



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## Legalismo autocrático na Administração Pública e o controle pelo Poder Judiciário

*Autocratic legalism in Public Administration and its control by the Judiciary*

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

**Resumo:** O artigo trata do papel do Poder Judiciário no controle do legalismo autocrático na Administração Pública, visando delimitar as balizas dessa intervenção judicial. Para tanto, caracteriza o legalismo autocrático como fenômeno em que agentes públicos procuram deliberadamente corroer instituições e mecanismos de *accountability* através de atos aparentemente legítimos, porém materialmente incompatíveis com os princípios do constitucionalismo democrático. Na sequência, analisa o precedente do Supremo Tribunal Federal na ADFP nº 622/DF, que empregou o conceito de legalismo autocrático para suspender um ato do Presidente da República que inviabilizava a participação da sociedade civil no Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA). Também aborda a (in)suficiência das teorias tradicionais de controle dos atos administrativos e a necessidade de uma releitura do princípio da legalidade em prol da ideia de juridicidade. Ao final, defende-se que a intervenção do Judiciário seja deferente e tenha lugar quando constatado que as consequências da medida fomentem a concentração do poder em torno de uma ideologia política em prejuízo do pluralismo político, dos mecanismos de *accountability* e dos valores democráticos.

**Palavras-Chave:** Legalismo autocrático; constitucionalismo abusivo; discricionariedade; juridicidade; *accountability*.

**Abstract:** The article examines the role of the Judiciary in controlling autocratic legalism in Public Administration. To this end, it characterizes autocratic legalism as a phenomenon in which public agents deliberately seek to erode democratic institutions and accountability mechanisms through apparently legitimate administrative acts. Then, it examines the precedent of the Federal Supreme Court in ADFP nº 622 / DF, which has used the concept of autocratic legalism to suspend an act of the President of the Republic that prevented civil society's participation in the National Council for Children and Teenagers (CONANDA). Finally, it demonstrates the insufficiency of traditional theories of judiciary control over Public Administration and the need for a re-reading of the principle of legality in favor of the idea of juricity as a necessary condition for the judicial control of autocratic legalism in Public Administration.

**Keywords:** Autocratic legalism; abusive constitutionalism; discricionarity; juridicity; *accountability*.

**Disponível na URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8n2p112-135>

## LEGALISMO AUTOCRÁTICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Autoritarismo e legalismo autocrático; 3 Legalismo autocrático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: O Caso CONANDA; 4 O controle do legalismo autocrático na Administração Pública; 4.1 A insuficiência das teorias tradicionais de controle judicial dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; 4.2 A vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade; 4.3 A intensidade do controle judicial sobre a Administração Pública; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.*

### 1. Introdução

A eleição de governantes populistas com discursos autoritários em diversos países trouxe consigo novas preocupações relacionadas à preservação do constitucionalismo democrático. Na esteira dessas eleições, verificou-se uma tendência à implementação de medidas autoritárias, vocacionadas ao enfraquecimento dos mecanismos de *accountability* concebidos para restringir a sua atuação; porém sempre sob uma aparência de legalidade/legitimidade. A doutrina convencionou chamar o fenômeno de legalismo autocrático ou constitucionalismo abusivo, nesse último caso quando a estratégia ocorre através de alterações constitucionais.

Com a disseminação dessas práticas autoritárias, surge a questão de saber qual papel do Poder Judiciário em face dessas medidas aparentemente legítimas e materialmente atentatórias ao regime democrático; se cabe ao Poder Judiciário intervir sobre o mérito do exercício autoritário de competências discricionárias do Chefe do Poder Executivo; se as teorias clássicas de controle jurisdicional do ato administrativo são suficientes para tanto e, ainda, quais seriam os fundamentos e balizas que legitimariam essa intervenção judicial.

O presente artigo procura responder a esses questionamentos no âmbito de um objetivo mais abrangente, de traçar, em linhas gerais, as balizas para o controle jurisdicional do legalismo autocrático na Administração Pública.

Para tanto, em um primeiro momento, procura-se caracterizar o legalismo autocrático e as suas manifestações, dentro de um fenômeno mais abrangente, de

---

\* *Doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN). Advogado com atuação em contratações públicas, direito da infraestrutura e regulatório. Autor do livro "Oportunidades de Negócio na Lei das Estatais: as parcerias e outras formas associativas entre empresas estatais e empresas privadas" (Lumen Juris, 2019).*

disseminação do autoritarismo e ascensão de líderes autoritários. Na sequência, será examinado um exemplo de legalismo autocrático na Administração Pública brasileira e a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal para a sua contenção. Por fim, o artigo procura avaliar a adequação das teorias clássicas de controle dos atos administrativos e a eventual necessidade de uma releitura do princípio da legalidade que permita um controle judicial mais intenso sobre a atividade administrativa, ao menos quando necessário à preservação do constitucionalismo democrático.

## 2. Autoritarismo e Legalismo Autocrático

O mundo vivencia um novo momento de desafio para as democracias liberais que se consolidaram na segunda metade do Século XX. Ao longo da década de 2010, disseminaram-se em nível global ideologias extremistas que não raro acabaram canalizadas por figuras que se autointitulam outsiders da política tradicional. Em países com democracias liberais tradicionais, líderes carismáticos, de direita e de esquerda, ascenderam ao poder com discursos abertamente antidemocráticos, propagando o fracasso das instituições políticas tradicionais e a necessidade de instauração de uma “nova política” para a defesa dos interesses da coletividade, mas que tem em comum o viés autoritário.

Independentemente da corrente política, todo autoritarismo inclina-se ao enfraquecimento do pluralismo político. Autoritários não admitem o diálogo aberto, o debate de ideias, a convivência com a divergência e a competição pelos processos democráticos.<sup>1</sup> É, portanto, natural que as lideranças autoritárias floresçam a partir de momentos de tensão entre as diferenças e busquem eliminar essas diferenças com medidas autoritárias normalmente contra minoritárias, embora não necessariamente de forma violenta.

Pela sua essência refratária às diferenças, o autoritarismo, tal como caracterizado por Karen Stenner e Jonathan Haidt (2018, p. 184), “inclina a pessoa para diversas atitudes e comportamentos relacionados com a estruturação da sociedade e das interações sociais de maneiras que aumentem a uniformidade e minimizem a diversidade das pessoas, crenças e comportamentos. Isso tende a produzir uma gama característica de posturas funcionalmente relacionadas, todas voltadas para glorificar, encorajar e recompensar a uniformidade e depreciar, suprimir e punir as diferenças”<sup>2</sup>.

---

1 É a ponderação de David Prendergast (2019, p. 261):

“Populists think they have a mandate to reinvent democratic processes. They are aspirant democratic fundamentalists, but their endeavor is undemocratic because they fail to acknowledge how democracy is an ongoing process of contestation and competition, both in terms of the shape of a working democracy itself and in the substantive political policy enacted via democratic legislative processes. Democracy is about future political competition as well as present popular participation; as Mudde and Kaltwasser observe, populism emphasizes present popular participation, but tends to close down public contestation”.

