inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais⁴⁴.

Por fim, compreende a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas de forma a assegurar o acesso a prestações a bens e serviços essenciais⁴⁵.

Isto inclui uma judicialização expressiva de questões administrativas que, antes resguardadas ao espaço de atuação do Estado-Administração em razão do princípio da separação dos poderes, em razão da ampla constitucionalização da matéria administrativa, passam a ser objeto de controle judicial.

A própria noção de mérito administrativo passa a sofrer estreitamento, em razão dos procedimentos técnicos e jurídicos definidos pela Constituição, que recuam o espaço de legitimidade da decisão administrativa⁴⁶ e ampliam o espaço de atuação do Poder Judiciário, para atuar na aplicação otimizada das normas constitucionais.

Tal fenômeno tornar-se-á claro quando for analisada a regulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal de questões de concurso público, diante

43 Como, por exemplo, no Mandado de Injunção nº 670, em que pendente de regulamentação o direito constitucional à greve dos servidores público, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. (BRASIL. STF, Mandado de Injunção nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.10.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 21 mar. 2015)

44 Como, por exemplo, no caso da ADIn 1.969, em que decreto de Chefe do Executivo proibia no exercício regular do poder de polícia normativo, em razão da ordem pública, a utilização de carros de som e outros equipamentos sonoros em manifestações realizadas na Praça dos Três Poderes, na Explanada dos Ministérios, na Praça do Buriti e nas vias adjacentes, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que a restrição à liberdade, no caso, impediria a livre manifestação de pensamento. (BRASIL. STF, ADIn 1.969, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 24.03.1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 21 mar. 2015)

45 Como, por exemplo, no caso do AgR-RE 410.715, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que as decisões judiciais que compeliem o município de Santo André a fornecer matrículas em creches e em pré-escolas para crianças, sendo que tais julgados pautavam-se no direito à educação e o Administrador Público estaria vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal, sendo a sua margem de discricionariedade mínima, não contemplando o não fazer.

46 Sendo a discricionariedade competência cometida à Administração para integrar a vontade da lei ou Constituição, corresponde a um *resíduo de legitimidade* da opção política, que terá alcançada sua legitimidade por sua fundamentação e eficiência, traduzida na melhor realização dos bens e interesses socialmente almejados. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7-8 e 32-33)

da abertura axiológica das normas constitucionais não regulamentadas e a sua adequação a outros preceitos constitucionais, como o direito de igualdade e a separação dos poderes.

Não obstante, o reconhecimento do Poder Judiciário na garantia da tutela dos direitos fundamentais não significa estreitamento da atuação dos demais poderes no exercício legítimo do espaço de conformação legislativa ou de discricionariedade administrativa.

O Estado Democrático de Direito erige-se sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão⁴⁷ – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria⁴⁸ – em uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e função de governo.

Assim, não cabe, no exercício de proteção dos direitos fundamentais, ao Poder Judiciário se imiscuir no âmbito de atuação legítima da Administração Pública, substituindo-o no mérito administrativo e realizando escolhas, mas tão somente observar o respeito à legalidade em sentido amplo e à proporcionalidade.

Isto porque é papel da Constituição garantir também as condições necessárias ao processo democrático, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático⁴⁹.

Inegável que a relação jurídico-administrativa exterioriza, ainda que em menor grau conforme desça na hierarquia administrativa, a legitimidade política atribuída por via eletiva ao chefe do Poder Executivo, que exerce o comando e a direção da Administração Pública, e, portanto, tal vertente deve ser tida em conta pelo Judiciário.

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 47.

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

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

Porém, por outro, é papel da Constituição a preservação de um conjunto de valores e objetivos que não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia⁵⁰.

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário, não se sujeitam a um espaço ilimitado dessa decisão.

Essa tensão eminente deverá ser resolvida no exercício da jurisdição constitucional⁵¹ de forma a tutelar a soberania popular com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os direitos fundamentais pela proteção à manifestação da vontade da maioria⁵².

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

Isto importará em um campo de incidência do controle na relação jurídico-administrativa não ilimitado a título de garantia dos direitos fundamentais, mas de garantia de sua proteção e promoção, dentro da legalidade, e mediante sopesamento com outros bens e valores legitimamente protegidos pela ordem jurídico-constitucional.

