Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVI, BOGOTÁ, 2020, PP. 425-445, ISSN 2346-0849

Emerson Affonso da Costa Moura* **(Brasil)**

"O brasil não pode parar": análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da administração pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas ADPFS 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da Administração Pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal é o tema posto em debate, a partir da análise do processo de expansão da jurisdição constitucional brasileira e do ativismo judicial, do princípio da legalidade na vinculação e controle da Administração Pública, do ativismo judicial no que tange ao controle dos atos da Administração Pública, e do julgamento da medida cautelar nas referidas ações pelas cortes constitucionais.

Palavras-chaves: Controle judicial; Ativismo judicial; Administração Pública; Legalidade; Supremo Tribunal Federal.

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense (UFF). Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Co-Idealizador, Co-Fundador, e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). emersonacmoura@yahoo.com.br.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Brazil cannot stop": analysis of the limits of judicial activism in reviewing public administration acts on the basis of the principle of legality, in light of the Supreme Federal Court's ruling on the precautionary measure in the Action for Non-Compliance with Fundamental Precepts (ADPFs) 668 and 669

ABSTRACT

The issue discussed in this article is the analysis of the limits of judicial activism in reviewing public administration acts due to the principle of legality, in light of the Supreme Federal Court's ruling on precautionary measures in the Action for Non-compliance with Fundamental Precepts 668 and 669, based on an analysis of the process of expansion of Brazilian constitutional jurisdiction and judicial activism, the principle of legality in binding and controlling the Public Administration, judicial activism with regard to the control of Public Administration acts, and Constitutional Court rulings on precautionary measures in said actions.

Keywords: Judicial activism; public administration; legality.

„Brasilien darf nicht stillstehen": Analyse der Grenzen des juristischen Aktivismus durch das Oberste Bundesgericht

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich mit der Expansion der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit und des juristischen Aktivismus sowie mit der Geltung des Legalitätsprinzips hinsichtlich der gesetzlichen Bindung und Kontrolle der öffentlichen Verwaltung, mit dem juristischen Aktivismus bei der Kontrolle ihrer Rechtsakte sowie mit der Beurteilung von vorbeugenden Schutzmaßnahmen durch die Verfassungsgerichte. Davon ausgehend analysiert der Beitrag die Grenzen des juristischen Aktivismus bei der Kontrolle von Verwaltungsakten auf der Grundlage des Legalitätsprinzips im Lichte der Beurteilung der vorbeugenden Schutzmaßnahmen wegen Nichteinhaltung der Grundsatzbestimmungen 668 y 669 durch das Oberste Bundesgericht.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; öffentliche Verwaltung; Legalität.

Introdução

Nas últimas quadras tem-se observado um crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas, bem como a atuação do Supremo Tribunal Federal na decisão de matérias essenciais para a sociedade.

Em um cenário de judicialização das questões políticas e sociais, bem como de déficit de legitimidade e representatividade das instâncias democráticas, observa-se o exercício de um papel ativo das cortes judiciais na concretização dos valores e fins veiculados pela constituição, usualmente designado de ativismo judicial.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Não obstante, o ativismo judicial tem sido objeto de severas críticas por parte da literatura, em razão de questões que variam desde a falta de legitimidade democrática e o estreitamento do debate político, até, mesmo, a suposta violação às normas positivas e o desrespeito ao princípio da legalidade.

Assume especial relevância a matéria no que tange à Administração Pública, uma vez que tem sido crescente o controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, em especial no que tange à implementação de políticas públicas, acompanhadas de críticas acerca dos limites do ativismo judicial em razão do mérito e discricionariedade administrativa.

Visa o presente trabalho analisar, por conseguinte, os limites do ativismo judicial no controle dos atos da Administração Pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, de início fixam-se os pressupostos para debate. A saber: o processo de expansão da jurisdição constitucional brasileira, que resultou no protagonismo do Poder Judiciário e na crescente ampliação da técnica de decisão chamada de ativismo judicial com a respectiva análise dos seus elementos.

Após, verifica-se a conformação do princípio da legalidade, no que tange a vinculação e controle da Administração Pública, de forma a delimitar os contornos do problema, quanto à possível violação ou concretização de tal princípio pela fiscalização promovida pelo Poder Judiciário no exercício do ativismo judicial.

Depois, delimita-se o debate à análise do ativismo judicial no que tange ao controle dos atos da Administração Pública, apontando-se os problemas e extraindo os limites e possibilidades, no que se refere às questões relativas à tensão entre constitucionalismo e democracia na proteção dos valores constitucionais e do princípio majoritário.