2 No original: “inclines one toward attitudes and behaviors variously concerned with structuring society and social interactions in ways that enhance sameness and minimize diversity of people, beliefs, and

As razões subjacentes ao afloramento de correntes autoritárias ainda são bastante nebulosas. A história moderna demonstra que o discurso populista, não raro permeado com apelos nacionalistas e xenófobos, é especialmente sedutor em tempos de recessão econômica, quando a população está mais suscetível a correntes extremistas, que apontem os culpados pelo déficit de serviços públicos, inflação, desemprego e outras mazelas sociais. A polarização política, fruto do ressurgimento de antigas divergências ideológicas, raciais e religiosas, tampouco pode ser desconsiderada como um campo fértil ao autoritarismo.<sup>3</sup>

Kim Scheppele (2018, p. 579/580) destaca como um ponto de consenso que a derrocada do constitucionalismo e do liberalismo veio acompanhada de fenômenos como a radicalização da polarização política, péssimas escolhas eleitorais, a inabilidade do sistema político-partidário em lidar com mudanças nas preferências dos eleitores, a resistência da política econômica à rotatividade eleitoral, efeitos colaterais de crises econômicas, a politização do judiciário, acordos espúrios entre elites políticas, etc. Todos esses fatores encontrados onde o autoritarismo vem prevalecendo que, embora não sejam necessariamente as suas causas.

Segue-se que, em praticamente todas as democracias ocidentais a ascensão de lideranças autoritárias se deu pelo voto de protesto de uma maioria da população indignada com o atual estado de coisas e convencida de que o caminho para o enfrentamento dos problemas que a política tradicional não logrou resolver passava pelo fortalecimento de alguma corrente política alternativa, normalmente mais autoritária. Na maioria dos casos, não houve a ruptura da ordem democrática, mas um movimento de indignação coletiva pautado na polarização de correntes políticas e canalizado pelas vias democráticas em figuras carismáticas que se apresentam como a antítese do *establishment* político.

Assim é que, imbuídos pela legitimidade das urnas, líderes populistas com discursos antidemocráticos se arvoram como defensores da democracia e do interesse da coletividade. Conforme a observação de Kim Scheppele (2018, p. 548), “O majoritarismo intolerante e a aclimatação plebiscitária de líderes carismáticos agora se

---

behaviors. It tends to produce a characteristic array of functionally related stances, all of which gave the effect of glorifying, encouraging and rewarding uniformity and disparaging, suppressing, and punishing difference”.

3 Por um sentido inverso, há quem elenque a polarização política como uma consequência decorrente da tomada dos líderes carismáticos. Para Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 79), “a ascensão inicial de um demagogo ao poder tende a polarizar a sociedade, criando uma atmosfera de pânico, hostilidade e desconfiança mútua. As palavras ameaçadoras do novo líder têm um efeito bumerangue. Se a mídia se sente ameaçada, pode abandonar o comedimento e padrões profissionais, num esforço desesperado para enfraquecer o governo. E a oposição pode concluir que, pelo bem do país, o governo tem que ser afastado através de medidas extremas – impeachment, manifestações de massa, até mesmo golpe”.

disfarçam de democracia, liderados por novos autocratas que chegaram ao poder por meio de eleições e depois traduziram suas vitórias em constitucionalismo liberal”.<sup>4</sup>

O projeto autoritário não se ateve ao plano dos discursos. Tão longo ascenderam ao poder, os líderes carismáticos que capitaneavam essas correntes ditas alternativas passaram a implementar uma série de medidas formalmente adequadas ao ordenamento jurídico positivo, porém materialmente voltadas ao enfraquecimento das instituições tradicionalmente vocacionadas à contenção do abuso do poder por parte de agentes políticos e, em especial, por parte do Chefe do Poder Executivo.

Como dito, não se trata de uma ruptura explícita com o constitucionalismo democrático, mas de uma infiltração sutil do âmago nas instituições. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 81) destacam que “as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, ‘limpar’ as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional”.

Com efeito, a estratégia de tomada do poder por intermédio das instituições não é nova, mas quanto aos meios empregados, ao menos no contexto latino-americano. Diferentemente dos golpes de estado violentos que marcaram o Século XX, agora, as lideranças carismáticas se valem de suas próprias competências para minar, de dentro para fora, as instituições que amoldam as bases de um regime democrático. Ainda acordo com Kim Scheppele (2018, p. 562), “Quando mandatos eleitorais e mudanças legais e constitucionais são usados a serviço de uma agenda iliberal, eu chamo esse fenômeno de legalismo autocrático” e prossegue na caracterização do fenômeno do legalismo autocrático:

Ao invés de operar no mundo do liberalismo, os legalistas autocráticos operam no mundo do legalismo. O constitucionalismo liberal e democrático, como uma teoria político-normativa, está comprometido com a proteção dos direitos, com a contenção do poder, com a defesa do Estado de Direito e com os valores liberais da tolerância, pluralismo e igualdade. Em contraste, os reclamos do legalismo são simplesmente formais: o direito atende um padrão positivista de promulgação como uma questão técnica quando segue as regras estabelecidas, sem observar o conteúdo ou o compromisso axiológico dessas regras. Quando a legalidade mina o constitucionalismo, é porque os valores subjacentes às novas leis se sobrepuseram aos valores

---

4 No original: “Intolerant majoritarianism and plebiscitary acclimation of charismatic leaders are now masquerading as democracy, led by new autocrats who first came to power through elections and then translated their victories into illiberal constitutionalism”.

do constitucionalismo e não o contrário, como o próprio constitucionalismo exige.<sup>5</sup>

O objetivo desse processo autofágico não é outro senão sabotar o sistema de freios e contrapesos e a alternância de governantes que garantem a manutenção da democracia, em prol de um projeto de concentração e perpetuação no poder. Daí porque, segundo Schepelle (2018, p. 548), “Ao atacar as bases de uma ordem constitucional usando métodos possibilitados por essa mesma ordem, os novos iliberais até podem ser aplaudidos pelas multidões adadoras que almejam mudança, mas essas mesmas multidões acharão esses iliberais impossíveis de remover, uma vez que destruíram o sistema constitucional que poderia ter mantido seu controle democrático no longo prazo”.<sup>6</sup>

O constitucionalismo democrático, ainda segundo Schepelle (2018, p. 557), é um sistema que resolve tensões entre democracia e constitucionalismo trazendo para dentro do constitucionalismo a necessidade de uma democracia autossustentável, onde o povo continue elegendo seus governantes periodicamente, exigindo prestação de contas e mudando os governantes, quando estes decepcionarem. Logo, é natural que as estratégias autoritárias passem, necessariamente, pelo enfraquecimento das instituições democráticas que asseguram o pluralismo político e garantem a alternância e controle dos governantes.<sup>7</sup>

---

5 No original: “When electoral mandates plus constitutional and legal change are used in the service of an illiberal agenda, I call this phenomenon autocratic legalism. Instead of operating in the world of liberalism, then, autocratic legalists operate in the world of legalism. Liberal, democratic constitutionalism as a normative political theory is committed to the protection of rights, to checked power, to the defense of the rule of law, and to liberal values of toleration, pluralism, and equality. By contrast, legalism’s requirements are simply formal: law meets a positivist standard for enactment as a technical matter when it follows the rules laid down, regardless of the content or value commitments of those laws. When legality undermines constitutionalism, it is because the values of the new laws have superseded the values of constitutionalism rather than the other way around, as constitutionalism itself requires”.