Envolve, portanto, a vedação a sua restrição no que tange ao núcleo essencial não só quanto às condições fundamentais para uma vida com digni-

50 Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso...* Op. cit., p. 382-91)

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

52 De forma que a vontade da maioria momentânea – do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originária. (VITAL, Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179)

dade⁵³⁻⁵⁴, mas pressupostos essenciais para o funcionamento do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irreduzível, indisponível e insusceptível de restrição pelos poderes.

Neste tocante, o controle do ato administrativo pode ser realizado para garantir a observância e respeito aos direitos fundamentais, seja no campo da proteção – como a vedação à desapropriação sem prévia e justa indenização em dinheiro –, seja no campo da promoção – determinando o oferecimento de bem ou utilidade necessária.

Em tal campo, é sutil o papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais no âmbito da relação administrativa, uma vez que a eleição da conveniência e oportunidade dentro do conteúdo do ato permanece para a Administração Pública, cabendo somente à Corte constitucional determinar a sua prática.

Isto porque a delimitação dos direitos fundamentais, com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos embora sujeitos a intenso desacordo, podem ser definidos a rigor, no âmbito da democracia majoritária, porém sem importar que grupos ou pessoas não tenham acesso a tais bens e interesses.

Assim, cabe à Administração Pública, dentro da sua esfera de discricionariedade, determinar as medidas de implementação dos direitos fundamentais; todavia, caso o cidadão não tenha acesso ao respeito ou promoção do seu núcleo essencial, cabe à jurisdição constitucional determinar a atuação, mas não o seu conteúdo⁵⁵.

Isto porque, além de tais matérias estarem reservadas às instâncias democráticas do Poder Público, a escolha pelo Poder Judiciário não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, de deliberar no âmbito das decisões públicas, bem como resguardarem o desacordo típico de sociedades pluralistas.

53 Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial, considera a distinção entre um núcleo essencial a que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248)

54 É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de urgência, que, correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já o ensino superior e o médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54, 130, 255 e 267)

55 Assim, por exemplo, se a Administração Pública recusa o fornecimento de educação fundamental a menor, cabe ao Poder Judiciário determinar o oferecimento do serviço público, já que compõe o núcleo essencial deste direito fundamental, mas não a forma – abertura de vaga em rede pública, construção de nova escola, pagamento de escola particular – e afins.

Verifica-se, portanto, que a judicialização da relação administrativa, embora possa ensejar um ativismo judicial na proteção dos direitos fundamentais, não deve significar arbitrariedade, cabendo respeitar o espaço legítimo de decisão do Estado-Administração decorrente da discricionariedade administrativa.

Todavia, surge a questão quando há violação do direito fundamental do cidadão na relação administrativa, por ausência de regulamentação de norma constitucional disciplinadora da Administração Pública, o que, a rigor, ensejaria não atuação do Poder Judiciário, sob pena de violação da separação dos poderes.

É o que ocorre nas questões relativas a concurso público, em que há norma constitucional pendente de regulamentação, capaz de garantir os parâmetros a serem observados no certames realizados pela Administração Pública, e o Poder Judiciário, diante da omissão, tem atuado na questão.

Nesse tocante, o Supremo Tribunal Federal, no que tange à questão, após reiterada jurisprudência, aprovou recentemente, em plenário, as Súmulas Vinculantes nºs 43 e 44, que trazem enunciados de cunho normativo sobre o concurso público, diante do vácuo normativo e das constantes condutas da Administração Pública.

Cabe analisar se a atuação do Poder Judiciário na regulação do concurso público insere-se dentro do movimento de virada epistemológica da hermenêutica administrativa, correspondendo ao papel ativista na proteção dos direitos fundamentais ou arbitrário de violação da separação dos poderes e ingerência na decisão administrativa.

O tema será tratado a seguir.

3 O PAPEL DA REGULAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL EM MATÉRIA DE CONCURSO PÚBLICO

Como visto, com a ascensão do Estado Democrático de Direito, assumem os direitos fundamentais uma posição de centralidade na ordem jurídica e o Poder Judiciário um papel proeminente de proteção e promoção em relação aos particulares e ao próprio Estado-Administração.