Por fim, testa-se a hipótese, através da verificação do julgamento da medida cautelar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a determinar se o ativismo judicial desenvolvido no caso viola ou promove a proteção do princípio da legalidade.

1. A expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial no Brasil

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão do Poder Judiciário com a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garantindo a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário.[1]

[1] Rosa Júlia Plá Coelho, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais* (Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005), 34. Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Com a expansão da jurisdição constitucional se pretende garantir a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como perante os atos dos demais poderes, mediante a atuação das cortes constitucionais.[2]

O tema assume relevo, pois houve um processo de ampla disciplina de matérias políticas e sociais, que, antes sujeitas ao campo da legislação, se deslocam para a esfera da Constituição, submetendo-se apenas à regulamentação pelas normas infraconstitucionais, garantindo destarte maior segurança e estabilidade jurídica em face das ingerências fugazes dos poderes constituídos.[3]

Com a previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental, e a respectiva subtração das questões da vida política e social do alcance do legislador, essas passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais, sujeitando-se ao controle de adequabilidade dos atos legislativos e administrativos com a lei fundamental.

Esses novos paradigmas importam um novo papel das cortes judiciais na promoção dos valores constitucionais, que, aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e à recuperação das garantias institucionais, resulta na ascensão político-institucional do Poder Judiciário e na expressiva judicialização das questões políticas e sociais.[4]

No vértice da ascensão político-institucional do Poder Judiciário, a recuperação das liberdades democráticas e das garantias institucionais dos membros da magistratura com a redemocratização brasileira permitiu um campo de independência e imparcialidade na aplicação do direito vigente e na interpretação das normas constitucionais.[5]

---

constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais.

[2] No Brasil 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 (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 "q"), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo102 §1º) dentre outros.

[3] Oscar Vilhena Vieira, "Supremocracia", *Revista de Direito GV*, jul./dez. (2008): 443-444. Surge no pós-guerra na Europa como reação aos governos nazistas e fascistas e a desconfiança da democracia em massa que fizeram surgir substantivas cartas de direito e potentes tribunais constitucionais. No Brasil há enorme ambição do texto constitucional de 1988 em um compromisso com as transformações sociais e a concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

[4] Antonie Garapon, *O juiz e a democracia: o guardião de promessas* (Rio de Janeiro: Renavam, 1999), 48. Em um contexto de déficit democrático com crescente descrédito das instituições políticas clássicas e crise de desinteresse pelas questões políticas, o Poder Judiciário passa a ser tido como o guardião das promessas, responsável pela efetivação da Constituição.

[5] Luís Roberto Barroso, "A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil", em *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil, Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso,* ed. por Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro:

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No campo da judicialização, as questões políticas e sociais, que aprioristicamente estariam sujeitas ao campo do processo político majoritário e exteriorizadas na conformação legislativa e discricionariedade administrativa, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário na preservação da supremacia da Constituição e dos bens e valores por ela veiculados.[6]

Este campo de independência e imparcialidade é aferido através da

> atribuição aos órgãos de controle de constitucionalidade da resolução de conflitos de competência relativo ao exercício do poder estatal, do controle do exercício da conformação legislativa e discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, e do emprego das normas constitucionais na argumentação dos atores políticos.

Pode-se definir ativismo judicial como uma atuação intensa e ativa do Poder Judiciário em questões políticas e sociais que caberiam precipuamente aos demais poderes, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelas normas constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição.[7] [8]

Renovar, 2007), 35. Com a redemocratização ampliou-se a demanda por justiça na sociedade brasileira, pela redescoberta da cidadania e conscientização dos indivíduos sobre os seus direitos. Neste ambiente, os juízes passaram a desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo, na defesa da justiça e dos direitos.

[6] Riccardo Guastini, "A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana", em A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas, ed. por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 276. Toda decisão legislativa é pré-disciplinada por normas constitucionais, idôneas, portanto, a regular de forma explíou implíqualquer aspecto da vida política e social. Isto importa no reconhecimento da inexistência de qualquer questão que não esteja sujeita ao controle de parametricidade com a Constituição, sem desconsiderar que existem questões de natureza política sujeitas ao princípio majoritário, mas compreender que existem outros princípios a serem preservados na ordem constitucional.

[7] Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, "Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade", em As novas faces do ativismo judicial, ed. por André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Grotti de Paula e Marcelo Novelino (São Paulo: Jus Podvim, 2011), 460-464. 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.