6 No original: “By attacking the very basis of a constitutional order while using the methods made possible by that constitutional order, the new illiberals may be cheered on at first by the adulating crowds who sought change, but those same crowds will find these illiberals impossible to remove once they have destroyed the constitutional system that could have maintained their democratic accountability over the long run”.

7 Diz constitucionalismo abusivo, quando esse fenômeno de enfraquecimento das instituições da democracia liberal descamba para a alteração do texto constitucional. Nas palavras de David Landau (2013, p. 212), “In short, constitutional change needs to be viewed as a core part of modern authoritarian projects. Powerful individuals or groups can abuse constitution-making to create constitutional orders in which they face few constraints on their power and in which they will be difficult or impossible to dislodge. This new construction of formal rules works in tandem with informal norms such as bribery and harassment within competitive authoritarian regimes”.

A rigor, a ofensiva contra a Constituição que caracteriza o constitucionalismo abusivo pode ser considerada um caminho natural do projeto autoritário deflagrado por meio de práticas que características do legalismo autocrático. É a ponderação de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 90): “Autoritários em busca de consolidar seu poder com frequência reformam a Constituição, o sistema eleitoral e outras instituições de maneiras que prejudiquem ou enfraqueçam a oposição, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra os rivais. Essas reformas são muitas vezes levadas a cabo sob pretexto de algum benefício público, mas, na realidade, estão marcando as cartas do baralho em favor dos poderes

No mais das vezes, quando bem-sucedido, esse conjunto de medidas autoritárias acaba por degenerar o constitucionalismo democrático em puro majoritarismo, onde os direitos fundamentais das minorias simplesmente não são reconhecidos e a autoridade conferida aos governantes por uma maioria de ocasião acaba se tornando estanque, em prol da manutenção do poder independente da perda da base eleitoral (SCHEPPELE, 2018, p. 570).

Com efeito, uma das características centrais do constitucionalismo democrático é a sujeição dos governantes ao *accountability* – expressão plurissignificativa que designa um conjunto de mecanismos de controle e a prestação de contas dos governantes. Na definição de Francis Fukuyama (2015, p. 12), “o *accountability* democrático procura assegurar que o governo haja no interesse de toda a comunidade, ao invés de simplesmente no interesse próprio dos governantes. Isso normalmente é alcançado por meio de procedimentos tais como eleições multipartidárias livres e justas, embora o *accountability* procedimental nem sempre coincida com o *accountability* substancial”.<sup>8</sup>

Estefânia Barboza e Ilton Robl Filho (2018, p. 94) destacam que o *accountability* possui uma dimensão vertical, que diz respeito à responsividade das autoridades perante a sociedade civil, e outra dimensão horizontal, que se refere-se à responsividade dessas autoridades perante outras instituições do Estado. É em face das pessoas e organizações que integram a sociedade civil (dimensão vertical) ou de outras instituições que integram o sistema de freios e contrapesos do aparato estatal (dimensão horizontal), que, regra geral, os governantes devem prestar contas e serem sancionados em razão de seus atos.<sup>9</sup>

Os autocratas legalistas e adeptos do constitucionalismo abusivo atuam sobre essas duas dimensões. Em razão do papel central que exercem no regime democrático, é usual que os órgãos e entidades que asseguram a *accountability* dos governantes sejam os primeiros alvos de autocratas legalistas operando sob o manto de uma legalidade aparente. Como é usual, também aqui os autocratas legalistas agem no exercício de competências que lhes são asseguradas por lei ou pela Constituição, canalizando estas competências para o aparelhamento ou mesmo da extinção das entidades que integram o sistema de *accountability* horizontal ou, ainda, para limitar

---

estabelecidos. E, por envolverem mudanças legais e mesmo constitucionais, permitem que os autocratas consolidem essas vantagens durante anos ou mesmo décadas”.

8 No original: “democratic accountability seeks to ensure that government acts in the interests of the whole community, rather than simply in the self-interest of the rulers. It is usually achieved through procedures such as free and fair multiparty elections, though procedural accountability is not always coincident with substantive accountability”.

9 Inclusive, para Fabrício Tomio e Ilton Robl Filho (2013, p. 31), “O aspecto da coação é importante para estabelecer uma relação de accountability forte ou plena. Não basta os agentes apresentarem e justificarem suas ações, devem também poder ser sancionados por não concretizar os interesses do mandante e por descumprir normas legais e constitucionais. A ausência da sanção constrói uma forma fraca de accountability”.

a atuação do *accountability* vertical. O objetivo segue sendo a perpetuação e a concentração do poder em detrimento do pluralismo democrático.

“Como identificar um autocrata legalista?” é a pergunta proposta por Kim Scheppele. É a própria autora quem sugere um caminho, dizendo que, em primeiro lugar, é preciso suspeitar dos governantes democraticamente eleitos quando estes deflagram um ataque concertado e bem estruturado contra as instituições que têm a função de contrabalançar esse governante ou contra as regras que asseguram a sua responsabilização, ainda que esse ataque se dê sob o pálio das suas competências legais e constitucionais (SCHEPPELE, 2018, p. 549).

O Brasil ainda não se encontra num estágio de legalismo autocrático amplamente disseminado ou constitucionalismo abusivo de cunho estrutural. O que se observa no nosso contexto nacional, segundo Estefânia Queiroz Barboza e Ilton Robl Filho (2018, p. 96) são dificuldades decorrentes de um modelo hiperpresidencialista, bem como a “utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 contra aspectos do Estado Democrático de Direito. Assim se observa um constitucionalismo abusivo episódico, mas preocupante especialmente em razão da ocorrência de dois impeachments em 30 anos”.

Em todos os casos, como é notório, o legalismo autocrático não pode ser examinado pura e simplesmente sob uma perspectiva estritamente formal e legalista. Mesmo no plano constitucional, essa avaliação deve ser empreendida à luz do constitucionalismo democrático, eis que, ainda conforme o alerta, de Estefânia Queiroz Barboza e Ilton Robl Filho (2018, p. 94), “o emprego de instrumentos previstos no direito constitucional positivo muitas vezes camufla a violação da estrutura das democracias constitucionais”. É preciso, portanto, identificar a finalidade subjacente aos atos formalmente lícitos praticados pelos governantes, a fim de se verificar as estratégias voltadas ao enfraquecimento das instituições democráticas, em especial daquelas que asseguram o *accountability* dos governantes em sua dupla dimensão.

### **3. Legalismo autocrático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: o caso CONANDA**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é permeada de casos em que se fez necessária sua intervenção para conter medidas autoritárias perpetradas por autoridades públicas no exercício de competências formalmente lícitas, porém materialmente contrárias aos princípios da democracia liberal. Todavia, até o momento, há um único caso em que o Supremo lançou mão dos conceitos de constitucionalismo abusivo e legalismo autocrático como fundamentos para a contenção do autoritarismo oriundo do Poder Executivo. Trata-se da decisão liminar proferida na Medida Cautelar na ADPF nº 622/DF.