Com o avanço do constitucionalismo contemporâneo, também ocorreu um movimento de ampla previsão de matérias tipicamente infraconstitucionais nas normas constitucionais e o processo de apreensão de normas infraconstitucionais por conteúdos tipicamente constitucionais, em um processo de constitucionalização do Direito⁵⁶.

56 A força irradiante da Constituição, portanto, não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados de norma numa espécie previsível de autoalimentação constitutiva, mas se projetou para todo o sistema jurídico, revisando o sistema de fontes e reestruturando seus pilares deontológicos. (SAMPAIO, José

O fenômeno de ampla incorporação pela Constituição de preceitos relativos à Administração Pública notabiliza-se no século XX após a primeira guerra em razão da plena expansão da atividade administrativa no âmbito econômico e social⁵⁷. Assim, não é evento recente no constitucionalismo, porém, no caso brasileiro, foi expressivo.

Diante da ausência de uma codificação administrativa, a Constituição de 1988 assumiu o papel de centralizar o estatuto básico da Administração Pública da Federação Brasileira, estipulando o arcabouço principiológico fundamental da disciplina no que tange aos contratos, licitações, servidores públicos e outros institutos.

Tal previsão constitucional é objeto de crítica, por ser considerada por parte da doutrina como uma “patologia de constitucionalização às avessas”, já que, por um lado, exterioriza casuísmo e corporativismo, ao trazer a previsão de situações específicas e a incorporação de vantagens e prerrogativas para certos grupos⁵⁸.

Por outro, importaria uma “ossificação” e “reformismo constitucional crônico”, já que retiraria da deliberação democrática ordinária conteúdos tipicamente administrativos e haveria a inserção de matérias cambiantes em inúmeras emendas que impedem a transformação pelo processo político⁵⁹.

Em que pesem as críticas, o principal efeito do processo de ampla incorporação das matérias do Estado-Administração na Constituição Federal foi a judicialização das questões administrativas, garantindo o controle pela jurisdição constitucional dos atos abstratos e concretos administrativos em relação às respectivas normas constitucionais.

Neste sentido, tem ocorrido amplo controle pelo Poder Judiciário de questões tipicamente administrativas, como prescrição nas ações de ressarcimento de dano ao Erário⁶⁰, responsabilidade civil do Estado⁶¹, exercício da greve no serviço público⁶², bem como concurso público.

Adércio Leite. Mito e história da constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 200

57 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97-98.

58 BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização...* Op. cit., p. 32-34.

59 BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização...* Op. cit., p. 32-34.

60 Embora pendente de julgamento o RE 669069 com repercussão geral sobre o tema, já há precedentes: MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29.06.2009; AI 490.944/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 16.04.2009, DJe 13.05.2009; RE 463.451/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 13.10.2009, DJe 23.10.2009; RE 542.467/MT, Rel. Min. Carlos Britto, J. 23.11.2009, DJe 03.12.2009; RE 606.224/SE, Rel. Min. Carlos Britto, J. 18.02.2010, DJe 08.03.2010; RE 574.867/MG, Rel^a Min. Cármen Lúcia, J. 21.05.2010, DJe 09.06.2010.

61 BRASIL. STF, RE 409203/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 07.06.2005.

62 BRASIL. STF, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 25.10.2007.

No que se refere aos concursos, em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal adota postura de autocontenção, preservando o espaço de discricionariedade da Administração Pública à análise de temáticas como anulação de questões em concurso público supostamente em desconformidade com conteúdo programático⁶³.

Em outros, porém, verifica-se postura de ativismo judicial, protegendo os direitos fundamentais, como a violação à precedência na aprovação no número de vagas⁶⁴, a exigência de requisitos não objetivos⁶⁵ ou que não estão previstos em lei⁶⁶, bem como a alteração de banca, gabaritos e conteúdo sem notificação⁶⁷.

Entre estas, destaca-se o entendimento reiterado de vedação à investidura de agente público em cargo de carreira distinta ao qual realizou concurso público, que era objeto da antiga Súmula nº 685 e ao qual o Supremo Tribunal Federal aprovou recentemente a Súmula Vinculante nº 43⁶⁸.

Trata-se de atuação ativista da Corte Constitucional, na anulação de atos legislativos ou administrativos, normativos ou concretos, que violem o princípio da obrigatoriedade do concurso público⁶⁹, que consubstancia o desdobramento do direito fundamental da igualdade jurídica na Administração Pública⁷⁰.