[8] 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 juízes e tribunais se manifestarem. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que importará em um 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

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação, por disciplina normativa, pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.[9]

Abrange a invalidação de atos normativos de constitucionalidade discutível emanados do Poder Legislativo ou Administrativo, ou seja: com a adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexiste patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.[10]

Por fim, compreende a imposição ao Poder Público de condutas ou de abstenções 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, bens e serviços essenciais.[11]

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender

---

ou administrativo em atenção ao princípio democrático, razão pela qual não se confunde judicialização das questões políticas e sociais com ativismo judicial.

[9] Luís Roberto Barroso, "O Reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil". Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011, p. 105-138. Como, por exemplo, no caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) onde inexiste regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como não há vedação da norma do artigo 226 §3º que, ao tratar de homem e mulher, buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família.

[10] Fernando Bernardi Galacci, O STF e as Cláusulas Pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade? (São Paulo: SBDP, 2011), 25-27. Como, por exemplo, no caso da verticalização (ADIn 3685) onde o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal, para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional, dando à norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadrasse no rol de cláusulas elencadas na Constituição.

[11] Emerson Affonso da Costa Moura, "Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais", Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC 77, (2011). Sobre o tema, seus limites e possibilidades são exemplo, as ações judiciais relativas à concretização de prestações necessárias a fruições de direitos sociais (alimentação, saúde e moradia...) concedidas pelos órgãos do Poder Judiciário, como, por exemplo, a distribuição de medicamentos e determinação de terapia. O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou no sentido de que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

as demandas sociais, o que produz um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo,[12] a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor,[13] e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse[14] conduzem a um distanciamento entre representante e representado, promovendo estreitamento do debate político, que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas.[15]

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, e também do potencial criativo e da margem de discricionariedade do Judiciário.[16]

---

[12] Ana Paula de Barcellos, "Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação", RDE3, n.º 12 (2008): 82-84. Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública.

[13] Raymundo Faoro, Os donos do poder (São Paulo: Editora Globo, 2000); Gilberto Freyre, Casa-grande e Senzala (Rio de Janeiro: Record, 2000); Edson Nunes, A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997). Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira.

[14] Wagner Pralon Mancuso, O lobby da indústria no Congresso Nacional (São Paulo: EDUSP, 2007), 110. A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso.

[15] José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, "O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial", em Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos (2009): 44-45. Dentre outros fatores, o ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos, com temas profundamente custosos, sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, abertura dos arquivos da ditadura militar e aborto, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais, que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões.

[16] Celso Fernandes Campilongo, O Direito na sociedade complexa (São Paulo: Max Limonad, 2000), 87. A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição, que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliadas à instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e à utilização de ação constitucional na via incidental, impõem a intervenção judicial na decisão política.

O tema assume relevo, igualmente, no que tange ao controle da Administração Pública, que se antes era formal e baseado em uma concepção limitada do princípio da separação dos poderes e à legalidade estrita, com a expansão do constitucionalismo se sujeita a novos parâmetros na promoção dos bens e valores constitucionais.

O tema será visto a seguir.

2. O princípio da legalidade na vinculação e controle da administração pública

Desde o advento do Estado Liberal tem sido empregada a legalidade, enquanto vinculação do agir estatal a legislação emanada pelo poder competente, segundo as prescrições formais, independentemente do grau de adequação material à vontade de seus titulares e dos eventuais limites da representatividade como parâmetro para controle da Administração Pública.[17]

Entretanto, o reconhecimento da normatividade da Constituição, com a consolidação de sua supremacia hierárquica e axiológica, bem como o advento da pluralização das fontes normativas redimensionam a juridicidade para além do fundamento positivista, adequando-a à expansão do Direito além da lei e dando nova configuração ao princípio da legalidade.[18]

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

---

alimentam a possibilidade de o direito judicial transferir para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político.

[17] Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro (São Paulo: Malheiros, 2016), 88. Restringe-se, portanto, a atuação administrativa à prévia prescrição ou autorização legal, independentemente do conteúdo do diploma legal, ainda que produzido por regime de duvidosa legitimidade ou com patente violação a direitos da própria sociedade. É clássica a lição de Hely Lopes Meirelles, de que enquanto aos particulares é licito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

[18] Rafael Carvalho Rezende Oliveira, A constitucionalidade do Direito Administrativo: o Princípio da Juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2009). Concorrem, portanto, com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade decorrente dentre outros, pela inflação legislativa e da ascensão da sociedade de conhecimento que amplia a complexidade das demandas sociais e demanda por celeridade na persecução do interesse público.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Administração Pública com a carta magna, e não com a lei ou com a espécie normativa próxima.[19]