A questão de fundo gira em torno da edição do Decreto Federal nº 10.003/2019 pelo Presidente da República, que destituiu imotivadamente e durante os mandatos



todos os membros do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), reduziu de quatorze para nove o número de representantes das organizações da sociedade civil, afastou a possibilidade dessas entidades indicarem seus representantes e atribuiu voto de qualidade ao Presidente do colegiado, que também passou a ser nomeado pelo Presidente da República.

O CONANDA é um órgão colegiado atualmente vinculado ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, até então composto de forma paritária por representantes do Governo e de segmentos da sociedade, estes últimos indicados por organizações não governamentais. O órgão é previsto no artigo 88 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>10</sup> e foi criado pela Lei nº 8.242/1992, tendo como principais atribuições a elaboração da política nacional de atendimento às crianças e adolescentes, a fiscalização da sua execução e gestão do Fundo Nacional da Criança e do Adolescente.

Enquanto órgão deliberativo de regulação de políticas públicas voltadas à criança e adolescente, o CONANDA constitui um importante mecanismo de *accountability* do Poder Executivo. É curioso notar que o CONANDA congrega elementos de *accountability* horizontal, como órgão integrante da Administração Pública federal, e de *accountability* vertical, como colegiado paritário integrado por representantes da sociedade civil indicados por organizações não governamentais.

A competência do Presidente da República para regulamentar mediante decreto a organização a funcionamento da Administração Pública federal é prevista no inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal e insere-se dentre as atribuições inerentes ao cargo de Chefe do Poder Executivo. O ponto é que o Decreto Federal nº 10.003/2019, no que destituiu todos os membros do CONANDA e manipulou a sua composição imotivadamente, não teve outra finalidade senão reduzir a autonomia e promover o aparelhamento do órgão a fim de adequá-lo a ideologia política do governo.

A autonomia é um elemento central para a efetividade de qualquer instituição que se propõe a exercer um papel de *accountability* horizontal. Guillermo O'Donnell (1998, p. 42) registra que “para que o *accountability* horizontal seja efetivo deve haver agências estatais autorizadas e dispostas a supervisionar, controlar, retificar e/ou punir ações ilícitas de autoridades localizadas em outras agências estatais. As primeiras devem ter não apenas autoridade legal para assim proceder, mas também, de facto, autonomia suficiente com respeito às últimas”.

Destarte, ao reduzir a autonomia do CONANDA, o Presidente da República automaticamente enfraquece o *accountability* horizontal a que se sujeita no tocante à

---

10 Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: [...]

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

execução da política nacional de atendimento à criança e adolescente. A medida é formalmente lícita, porque editada dentro das competências do Chefe do Executivo; porém materialmente contrária aos valores que empolgam o constitucionalismo democrático, já que voltada ao enfraquecimento de um mecanismo de *accountability*. Nesses termos, o Decreto Federal nº 10.003/2019 enquadra-se perfeitamente no conceito de legalismo autocrático.

Foi nesse contexto que a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADPF nº 622/DF, com pedido de medida cautelar para a suspensão do Decreto Federal nº 10.003/2019, sob o fundamento de que o mesmo havia esvaziado a participação da sociedade civil no CONANDA, em violação aos princípios da democracia participativa, igualdade, segurança jurídica e vedação ao retrocesso social. Ao Presidência da República, ao seu turno, argumentou que o Decreto inseria-se no âmbito da competência discricionária do Presidente da República para a organização da Administração Pública federal.

Em juízo monocrático, o Ministro Roberto Barroso qualificou a medida como um caso de constitucionalismo abusivo, ante a violação de princípios democráticos mediante o exercício de competências aparentemente válidas do ponto de vista formal, porém materialmente antidemocráticas. Por esse fundamento, deferiu a suspensão cautelar de parte do Decreto Federal nº 10.003/2019, restabelecendo o mandato dos antigos conselheiros, a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil, a realização de reuniões mensais, o custeio do deslocamento até Brasília e a eleição do Presidente do colegiado por seus pares.<sup>1112</sup>

Ainda, três premissas adotadas no inteiro teor da decisão merecem destaque sob a perspectiva do controle jurisdicional do constitucionalismo abusivo e legalismo autocrático:

**D)** Na atualidade, as maiores ameaças à democracia são medidas pontuais levadas a efeito sob uma aparente legalidade que vão progressivamente corroendo o regime democrático através do

---

11 É interessante notar que a ementa da decisão fornece um conceito de constitucionalismo abusivo, que a rigor acaba se confundindo com o fenômeno do legalismo autocrático, tal como caracterizado doutrinariamente:

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO Nº 10.003/2019. COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. Importância de evitar os riscos do constitucionalismo abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação. Instrumento associado, na ordem internacional, ao retrocesso democrático e à violação a direitos fundamentais.

2. A estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionárias do Chefe do Executivo federal. Entretanto, essa competência encontra limites na Constituição e nas leis e deve respeitá-las. [...]

12 A decisão foi recentemente confirmada no plenário do Supremo Tribunal Federal por dez votos a um, vencido o Ministro Marco Aurélio. O acórdão ainda não havia sido publicado até a conclusão deste artigo.

enfraquecimento dos demais poderes; da captura de outros órgãos e instituições de controle; do combate a organizações da sociedade civil; da rejeição de discursos protetivos a direitos fundamentais, em especial das minorias; e do ataque à imprensa. Ainda, “A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo” (STF, 2019, p. 11).

**II)** A competência discricionária do Presidente da República encontra limites na exigência constitucional e legal de participação da sociedade civil na formulação e controle de políticas públicas, sendo que “as medidas promovidas pelo Decreto 10.003/2019 acabam por conferir ao Executivo o controle da sua composição e das suas decisões, o que o neutraliza como instância crítica de controle” (STF, 2019, p. 11).

**III)** “Nessas circunstâncias, cabe ao Supremo Tribunal Federal, na condição de corte de mais alta hierarquia em matéria constitucional, a proteção do adequado funcionamento da democracia, bem como a tutela a direitos fundamentais, sendo de se destacar que a presente decisão visa a assegurar a participação da sociedade civil no processo decisório estatal” (STF, 2019, p. 11).

Como se vê, a decisão não teve apenas o mérito de reconhecer que as competências discricionárias do Presidente da República, ainda que formalmente válidas, não podem ser exercidas em prejuízo do regime democrático e dos direitos fundamentais, como também assentou um conceito jurisprudencial de constitucionalismo abusivo e reconheceu que, nessas situações, cumpre ao Supremo Tribunal Federal intervir para a “proteção do adequado funcionamento da democracia, bem como a tutela a direitos fundamentais”.