Por tal princípio, pretende-se garantir a concorrência, em igualdade de condições, às posições públicas estáveis, vedando que o Administrador privilegie alguém, em prejuízo de toda sociedade, ou prejudique qualquer cidadão ou qualquer grupo, em relação à coletividade.

Conquanto traduza esse direito fundamental à igualdade no concurso público, importa no reconhecimento de uma dimensão subjetiva – impedir a discriminação injustificada dos cidadãos aptos à disputa de cargos e empregos

63 BRASIL. STF, MS 30860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 13.03.2012; MS 30859/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 13.03.2012.

64 BRASIL. STF, RE 598099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 10.08.2011.

65 BRASIL. STF, RE 596482/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 07.06.2011; RE 543389/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 07.06.2011.

66 BRASIL. STF, RE 572499/SC, Rel^a Min. Cármen Lúcia, J. 25.03.2010.

67 BRASIL. STF, MS 27260/DF, Rel^a Min. Carmen Lúcia, J. 29.10.2009.

68 BRASIL. STF, Súmula Vinculante nº 43: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

69 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. “Art. 37. [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

70 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 153.

públicos – e objetiva – reconhecer a existência de direito fundamental à organização e ao procedimento⁷¹.

Por efeito, para alcançar a eficácia da norma constitucional veiculadora do direito fundamental, torna-se necessária a existência da organização jurídica de condições, meios e procedimentos aptos a realizá-los, que, no âmbito legislativo, importa na regulação do preceito estipulando regras gerais e, no campo administrativo, na realização de concurso.

Coaduna, desta forma, com o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos⁷², que, se, por um lado, garante a isonomia na possibilidade de ingresso na Administração Pública, por outro, reforça o direito ao procedimento, que corresponde à conformação legal quanto aos requisitos para o seu pleno exercício.

Note que, diante da ausência de estatuto geral para a Administração Pública dos entes federativos, a regular a respectiva norma constitucional, e diante dos reiterados concursos públicos internos e legislações dos entes, investindo agentes em cargos de outras carreiras, coube ao Supremo Tribunal Federal atuar na proteção do cidadão.

Embora a hermenêutica administrativa tradicional tenha por vetor o princípio da discricionariedade administrativa e caberia, a rigor, a regulação da matéria por lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, a atuação do Poder Judiciário não importa em violação ao princípio da separação dos poderes.

Sujeito ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e conquanto no papel de guarda da Constituição e promoção dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a súmula vinculante, supre a omissão da Administração Pública e garante o respeito à norma constitucional e o direito à isonomia.

Ideal houvesse a existência de lei disciplinadora em que a hermenêutica constitucional se limitaria à eleição de técnica entre as distintas formas de interpretação aquela capaz de harmonizar o conteúdo da lei com a Constituição, de modo a evitar sua contrariedade com as normas constitucionais e garantir a manutenção da validade da lei⁷³.

71 Motta, Fabrício Macedo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1754-1756.

72 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. "Art. 37. [...] I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. [...]".

73 Corresponde à chamada *interpretação conforme a Constituição*, que implica a dúvida em relação à constitucionalidade de uma norma jurídica plurissignificativa se deve o órgão eliminar as opções incompatíveis com o ordenamento jurídico, optando pela interpretação que se demonstre em consonância com a Constituição, mediante a redução do conteúdo normativo, desde que não afete a expressão literal da norma.

Não obstante, a omissão legislativa não pode importar na inviabilização do respeito aos direitos fundamentais sob pena de condicionar a eficácia das normas constitucionais à conformação legislativa, subvertendo a supremacia formal e material da Constituição na ordem jurídica.

Ademais, quando o Poder Judiciário preserva a tutela dos princípios e direitos fundamentais da Constituição, preserva as condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático, mediante a garantia dos elementos necessários à participação e deliberação pública⁷⁴.

Se, na edição da Súmula Vinculante nº 43, o Supremo Tribunal Federal garante a proteção dos direitos fundamentais suprindo a ausência legal, no que tange ao enunciado da Súmula Vinculante nº 44, a sua promoção vem pelo respeito ao princípio da legalidade, em postura tipicamente de contenção.