Observa-se, portanto, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição, independentemente da conformação legislativa, sem que resulte na sua exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou das demais espécies normativas adequadas.[20]

A Administração Pública 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 ou eventualmente fazê-la contrariar as suas prescrições, ignorando a deliberação promovida no âmbito infraconstitucional.[21]

Perde a lei o status de fonte normativa única da juridicidade, para assumir o papel de espécie normativa *privilegiada* em um domínio fracionado pela normatividade complementar, ou seja: por um complexo de normas editadas pela própria Administração Pública, no interior do campo normativo traçado pelo legislador ou da competência dos órgãos autônomos.[22]

---

[19] José Joaquín Gomes Canotilho, Direito Constitucional e teoria da Constituição (Coimbra: Almedina, 2002), 836. 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 n° 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou.

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

[21] Barroso, "O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil", 38. 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 infra-constitucional, sem que importe em subtração da legitimidade conferida pelo povo ao legislador, bem como em violação ao sensível equilíbrio dos poderes em razão da ingerência indevida na função tipicamente afetada a esse poder orgânico.

[22] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Mutações do Direito Público (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), 39. Na constelação de normas editadas pela Administração Pública para regular as matérias originariamente de seara da competência legislativa mediante delegação, conserva a lei sua primazia na vinculação da Administração Pública, sob a égide da Constituição. Neste sentido:

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Agrega-se à legalidade revistada de valores materiais a legitimidade como indissociável projeção do princípio democrático, de modo a exigir da atuação da Administração Pública não apenas a sua conformidade com a ordem jurídica globalmente considerada, mas, também, com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida.[23]

Sob um primeiro ângulo, a legitimidade é construída a partir de um contexto aberto, livre e igualitário de deliberação pública, onde todos os cidadãos possam participar com iguais capacidades para influenciar e persuadir nas decisões *administrativas*, garantindo uma maior legitimidade e racionalidade na gestão pública.[24]

No segundo vértice, é aferida pelos resultados produzidos no exercício da atividade administrativa, a partir da necessária coincidência entre os interesses públicos obtidos no âmbito da deliberação com a sociedade e o desempenho minimamente eficiente dos seus agentes na persecução destes respectivos interesses.[25]

Redefine-se, também, a juridicidade a partir da confluência da ilicitude enquanto a construção objetiva e precisa da moralidade administrativa como uma moral de *resultados*, exteriorizada no comportamento ético exigido do agente na consecução das finalidades colimadas pela sociedade, e não como uma moral das intenções, de índole comum e despida de força cogente.[26]

Sua irradiação pela ciência administrativa fundamenta a *prudência fiscal* explicitada no *standard* comportamental de observância obrigatória na gestão dos recursos da sociedade, que impõe um elevado grau de cuidado e moderação nos gastos

---

[23] Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018), 112-116. Com as transformações ocorridas na concepção da legalidade e a percepção de áreas da atividade administrativa que escapam do domínio da lei formal, a legitimidade da Administração Pública, que antes permanecia circunscrita à própria lei editada segundo as prescrições formais, torna-se insuficiente, sendo necessários novos fundamentos capazes de garantir o fundamento de sua atuação.

[24] Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa (Rio de Janeiro: Renovar, 2006). Isto porque a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res publica, pois se determinada política consegue superar as críticas formuladas pelos demais participantes da deliberação, de início pode ser considerada legítima e racional.

[25] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Legitimidade E Discricionariedade: Novas Reflexoes Sobre Os Limites E Controle Da Discricionariedade (Río de Janeiro: Forense, 1991), 25-26 e 76. A legitimidade de qualquer sistema juspolítico se baseia na sua eficiência na satisfação dos interesses do seu grupo social. Na Administração Pública, onde a discricionariedade administrativa representa resíduo dessa legitimidade, as opções legítimas traduzem-se no dever de boa administração, ou seja, na escolha dos meios que produzam melhores resultados em atendimento do interesse público.

[26] Moreira Neto, Mutações do Direito Público, 34. Corresponde a ilicitude o fundamento moral da juridicidade, que busca se aproximar à ordem jurídica do conceito ideal de justiça, incorporando uma dimensão ética ao Estado Democrático de Direito.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

públicos, bem como a sua alocação moralmente adequada à proteção e promoção dos direitos fundamentais.[27]

Desta forma, o controle do atos da Administração Pública passa igualmente a estar vinculado, não apenas à legalidade em seu vértice formal, mas à sua forma de juridicidade, com a sujeição à ordem jurídico-constitucional, permitindo, portanto, o Poder Judiciário, conformar a atividade administrativa aos bens e valores fundamentais da sociedade.