A importância do precedente transcende em muito o caso concreto em matéria de proteção ao regime democrático e aos direitos fundamentais. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, mesmo as competências amplamente discricionárias dos governantes são passíveis de controle jurisdicional quando exercidas em descompasso com os princípios do constitucionalismo democrático e contra as instituições e mecanismos de *accountability* incumbidas da fiscalização e controle, ou seja, quando configuradas os casos de constitucionalismo abusivo e legalismo autocrático.<sup>13</sup>

---

13 A rigor, a preservação da democracia constitucional passa necessariamente pela proteção dos mecanismos de *accountability* e vice-versa. Para Kim Scheppelle (2018, p. 564), “To maintain liberal, democratic constitutionalism, however, a constitutional system must be able to separate the rules of the game from the game, so constitutional structures themselves must be protected outside the playing field of normal politics. There are many ways to do this – for example, creating high-bar amendment rules for

## 4. O controle judicial do legalismo autocrático na Administração Pública

### 4.1. A insuficiência das teorias tradicionais de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário

O posicionamento firmado no Caso CONANDA reflete, em boa medida, uma nova percepção do papel da sociedade civil, dos órgãos colegiados de políticas públicas e do próprio Poder Judiciário no controle de atos governamentais. Mais do que um empoderamento das instituições, o precedente reforça a ideia de que os princípios fundantes da Constituição Federal vinculam a todos indistintamente e incidem diretamente sobre todas as competências estatais, inclusive aquelas mais abrangentes e de caráter político. Nesse ponto, o precedente assume uma premissa inovadora, ao menos à luz da dogmática administrativista que se assentou ao longo do Século XX.

Com efeito, o exercício da função administrativa é tradicionalmente caracterizado a partir do princípio da legalidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Nessa concepção, o princípio da legalidade confunde-se com a própria noção de Administração Pública, tal como na conhecida fórmula de Miguel Seabra Fagundes (1957, p. 17: “Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente)”. Em suma, é por força desse princípio que se diz, parafraseando Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 103), que “a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

Por essa linha afeta ao princípio da legalidade, é inadmissível que a Administração edite regulamentos, conceda autorizações, formalize contratos ou pratique quaisquer outros atos sob sua alçada sem respaldo legal, uma vez que a função administrativa se desenvolve a partir de competências previamente definidas pelo legislador com maior ou menor grau de generalidade e abstração. Tampouco se concebe que a Administração renuncie à aplicação da lei quando confrontada com situação

---

constitutions, entrenching strong forms of judicial review,<sup>61</sup> or nurturing a political culture that keeps politics within bounds”.

E o Supremo Tribunal Federal assume um papel determinante na preservação desses mecanismos de accountability e, conseqüentemente, do próprio constitucionalismo democrático. Como ensina Guillermo O’Donnell (1998, p. 43), “A accountability horizontal efetiva não é o produto de agências isoladas, mas de redes de agências que têm em seu cume, porque é ali que o sistema constitucional ‘se fecha’ mediante decisões últimas, tribunais (incluindo os mais elevados) comprometidos com essa accountability”.

O problema é que a própria atuação das Cortes Supremas em prol da democracia constitucional encontra limites na medida em que os governantes buscam aparelhá-las com a nomeação de juízes mais sensíveis a pautas autoritárias. É a advertência de Kim Scheppelle (2018., p. 563), para quem “The cure for laws that violate constitutional values is to nullify them as unconstitutional, which is one reason why some of the autocratic legalists begin their power grabs by disabling constitutional courts”. Daí porque, no caso brasileiro é fundamental que o Senado Federal exerça um controle efetivo sobre as nomeações ao Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência prevista no parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal.

que se subsume a uma dada hipótese de incidência normativa. A observância à legalidade estrita é imperativa – um poder-dever normalmente exercido sem atenção ao texto constitucional.

A caracterização da função administrativa como atividade infralegal encontra seu contraponto na noção de “discricionariedade administrativa”, que é a margem de liberdade conferida explícita ou implicitamente pela lei ao administrador, a fim de que este opte pela alternativa que entender mais adequada à persecução do interesse público, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade (mérito do ato administrativo).<sup>14</sup> O mérito do ato administrativo seria, portanto, um campo de apreciação subjetiva assegurado por Lei ao administrador, cujos limites são aqueles formalmente estabelecidos nessa mesma Lei.

A partir dessas premissas, boa parte da doutrina administrativista defende que esse campo de liberdade afeto ao mérito do ato administrativo não seria passível de controle pelo Poder Judiciário. Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 160), “desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa situação”. Veja-se, ainda, o escólio clássico de José Cretella Júnior (2001, p. 248):

Finalizando, deve-se acentuar que o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide, só e só, nos aspectos da ilegalidade e do abuso de poder das autoridades, ficando fora, totalmente, daquele controle o terreno do mérito do ato administrativo, imune à apreciação do Poder Judiciário, precisamente por tratar-se da discricionariedade administrativa, campo reservado à Administração, único juiz da oportunidade e conveniência das medidas a serem tomadas, mas interdito a qualquer ingerência de outros Poderes.

É bem verdade que a doutrina da intangibilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário jamais significou que o Poder Judiciário não poderia controlar as competências discricionárias ou que esse controle fosse limitado a aspectos meramente formais. Mesmo a doutrina administrativista tradicional sempre admitiu que as competências discricionárias poderiam ser objeto de controle jurisdicional quanto aos seus motivos determinantes e à sua finalidade. Isso porque, sob essa perspectiva, tanto a motivação inverídica ou inidônea, quanto o desvio de finalidade (desvio de poder), seriam vícios afetos à legalidade do ato administrativo, ou seja,

---

14 A rigor, a noção de discricionariedade é anterior ao Estado de Direito, como anota Binenbojm (2014, p. 329):

“A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório externo ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na ideia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a ideia de legalidade, como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta pelo legislador ao administrador público”.

vícios que decorrem de uma violação à regra que atribui determinada competência discricionária à Administração Pública.

Assim, pela teoria dos motivos determinantes, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 415), “a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato”. Já pela teoria do desvio de finalidade, ainda segundo o eminente administrativista, “ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 414).

As teorias ditas tradicionais de controle dos atos discricionários exercem um papel importante na contenção do arbítrio do Poder Executivo, inclusive para a contenção do legalismo autocrático. A teoria dos motivos determinantes viabiliza o controle da veracidade e da adequação das razões de fato e de direito explicitados na motivação do ato administrativo, ao passo que a teoria do desvio de finalidade possibilita a invalidação de atos formalmente legítimos praticados para atingir finalidade diversa daquela para a qual esses atos foram concebidos. Tanto a invocação de motivos inverídicos ou impertinentes, quanto o desvio de finalidade são vícios comumente praticados por regimes autoritários.

Em um primeiro olhar, chama atenção a semelhança entre o desvio de finalidade e a principal característica do legalismo autocrático, que é a aparência de legalidade sob o aspecto estritamente formal, aliada à prática de um ato com uma finalidade diversa. Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1019), em uma passagem clássica sobre desvio de finalidade, assinala justamente que “a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra”.