Determina a Corte Constitucional, em confirmação de entendimento já pacificado na sua jurisprudência, que, na realização de concurso público, a imposição de exame psicotécnico para habilitação a cargo público apenas pode ocorrer mediante a previsão em lei⁷⁵.

Pretende-se que, com o dever de regulamentação, os requisitos necessários para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas estejam em obediência restrita às normas constitucionais, bem como sejam razoáveis e obrigatoriamente ligados à natureza e à complexidade das atribuições⁷⁶.

Note que a Corte Constitucional não impôs que o exame psicotécnico deveria guardar relação com a natureza do cargo público, pois, a pretexto de proteger a isonomia material e a proporcionalidade, estaria adentrando no mérito administrativo e criando condicionantes à liberdade de eleição dada pela norma constitucional.

Resguardou, porém, a efetividade da respectiva norma ao vedar a regulamentação infralegal, preservando o espaço legítimo de deliberação democrática acerca dos critérios e etapas para realização do certame e, por via transversa, com a edição de normas gerais e abstratas para todos, preservam-se a isonomia e a segurança jurídica.

Em ambas as súmulas vinculantes, percebe-se uma atuação do Supremo Tribunal Federal voltada à preservação dos direitos fundamentais na relação

(MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista de Direito Administrativo*, n. 193, p. 22-27, 1993)

74 Sobre o tema: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, capítulo 3.

75 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante nº 44: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

76 MOTTA, Fabrício Macedo. Op. cit., p. 1750.

administrativa, porém não atentando à garantia da separação dos poderes e ao espaço legítimo de conformação legislativa e discricionariedade administrativa.

CONCLUSÃO

A ascensão do Estado Democrático de Direito brasileiro e a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxeram, com a centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica, o amplo processo de constitucionalização das normas administrativas e a expansão da jurisdição constitucional, novos paradigmas ao direito administrativo.

A hermenêutica administrativa antes construída sob os pilares da disciplina administrativa liberal oitocentista e centrada no binômio autoridade passa a encontrar fundamento e legitimidade na utilização de parâmetros como os direitos fundamentais e a participação popular na relação administrativa.

Neste tocante, erige o Papel do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal na reordenação da hermenêutica administrativa, do viés concretizador das garantias do cidadão no controle da relação jurídico-administrativa, sem que isto importe em violação do espaço legítimo de atuação da Administração Pública.

Tal questão exterioriza-se na edição das Súmulas Vinculantes nºs 43 e 44, em que se preserva a isonomia no concurso público, porém sem atingir o mérito administrativo na definição do cabimento ou não do exame psicotécnico, bem como da realização de certame para provimento de cargo público na carreira.

Em tal atuação corretiva, o Poder Judiciário reforça a promoção dos direitos fundamentais, garantindo a reordenação da relação administrativa aos fins e valores protegidos pela Constituição Federal, mas, também, exterioriza a necessidade de aprimoramento do papel do Estado-Administração no século XXI.

A construção de uma Administração Pública capaz de atuar, no âmbito normativo e concreto, na regulamentação e aplicação dos direitos fundamentais em uma relação consensual marcada pela participação e respeito à juridicidade plena deve constituir um desafio constante e um esforço permanente.

Não é seara adequada a promoção dos direitos fundamentais através da tutela jurisdicional, mas do exercício da atividade administrativa, o que impõe a necessidade de releitura das categorias, institutos e regras do regime administrativo à luz dos bens e valores constitucionais pela própria Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 3, p. 37, 2006.
- _____. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: direitos humanos e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes da dogmática administrativa. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica (Coord.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITO, Mariano. Perspectiva del derecho administrativo en el siglo XXI. In: RUIZ, Jorge Fernández. *Perspectiva del derecho administrativo en el siglo XXI: Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel. In: *Le droit administratif en mutation*. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, 1993.
- _____; LOSCHAK, Danièle. *Science administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. 1, 1978.
- COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.
- CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. São Paulo: JusPodvim, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, 2001.

HARBELE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. In: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa, publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista de Direito Administrativo*, n. 193, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTTA, Fabrício Macedo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do Direito*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. A

- constitucionalização do Direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do direito global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. 1, n. 2, maio 2001.
- TACITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, 1986.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VITAL, Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ZAGRELBESKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leys, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.