O tema será visto a seguir.

3. O ativismo judicial no controle dos atos da administração pública

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão –[28] e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria –[29] e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

Cabe à Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.[30]

---

[27] Moreira Neto, Mutações do Direito Público, 32. A improbidade administrativa se configura como uma espécie de imoralidade administrativa moralmente qualificada, uma vez que, embora fundamente a anulação do ato lesivo, a imposição das sanções será definida de acordo com o grau de lesividade do ato à moralidade administrativa.

[28] Gomes Canotilho, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 47.

[29] Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de Política (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998), 320. 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.

[30] John Hart Ely, Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade (São Paulo: Martins Fontes, 2011); Jürgen Habermas, Direito e democracia entre facticidade e validade (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997). (Viés procedimentalista). A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 § 4º) dentre outros.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

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

Neste sentido, a lei fundamental veicula, portanto, consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive mediante o controle de deliberações políticas que o violem.[31]

Compete ao exercício da jurisdição constitucional[32] não apenas a proteção dos *direitos fundamentais* contra a manifestação da vontade da maioria, mas o processo de concretização das normas constitucionais envolve igualmente o reconhecimento de legítimo espaço da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa.[33]

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 os violem ou não os concretizem, sem que isto necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto porque nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações, mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem a igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.[34]

---

[31] John Rawls, Uma Teoria de Justiça (Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2008); Ronald Dworkin, Levando os direitos a sério (Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010). (Viés substancialista). A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade.

[32] Peter Häberle, "El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma", en Estudios sobre la jurisdicción constitucional, ed. por Peter Häberle, (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 166. 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.

[33] Moreira Vital, "Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional", 179.

[34] Cláudio Pereira Souza Neto, "Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação Democrática", em Filosofia e teoria constitucional contemporânea, ed. por Daniel Sarmento (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), 79-80. Para que a deliberação ocorra em efetivo deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Isto importa na adjudicação, pelo Poder Judiciário, das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e à igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública[35] e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático.[36]

Todavia, o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos, uma vez que sujeito a intenso desacordo entre os participantes[37] na sociedade, deve ser definido no âmbito da realização do princípio democrático, com a deliberação majoritária pela própria sociedade ou através dos seus representantes.

Isto não importa desconsiderar que há influência de fatores políticos mesmo em decisões técnicas nos atos emitidos pela Administração Pública,[38] que podem resultar, por vezes, em que não correspondam de fato à deliberação majoritária almejada enquanto irradiação do princípio majoritário.

Todavia, se cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, isto ocorre apenas no que tange à sua conformidade com o Direito, à racionalidade do discurso que a legitima, ao atendimento ao código dos valores dominantes e à proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins,[39] porém jamais no que tange à substituição da escolha da Administração.

---

constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria, não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização.

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

36 A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

37 Dworkin, Levando os direitos a sério, cap. 13. Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece, como Dworkin, que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos

38 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988 (São Paulo: Saraiva, 1993), 93; Eva Desdentado Daroca, Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Madrid: Civitas, 1997), 49. É o que ocorre quando os critérios técnicos não constituem único fundamento possível na decisão administrativa, deixando margem para juízo de conveniência e oportunidade, como, por exemplo, o tombamento, ou quando existem diferentes soluções técnicas equivalentes, que impõe um juízo político na escolha administrativa.

39 Rubem Dário Peregrino Cunha, A juridicização da discricionariedade administrativa (Salvador: Vercia, 2005), 168-172.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

As escolhas administrativas envolvem questões de considerável complexidade que demandam conhecimento específico, onde o emprego da técnica permite tornar o ato administrativo instrumento racional e manejável, garantindo a clareza e previsibilidade do fenômeno administrativo,[40] algo que o Poder Judiciário não está preparado para realizar.

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

Por esta razão, há clara violação ao princípio da separação dos poderes ao se ignorar que a especialização funcional se densifica na competência técnico-operacional dos órgãos especializados da Administração Pública, em razão da *especialização funcional*[41] para avaliação dos fatores exógenos a partir dos atores, métodos e subsídios envolvidos na ação estatal que permitem a visão global sobre o tema.

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

Não obstante seja responsável a Administração Pública pelo desenho institucional das políticas públicas mediante o emprego de conhecimento, recursos e atividade nas decisões operacionais voltadas a satisfação dos direitos fundamentais, é incontestável que a realização destes interesses subjetivamente abstratos impõe a observância deles individualmente delimitados.[42]

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

---

[40] Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, Em busca do Acto Administrativo Perdido (Coimbra: Almedina, 1996), 461-462.