A diferença para com o legalismo autocrático é que a teoria do desvio de finalidade ou desvio de poder, ao menos em sua acepção doutrinária, visa impedir que uma competência seja usada visando objetivo que não é aquele para o qual ela foi instituída. Ou seja, o vício de desvio de finalidade foca na conformação entre a finalidade do ato em concreto e a sua finalidade em abstrato. Trata-se de um vício pertinente à aplicação inadequada de determinado dispositivo legal ao caso concreto, sem quaisquer cogitações acerca da ordem constitucional ou da democracia.<sup>15</sup>

---

15 É claro que essa teoria sempre poderá ser invocada em decisões judiciais que visem coibir atos formalmente legítimos praticados para atingir finalidade que não se compatibiliza com os princípios constitucionais, mas tal uso se afasta das premissas estritamente legalistas sob as quais foi concebida doutrinariamente. Eis um exemplo de seu uso para a preservação de princípios constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal (2016, p. 1): “Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção

Já o legalismo autocrático, enquanto fenômeno, possui um conteúdo constitucionalmente definido e uma preocupação muito mais abrangente do que a preservação da vontade da lei. O legalismo autocrático ocorre quando um governante toma medidas aparentemente legítimas com a finalidade específica de enfraquecer os valores e instituições que formam as bases do constitucionalismo democrático. Em certa medida, pode-se dizer que o legalismo autocrático pressupõe um desvio em relação a uma finalidade que é comum a todas as competências estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias, que é a manutenção do regime democrático e dos direitos fundamentais. Toda regra de competência estabelecida em lei ou na Constituição Federal pressupõe, necessariamente, a preservação da democracia.

O problema é que praticamente toda a teoria tradicional acerca do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário no Brasil foi concebida em bases estritamente legalistas, subestimando a força normativa da Constituição Federal e, principalmente, a sua atuação direta sobre o exercício da função administrativa.

Ao tratar da evolução temática administrativista até 1988, Fernando Dias Menezes de Almeida assinala uma “uma tendência de descolamento entre direito administrativo e direito constitucional, com a progressiva construção daquele como uma ciência autônoma e com a percepção da própria administração como centro subjetivo da atenção do direito administrativo” (2015, p. 263).<sup>16</sup> É nesse contexto de centralidade administrativa que essas teorias ditas mais tradicionais assumem que a Administração Pública deve conformar-se tão somente à lei e que o eventual descompasso de sua atuação com as normas constitucionais se resolve pela declaração incidental da inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribui competência à Administração.

Aliás, mais do que isso, boa parte dessas teorias assume que seria possível ao legislador reservar ao agente administrativo um campo imune ao controle exercido por parte do Poder Judiciário, afastando aprioristicamente qualquer valoração jurisdicional sobre as escolhas administrativas. Essa premissa fica bem evidente na lição de Seabra Fagundes (1951, p. 15/16):

O legislador há de ter querido, portanto, preservar à incursão da Justiça o território extra-legal (reservando-lhe, tão só, o exame dos aspectos jurídicos, ou seja, dos que pudessem, examinar-se à luz de razões jurídicas), deixando livre à Administração os aspectos políticos dos procedimentos da sua alçada. O seu intenso há de ter sido, em suma, subtrair ao exame jurisdicional tudo quanto respeitasse às

---

de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita”.

16 Noutro ponto de sua obra, com amparo no pensamento de Luís Roberto Barroso, Menezes de Almeida destaca que “No caso brasileiro, é com a Constituição de 1988, especialmente a partir da interpretação e da aplicação que lhe tem sido dadas desde o início do século XXI, que as normas constitucionais passam a desfrutar, além de supremacia formal, ‘também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade’” (2015, p. 332).

repercussões políticas do ato em relação à Administração (conveniência e oportunidade, no sentido estrito e usual) e ao indivíduo (justiça, equidade, etc., isto é, oportunidade e conveniência em sentido lato).

Destarte, embora constitua um instrumento importante à disposição do Poder Judiciário para a contenção de medidas autoritárias, é forçoso reconhecer que a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio de finalidade possuem limitações inerentes às bases dogmáticas de um direito administrativo que tradicionalmente vislumbra a função administrativa como atividade sublegal, submetida aos limites estabelecidos exclusivamente pelo Poder Legislativo. Logo se vê as razões pelas quais essas teorias não lograram impedir a consolidação de uma Administração Pública marcadamente autoritária no Século XX.

#### *4.2. A vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade*

As considerações do tópico anterior demonstram que, para que se possa impedir a ascensão de fenômenos como o legalismo autocrático, é preciso revisitar a perspectiva estritamente legalista em prol de uma nova compreensão da relação entre a Administração Pública e a Constituição Federal e do papel exercido pelo Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, o que também envolve uma releitura do princípio da legalidade e do princípio da separação de poderes.

E de fato, já há algum tempo, precisamente a partir da segunda metade do Século XX, a noção de legalidade vem sendo influenciada pelo neoconstitucionalismo, que, de acordo com Luís Roberto Barroso (2012, p. 62), teve “como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”. No Brasil, a busca por efetividade do texto constitucional ganhou força após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e vem se espalhando por outras áreas do direito e, aí incluso o direito administrativo, num processo que ainda encontra fortes resistências doutrinárias e jurisprudenciais.

O reconhecimento da força normativa e da eficácia direta da Constituição sobre a Administração Pública provocou uma expansão do princípio da legalidade em prol da ideia de juridicidade, que melhor reflete essa vinculação da Administração não apenas à lei, mas, sobretudo, à Constituição. No contexto português, Paulo Otero (2003, p. 735) aponta que “Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas”. No Brasil, é pertinente destacar a doutrina de Gustavo Binenbojm (2014, p. 328):



Com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida com sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

Além da expansão da legalidade, o neoconstitucionalismo impulsionou questionamentos quanto à noção de interesse público, enquanto conceito abstrato definido unilateralmente pela Administração à revelia da Constituição Federal. A centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais produziu uma ressignificação desse conceito, de sorte que, como ensina Marçal Justen Filho (2015, p. 152), “O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação ao interesse público toma em vista a realização dos direitos fundamentais”.

Trocando-se em miúdos, pode-se dizer que a sujeição da Administração à juridicidade e a ressignificação dos interesses públicos à luz dos direitos fundamentais juridicamente tutelados implica em reconhecer que a função administrativa deve ser exercida em conformidade com a lei e também com os princípios constitucionais. Dada a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico pátrio, isso significa que as competências administrativas estabelecidas em lei devem ser interpretadas de tal modo que não conflitem com outros valores consagrados constitucionalmente, sob pena de invalidade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 210).

Evidentemente, todas essas digressões provocam repercussões importantes em matéria de controle jurisdicional da atividade administrativa, remodelando os limites das competências do Poder Executivo e do Poder Judiciário. De nada adianta reconhecer que a Administração Pública está plenamente vinculada à Constituição Federal se isso não significar a possibilidade de apreciação jurisdicional de seus atos à luz dos preceitos constitucionais, inclusive aqueles praticados no exercício de competências discricionárias. É justamente por conta da constitucionalização, sustenta Gustavo Binbenbim (2014, p. 330), que “não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco nenhuma margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais”. A ampliação do campo de intervenção jurisdicional diminuiu, na mesma proporção, a margem de liberdade da Administração Pública, alterando as divisas da separação de poderes.