[41] Marcos Maselli de Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais (Rio de Janeiro: Forense, 2003), 22-23. Compreende o princípio da separação dos poderes uma vertente técnico-operacional na atribuição das funções entre os poderes orgânicos, que se traduz em uma organização construída a partir de órgãos técnicos, com estruturas, recursos e pessoas qualificados a soluções nos campos macropolíticos, superiores ao Poder Judiciário, que não dispõe de iguais subsídios.

[42] Seria considerar, por exemplo, que a política pública de fornecimento gratuito de medicamentos de dado ente federativo atua na promoção ao direito à saúde, quando encontramos que a titulares que se encontram em condições idênticas de fruir tais bens não são adjudicadas as relativas prestações pelo poder público. A promoção coletiva dos bens sociais depende da sua realização individualmente considerada.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição não pode ocupar todo o espaço jurídico, inviabilizando a expressão da soberania popular ou impondo um projeto social às próximas gerações.[43] Tampouco, em um cenário de pluralismo social e de complexidade da vida, a interpretação constitucional se restringe a um processo judicial e à corte constitucional.[44]

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

Cabe, portanto, à Administração Pública a concretização dos preceitos fundamentais, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais e limitada ao respectivo campo de discricionariedade dos atos administrativos, de forma atender as necessidades almejadas pelo grupo social.[45]

Por efeito, deve-se buscar uma justa medida entre a tutela e promoção dos bens e valores constitucionais – exercidos através da atuação da jurisdição constitucional, em especial, pela técnica do ativismo judicial – e a preservação e realização do princípio democrático – na proteção da esfera de decisão dos atos da Administração Pública.

Desta feita, no exercício do controle dos atos da Administração Pública, o Poder Judiciário deve pautar-se na legalidade – em seu sentido de juridicidade –, porém compreendendo os espaços legítimos que podem haver na tomada de decisão estatal, desde que de acordo com a própria ordem jurídico-constitucional e democrática.

O tema será visto a seguir.

4. Análise do julgamento da medida cautelar nas ADPFS 668 e 669 do Supremo Tribunal Federal

Os limites do ativismo judicial promovido pela jurisdição constitucional no que tange aos atos expedidos pela Administração Pública em proteção e promoção ao

---

43 Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 79-112. Ao contrário, o direito constitucional deve atuar no aprimoramento do processo democrático, permitindo que os cidadãos decidam os valores e bens jurídicos a serem alcançados pelo grupo social em um contexto de livre circulação de ideias e de informações.

44 Häberle, "El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma", 73.

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

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

princípio da legalidade, mas em respeito ao princípio democrático e, portanto, ao espaço legítimo de decisão dos poderes públicos, podem ser analisados à luz de dado julgamento da corte constitucional.

As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) de nº 668 e 669 foram ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade contra ato do Governo Federal, de divulgação preliminar e de contratação de campanha publicitária designada "O Brasil Não Pode Parar".

Tratava-se de medida cautelar, uma vez que vídeo preliminar circulava nas redes sociais, bem como extrato de dispensa de licitação com o objeto de prestação de serviços de comunicação digital e a justificativa de "disseminar informações de interesse público à sociedade" foi publicado no Diário Oficial, prevendo a contratação de campanha publicitária.

Os requerentes alegam violação a bens e valores constitucionais, entre os quais o direito fundamental à vida, à saúde e à informação, bem como aos princípios da Administração Pública, de moralidade, probidade, transparência e eficiência, uma vez que tal ato administrativo atua de forma contrária às medidas necessárias e globais de proteção contra a COVID-19.

Na decisão, a corte constitucional aponta dados técnico-científicos da importância das medidas de distanciamento social, que demonstram a ausência de proporcionalidade e razoabilidade daquele ato administrativo, que fulmina, também, a observância dos princípios da precaução e da prevenção, que devem ser vistos pela Administração Pública.

Explica que "O Brasil não pode parar" fulmina o previsto na Constituição Federal no seu artigo 37, §1º, de que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo desvinculado dos interesses da sociedade brasileira.

Determina que o uso de recursos públicos para tais fins, não voltados à salvar vidas, proteger a saúde e preservar a ordem e o funcionamento do sistema de saúde, traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os bens e valores constitucionais, exteriorizados nos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Adentra na análise do seu fundamento sob a alegação de que não há efetivamente uma dicotomia entre proteção à saúde da população e proteção à economia e aos empregos da mesma população, tal como vem sendo alegado, uma vez que a pandemia é global, com adoção, por quase todos os países, de medidas restritivas de isolamento e distanciamento social.