O princípio da juridicidade representa, assim, não apenas mais um fator de sujeição da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, como também um elemento legitimador de uma atividade jurisdicional mais intensa, especialmente no tocante ao controle dos atos políticos discricionários. Diferentemente das teorias de

controle jurisdicional da Administração Pública concebidas sob uma perspectiva legalista, o princípio da juridicidade permite que o Poder Judiciário se debruce sobre o mérito dos atos administrativos formalmente legítimos à luz da legislação infraconstitucional, porém materialmente violadores dos preceitos constitucionais, como nos casos de legalismo autocrático.

Ao fim e ao cabo, é a própria separação de poderes que acaba ressignificada, admitindo-se uma maior intervenção do Poder Judiciário sobre o mérito de competências administrativas discricionárias antes tidas como um núcleo relativamente intangível. Essa intervenção jurisdicional mais intensa não autoriza a usurpação de competências administrativas, o que seria ilegítimo e segue vedado pela ordem jurídica, mas para garantir que a Administração Pública exerça seus juízos de conveniência e oportunidade em consonância com os princípios democráticos. A conformação da Administração à juridicidade e a conseqüente ressignificação da separação de poderes têm legitimidade na medida em que sejam instrumentais à preservação do Estado Democrático de Direito.

#### *4.3. A intensidade do controle judicial sobre a Administração Pública*

Sem prejuízo dessas considerações, não se pode desconsiderar que a sujeição da Administração Pública diretamente aos princípios constitucionais traz consigo algumas dificuldades que são inerentes à forma de aplicação dos princípios constitucionais.

Os princípios, na conhecida concepção propagada por Robert Alexy (2008, p. 90), são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderes ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Humberto Ávila (2005, p. 130), por seu turno, traz o alerta de que “a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havia domo necessária”. Ambos assinalam o alto grau de indeterminação inerente aos princípios e o fato de que o seu peso só pode ser determinado no caso concreto.

Ora, se os princípios possuem graus variados de satisfação a depender do caso concreto e, por força da juridicidade, a Administração encontra-se vinculada aos princípios constitucionais; então essa vinculação também varia em intensidade de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Tal circunstância não é incompatível com a vinculação da Administração aos princípios encartados na Constituição Federal por força do princípio da juridicidade, mas não raro exigirá por parte do agente administrativo um exercício de ponderação, à luz do postulado da proporcionalidade.

Em se tratando de uma competência administrativa, é evidente que a ponderação dos princípios será realizada primeiramente pelo administrador e, posteriormente,

quando provocado, pelo Poder Judiciário, dentro dos limites da sua competência jurisdicional. Aqui, ressurge o problema de saber até que ponto o Poder Judiciário deve intervir no juízo da Administração quanto à ponderação de princípios, ou seja, sobre qual a intensidade do controle jurisdicional em face do exercício competências discricionárias à luz da Constituição Federal.

De maneira geral, a variação da intensidade da vinculação da Administração Pública à juridicidade reflete-se na variação da intensidade do controle do Poder Judiciário sobre atos administrativos. Pode-se dizer que, tanto maior será o controle, quanto mais intensa for a vinculação da Administração a determinado princípio no caso concreto. Ainda assim, como anota Gustavo Binenbojm (2014, p. 330), a definição da densidade da intervenção jurisdicional não é puramente normativa e depende do exame de outros fatores, como “os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado”.

Em sentido semelhante, Isaac Kofi Medeiros (2020, p. 227) sustenta que o Poder Judiciário deve adotar uma postura deferente, de autocontenção às interpretações da Administração Pública em situações que admitam mais de uma solução válida, sendo que “Esta recomendação é tanto mais forte quanto maior o grau de complexidade técnica ou dimensão política do ato, de discricionariedade concedida ao gestor no caso concreto ou de indeterminação do texto da norma que embasou a decisão”. O grau de deferência, ou seja, de intensidade de intervenção será, portanto, proporcional às peculiaridades do caso concreto.

Em que pese nossa concordância com esses autores, temos que a questão assume contornos próprios em face do constitucionalismo abusivo e do legalismo autocrático. Pelas suas próprias especificidades, esses fenômenos exigem uma incursão mais incisiva no exame da finalidade subjacente à prática de um ato administrativo formalmente legítimo, a fim de se verificar a sua conformação aos princípios da democracia constitucional como medida necessária à preservação dos mecanismos de *accountability*.<sup>17</sup>

---

17 A rigor, essa concepção encontra-se em consonância com os standards de controle propostos por Gustavo Binenbojm (2014, p. 332), que defende uma intervenção mais intensa em face do grau de restrição aos direitos fundamentais, participação efetiva e consenso em torno da decisão administrativa: “Os standards básicos a serem levados em conta pelo magistrado, no momento de exercer. Controle jurisdicional sobre atos administrativos, são os seguintes: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (iv) grau de politicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle)”.

Tratando especificamente do constitucionalismo abusivo, Estefânia Barboza e Ilton Norberto Robl Filho (2018, p. 94) defendem a necessidade de um controle jurisdicional mais intenso:

“Nesse contexto, a jurisdição constitucional deve realizar um controle judicial de constitucionalidade forte sobre o devido processo legislativo e acerca dos elementos centrais da democracia constitucional. O

Como se viu, o usual é que o legalismo autocrático se manifesta aos poucos, pelo aparelhamento ou desbaratamento de mecanismos de *accountability* horizontal ou vertical, através de um conjunto de medidas que tem em comum uma aparência de legalidade. É o alerta do Ministro Barroso no Caso CONANDA, de que “as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático” (2019, p. 10).

Por certo, não compete ao Poder Judiciário substituir interpretações razoáveis empreendidas pela Administração Pública e que realizem, em maior ou menor grau, os princípios constitucionais aos quais se encontra vinculada, notadamente quando se considera que a Administração detém maior legitimidade e capacidade institucional para dirimir certos assuntos, dotados de maior grau de tecnicidade.<sup>18</sup> A análise a ser empreendida pelo Poder Judiciário afigura-se mais relevante naqueles casos em que as escolhas aparentemente legítimas da Administração objetivarem o enfraquecimento as instituições democráticas.

Note-se que essa incursão sobre os objetivos subjacentes a práticas formalmente legítimas, porém atentatórias ao regime democrático, não se confunde com o controle tradicionalmente exercido pela teoria do desvio de finalidade. O desvio de finalidade se verifica diante da prática de um ato administrativo visando objetivo diverso para o qual esse ato é previsto na ordem jurídica, o que pode ocorrer, inclusive, no exercício de uma competência constitucional.<sup>19</sup> O legalismo autocrático é um fenômeno mais abrangente, materializando-se em face de atos praticados com objetivo de vulnerar as bases do Estado Democrático e não apenas a finalidade de um dispositivo legal ou constitucional específico.

A teoria do desvio de finalidade tem um compromisso com a preservação do direito positivo, impedindo a fraude à Lei (e à Constituição), podendo ser aplicado a nível constitucional. Mas mesmo quando alçada ao plano constitucional, essa teoria não dá conta de restringir o exercício de competências alinhadas com as finalidades mais

---

Judiciário com a prudência e o diálogo necessários, porém com a força devida é um dos atores necessários para prevenir e atuar contra o constitucionalismo abusivo. Ainda, as reiteradas propostas de partidos políticos em momentos eleitorais no Brasil de criação de nova Constituição em contexto de crise política e social preocupam, pois a substituição da Constituição Federal pode instalar o constitucionalismo abusivo estrutural”.

18 Inclusive, no controle dos atos administrativos, cumpre ao Poder Judiciário aplicar as balizas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo-lhe vedado decidir com base em valores jurídicos abstratos e devendo levar em consideração as consequências de suas decisões, os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

19 Um exemplo de emprego da teoria de desvio de finalidade a nível constitucional pode ser verificado nas recentes tentativas de impedir nomeações de ministros de Estado pelo Presidente da República, sob o argumento de que tais nomeações teriam o objetivo de conferir foro privilegiado a autoridades em vias de investigação.

imediatas para as quais foram instituídas, porém materialmente atentatórias ao constitucionalismo democrático. O controle do legalismo autocrático, nesse sentido, ostenta um compromisso mais abrangente, quase axiológico, porquanto voltado à preservação dos valores que definem a própria noção de democracia constitucional.

A grande questão do controle jurisdicional para a contenção do legalismo autocrático está em identificar quando um ato formalmente legítimo, fundado numa competência discricionária da Administração Pública e, inclusive, alinhado com a finalidade mais imediata para a qual essa competência foi instituída, tiver sido praticado com o objetivo sub-reptício de sabotar as instituições que tutelam os valores do constitucionalismo democrático, em especial os mecanismos de *accountability*. Conquanto tal finalidade jamais é declarada, é de se reconhecer que sua existência só pode ser percebida a partir dos resultados práticos da medida autoritária e em face das circunstâncias do caso concreto, o que denota a importância de uma análise consequencialista acerca dos impactos concretos de medidas aparentemente legítimas sobre as instituições.

Nesse processo, não se nega que os tribunais devam adotar algum tipo de autocontenção, restringindo sua intervenção ao necessário para preservar o regime democrático sem, com isso, arvorar-se num papel que incumbe ao constituinte derivado ou o legislador infraconstitucional. A ideia é que o Poder Judiciário deve intervir quando necessário para corrigir ou prevenir um problema que não seria resolvido pelo processo democrático. Para tanto, admite-se inclusive interpretações inovadoras por parte do Poder Judiciário, contanto que para proteger e não para aperfeiçoar as instituições democráticas, de onde resulta um dever de autocontenção ou deferência.<sup>20</sup>

Assim, a intervenção judicial terá lugar quando se verificar que as consequências de determinada medida fomentam a concentração e a perpetuação do poder em torno de uma ideologia ou corrente política em prejuízo do pluralismo político, mecanismos de *accountability* e dos valores democráticos, devendo se ater à contenção dessas ameaças. Em tais circunstâncias, como assentado pelo Ministro Barroso, “cabe ao Supremo Tribunal Federal, na condição de corte de mais alta hierarquia em matéria constitucional, a proteção do adequado funcionamento da democracia, bem como a tutela a direitos fundamentais” (2019, p. 11).

---

20 É o posicionamento de David Prendergast (2019, p. 262): “The second claim informs constitutional law practice—it urges judicial readiness to intervene, but only when necessary to correct or prevent a problem that will likely not be resolved through democratic processes, and this applies even if the court already has a general constitutional review power. To intervene in this way is to move beyond the mere maintenance of existing doctrine, encompassing innovative interpretation that may expand constitutionalism. Telling courts to protect, not perfect, democracy is an instruction to not necessarily do what is thought best for democracy as an answer to an immediate question”.

## 5. Considerações finais

O legalismo autocrático se caracteriza quando governantes adotam medidas autoritárias formalmente legítimas para enfraquecer as instituições democráticas, em especial aquelas que asseguram o *accountability*. Os autocratas legalistas agem autoritariamente no exercício de competências discricionárias previstas lei e na Constituição para facilitar a sua própria perpetuação no poder em detrimento do pluralismo e dos direitos fundamentais.

No Caso CONANDA (ADPF nº 622/DF), o Ministro Roberto Barroso lançou mão dos conceitos de legalismo autocrático e constitucionalismo abusivo para impedir a interferência do Poder Executivo em órgão cuja função é fiscalizar a execução da política nacional de atendimento às crianças e adolescentes. A decisão teve o mérito de reconhecer que as competências discricionárias do Presidente da República não podem ser exercidas em prejuízo da democracia e dos direitos fundamentais e que, nessas situações, cumpre ao Supremo Tribunal Federal intervir para a preservação dos princípios constitucionais.

As teorias tradicionais de controle dos atos discricionários, em especial a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio de finalidade, possuem limitações inerentes a uma base dogmática que identifica a função administrativa como atividade sublegal, submetida exclusivamente ao legislador. Justamente por estarem restritas a um legalismo insensível aos princípios constitucionais, essas teorias não resolvem todos os problemas decorrentes do legalismo autocrático e do constitucionalismo abusivo. E mesmo quando alçadas ao plano constitucional, essas teorias não dão conta de restringir o exercício de competências alinhadas com as finalidades mais imediatas para as quais foram instituídas, porém materialmente atentatórias ao constitucionalismo democrático.

O controle do legalismo autocrático perpassa, portanto, por uma nova compreensão do princípio da legalidade em prol da ideia de juridicidade, que reflete a vinculação direta da Administração Pública aos preceitos constitucionais. O princípio da juridicidade também legitima uma intervenção judicial mais intensa sobre a Administração Pública, inclusive em face de atos discricionários formalmente legítimos que atentem contra os valores democráticos, aqui considerados em seu conjunto enquanto conformadores de uma democracia constitucional e não apenas como normas tomadas isoladamente.

Seguindo esse norte, embora o Poder Judiciário não deva substituir interpretações razoáveis da Administração Pública, que tem maior capacidade institucional para dirimir certos temas, a questão assume contornos próprios quando escolhas administrativas aparentemente legítimas visarem o enfraquecimento das instituições democráticas. Nessas situações, a intervenção judicial terá lugar quando se verificar concretamente que determinada medida visa fomentar a concentração e a

perpetuação do poder em torno de uma ideologia ou corrente política em detrimento do pluralismo político, dos mecanismos de *accountability* e dos valores democráticos.

## 6. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- FUKUYAMA, Francis. Why Is Democracy Performing So Poorly? *Journal of Democracy*, vol. 26 no. 1, 2015, p. 11-20.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *47 UC Davis Law Review*, FSU College of Law, nº 646, 2013, p. 189-260.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, nº 44, 1998, p. 28-54.

- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, n. 20, 2019, p. 245-262.
- SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, 2018, p. 545-583.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1951, p. 1-16.
- \_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but an eternal dynamic within liberal democracies. In: SUSTEIN, Cass. *Can it happen here? Authoritarianism in America*, 2018, p. 175-220.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF nº 622 MC/DF, Decisão monocrática proferida pelo Ministro Roberto Barroso em 19/12/2019.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, nº 45, mar. 2013, p. 29-46.