Na decisão, a corte aponta que cabe ao Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros, deferindo a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que "O Brasil Não Pode Parar".

Igualmente, veda qualquer ato administrativo que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população, bem como susta a contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim.

O Supremo Tribunal Federal *in casu* adotou uma postura de ativismo judicial, determinando a aplicação direta e imediata da Constituição, com a invalidação do ato administrativo e impondo conduta de abstenção à Administração Pública, adentrando em decisão que a rigor está dentro de uma competência legal expressa.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 determina as atribuições do Chefe do Poder Executivo, dentre as quais está a de exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração Pública Federal e sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.[46]

Em uma análise tradicional, a assertiva de que "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza"[47] poderia ser suficiente para fundamentar uma suposta legalidade do ato e um espaço de decisão legítimo do agente público.

Neste sentido, qualquer ingerência do Poder Judiciário sobre o ato administrativo representaria uma violação do princípio da separação dos poderes, por significar adentrar no âmbito da esfera de discricionariedade administrativa trazida pela norma constitucional ao atribuir competência ao chefe do Executivo.

Desta feita, por ilação haveria um limite ao controle judicial em razão do princípio da legalidade no que tange à competência da chefia do Poder Executivo de, dentro da sua discricionariedade, dar fiel cumprimento à lei e exercer a direção superior da Administração Pública – de forma legítima, de acordo com o princípio majoritário.

Porém, o princípio da legalidade corresponde à superação de uma concepção liberal de vinculação estrita a uma *lei emanada segundo as prescrições legais*, para uma visão da *juridicidade revisitada por valores materiais*, com reconhecimento de sua compatibilidade em primeiro grau à Constituição e após a conformação dada pelo legislador ordinário através da lei ou demais espécies normativas.

Abrange, ainda, como projeção do princípio democrático, a *legitimidade,* exigindo da atuação administrativa a conformidade com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida, extraída pela *participação* nos processos decisórios administrativos e pela *eficiência* mínima na realização dos interesses públicos obtidos no âmbito da deliberação com a sociedade.

Conflui na juridicidade, também, a *ilicitude* – como construção objetiva e precisa da moralidade administrativa, não como moral das intenções, de índole comum e despida de força cogente, mas como a moral dos resultados, exteriorizada no comportamento exigido do agente na consecução das finalidades colimadas pela sociedade.

---

[46] Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Octubro de 1988. Art. 84 II e IV.

[47] Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 93.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Neste viés, observa-se na decisão que a proteção da legalidade não pode se limitar à mera análise do tipo legal – ou, melhor especificando, constitucional – mas à compreensão da legalidade como normatividade ampla – incluídos os vetores de legitimidade e ilicitude –, adequando-se a um modelo de juridicidade de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O ativismo judicial promovido pelo Poder Judiciário – no exercício da jurisdição constitucional – configurará, deste modo, antes que uma violação ao princípio da legalidade – as competências do chefe do Poder Executivo –, uma concretização de sua feição de juridicidade – ao proteger os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

Assim, não houve uma substituição na tomada de decisão administrativa – com a usurpação da discricionariedade decorrente da competência constitucional da chefia do Executivo –, mas a verificação, dentro do princípio da legalidade – a partir de uma interpretação sistêmico-constitucional –, da violação à própria ordem normativa subjacente.

O caso demonstra que o ativismo judicial pode tutelar e promover o princípio da legalidade – em seu sentido de juridicidade – mediante a salvaguarda dos bens e valores constitucionais, sem que busque substituir a Administração Pública no que tange à tomada de decisão a partir de sua discricionariedade e capacidade institucionais.

Conclusão

Com o amplo processo de constitucionalização das matérias políticas e sociais promovido pela redemocratização, a ampliação das garantias e competências do Poder Judiciário, e a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, há uma crescente judicialização das questões da vida, que passa a ser decidida pelas cortes.

Neste sentido, a adoção da técnica de ativismo judicial acaba por tornar-se crescente diante dos limites de atuação e legitimidades dos demais poderes públicos, bem como do protagonismo judicial que assumem as cortes, deslocando o debate de diversas questões da deliberação pública para o processo judicial.

Inúmeras e justas são as possíveis críticas ao ativismo judicial e os excessos promovidos quanto ao deslocamento, também, do processo de tomada de decisão dos agentes eleitos para o Poder Judiciário, resultando, na tensão entre constitucionalismo e democracia, um estreitamento do processo deliberativo que não contribui para a ampliação da cidadania e responsabilidade.

Não obstante, em um modelo marcado pela falta de efetividade dos bens e valores constitucionais e pelos comuns desrespeitos, pelos poderes públicos, às escolhas políticas fundamentais consagradas na Carta Magna, o ativismo judicial pode assumir importante papel no que tange à limitação ao arbítrio e a concretização do pacto constitucional de justiça social.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

O princípio da legalidade acaba por assumir um papel relevante no que tange à garantia da concretização do princípio republicano e sua técnica de independência e harmonia dos poderes, ao ser o fundamento e limite do controle recíproco entre os poderes na garantia de respeito à ordem jurídica e não ingerência ordinária no exercício do poder.

Contudo, o princípio da legalidade não pode ser tido em concepção literal ou positiva que o limite à previsão do texto legal, sob pena de desconsiderar as normas-princípios, bem como os bens e valores constitucionais que compõe a normatividade da ordem jurídico-constitucional que deve ser observada pelos poderes públicos.

No ativismo judicial, ao exercer seu papel de corte constitucional o Poder Judiciário deve proteger o princípio da legalidade identificada como uma normatividade ampla, que se reveste de valores como legitimidade e juridicidade, impondo o respeito a todos os vetores que compõem o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Por efeito, não haverá violação do Princípio da Separação dos Poderes, atentando contra a independência dos poderes públicos, mas a sua concretização, por impor nos *checks and balances* a observância à produção normativa subjacente à sua atuação, em resguardo à ordem constitucional e política traduzida nas escolhas fundamentais veiculadas na carta magna.

Assim como o ativismo judicial pelo Poder Judiciário não pode representar ou substituir os demais poderes no exercício de suas funções, igualmente a discricionariedade administrativa ou a conformação legislativa não podem representar um "cheque em branco", com desrespeito à ordem jurídica global com epicentro na Constituição Federal.

Apesar de a campanha do caso estudado se chamar "O Brasil Não Pode Parar", em um Estado Republicano marcado pela existência de instituições livres e independentes, mas igualmente sujeitas à harmonia e controles recíprocos, o Poder Judiciário e o ativismo judicial devem ser capazes de obstar atos que atentem contra a Constituição Federal e seus valores.

Referências

Barcellos, Ana Paula de. "Papeis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação". *RDE* 3, n.º 12 (2008): 82-84.

Barroso, Luís Roberto. "A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil". Em *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil: Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso,* editado por Luís Roberto Barroso, 790. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Barroso, Luís Roberto. "O Reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil". *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, n.º 17 – jan./jun. (2011): 105-138.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Baptista, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Bobbio, Norberto, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

Da Costa Moura, Emerson Affonso. "Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais, *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC* 77 (2011): 131-184.

Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad* técnica. Madrid: Civitas, 1997.

Dias Pereira da Silva, Pascoal, Manuel Vasco. *Em busca do acto administrativo perdido.* Coimbra: Almedina, 1996.

Dimoulis, Dimitri e Soraya Gasparetto Lunardi. "Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade". Em *As novas faces do ativismo judicial*, editado por André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Grotti de Paula e Marcelo Novelino, 460-464. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

Faoro, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Editora Globo, 2000.

Fernandes Campilongo, Celso. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Freyre, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Galacci, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.

Garapon, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas.* Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

Gomes Canotilho, José Joaquín. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

Gouvêa, Marcos Maselli de. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Guastini, Riccardo. "A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana". Em *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, editado por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, 204-225. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Habermas, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Häberle, Peter. "El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma". Em *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, editado por Peter Häberle, 113-139. Ciudad de México: Porrúa, 2005.

Hart Ely, John. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2011.

Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Mancuso, Wagner Pralon. *O lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexiones sobre os limites e controle da discricionariedade.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Nunes, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

Oliveira Souza, Fábio Corrêa de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalidade do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Otero, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

Plá Coelho, Rosa Júlia. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais.* Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

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

Rawls, John. *Uma teoria de justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008.

Ribas Vieira, José, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva. "O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*". Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos* (2009): 44-45.

Sarmento, Daniel, e Cláudio Pereira Souza Neto. *Fundamentos teóricos e aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Souza Neto, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Río de Janeiro: Renovar, 2006.

Souza Neto, Cláudio Pereira. "Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática". Em Filosofia e teoria constitucional contemporânea, editado por Daniel Sarmento, 58-63. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Vilhena Vieira, Oscar. *Supremocracia*. *Revista de Direito GV*, jul./dez. (2008): 441-463.

Vital, Moreira. "Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional". *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Zanella Di Pietro, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/