XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL I

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito Constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-578-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Na tarde do dia 14 de outubro de 2022, reuniram-se na cidade de Santiago do Chile, os participantes do Grupo de Trabalho Direito Constitucional I, para o segundo dia de apresentação de trabalhos no XI Encontro Internacional do Conpedi, objetivando a apresentação dos produtos de suas pesquisas.

O evento trouxe o nome Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina e foi o primeiro evento presencial no pós-pandemia, decorrendo alegria e apreensão.

O GT foi coordenado pelos professores Paulo Roberto Barbosa Ramos, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Maranhão (MA) e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna (MG).

Vários temas foram abordados, perpassando as seguintes temáticas: legitimação democrática, jurisdição constitucional; o princípio da liberdade religiosa e o Estado laico; tolerância no ambiente de trabalho; processo estrutural; direitos fundamentais dos apenados; teoria da cegueira deliberada; cidadania; educação de pessoas com deficiência; efetividade e limites do direito fundamental à liberdade de expressão; o direito fundamental à privacidade; medidas socioeducativas e direitos fundamentais; inconstitucionalidade de regras prescricionais; constitucionalismo e Estado de direito na era da internet; forças armadas na atualidade; direito social à moradia no pós-pandemia; controle jurisdicional sobre o mérito de atos administrativos; a constitucionalidade do uso de máscaras durante a pandemia da Covid-19.

Enfim, a presente coletânea apresenta resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito do Brasil, em níveis de Mestrado e Doutorado, sendo esses artigos rigorosamente selecionados, por intermédio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review.

O DILEMA DO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O MÉRITO DE ATOS ADMINISTRATIVOS COM VIOLAÇÕES DEMOCRÁTICAS: O JUDICIÁRIO COMO DEFENSOR DE REGRAS NÃO-ESCRITAS.

THE DILEMMA REGARDING JUDICIAL REVIEW OF THE MERIT OF PUBLIC ACTS WITH DEMOCRATIC VIOLATIONS: THE JUDICIARY AS A DEFENDER OF UNWRITTEN RULES

Hugo Teixeira Montezuma Sales [1]

Resumo

O presente artigo visa a abordar a possibilidade de controle judicial do mérito de atos administrativos que violem regras não-escritas, com potencial de atentar contra a democracia e a separação dos poderes. Centra-se, unicamente, no controle judicial de mérito para defesa da democracia, sem buscar traçar qualquer conclusão sobre a possibilidade de tal operação em outras situações. Para o fim entabulado, inicia-se com a relação entre as chamadas "reservas institucionais" e a ideia de "Democracia" enquanto um princípio, um mandado de otimização, cujo núcleo essencial tem particular importância. Após, busca-se demonstrar a possibilidade de uso de princípios como parâmetro de controle de atos administrativos, bem como a defensibilidade do entendimento segundo o qual tal forma de proceder, se implicar na repetição de juízos de sopesamento de valores, poderá gerar, em si, um atentado à separação dos poderes e, por decorrência, à democracia. Por fim, conclui-se, a partir de estudos de casos nacionais e internacionais, pela admissibilidade jurídica do controle de mérito contra atos administrativos violadores de reservas institucionais. Entretanto, essa conclusão é acompanhada de advertência no sentido de que essa atuação judicial, ainda que juridicamente possível, deve ser politicamente ponderada, já que insuficiente para barrar o constitucionalismo abusivo, em especial se o contexto social for desfavorável.

Palavras-chave: Controle judicial de mérito, Reservas institucionais, Democracia, Paradoxo da tolerância, Proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to explore the possibility of judicial review of the merit of administrative acts, when that action violates unwritten rules, with the potential to attack democracy and the system of checks and balances. This analysis focuses solely on the judicial review as a means to defend democracy and its conclusions should not extend to the review made in other situations. To achieve the goal proposed, the article begins exploring the relationship between unwritten rules and the idea of Democracy as a principle, a means of optimization, which essential core has particular importance. Afterwards, it demonstrates the possibility of using principles as parameters for judicial review of administrative acts, as well as the

[1] Bacharel em Direito pela UFC (2010). Especialista em Direito e Processo Administrativo pela UNIFOR (2013). Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB (2020-). Advogado da União.

defensibility of the understanding that said procedure, if it results in the repeating of judgements of weighing, may end up, on its own, in an attack against checks and balances and, therefore, democracy. In the end, the article concludes, after case studies from Brazil and abroad, for the admissibility of judicial review of the merit of administrative acts that violate institutional reserves. However, this conclusion is accompanied by a warning in the sense that said judicial attitude, even though it may be juridically possible, must be politically weighted, as it is insufficient to block the abusive constitutionalism, especially if the social context is unfavorable

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review of merit, Unwritten rules, Democracy, Tolerance paradox, Proportionality

1. INTRODUÇÃO

O judiciário pode, desde que com cautela, exercer o controle de mérito de atos administrativos que desrespeitem reservas institucionais, para proteção ao princípio democrático, ainda que tal intervenção possa ser, em si, uma violação a regras institucionais não escritas. Essa é a tese para responder a problemática que se buscará examinar neste artigo, qual seja: a defesa da democracia contra ataques às reservas institucionais pode legitimar o controle judicial de mérito de atos administrativos?

Para se poder confirmar ou negar essa conclusão, três questões precisam ser analisadas: a natureza das reservas institucionais; o controle de mérito ante regras não-escritas e a democracia militante como fundamento para ação judicial em defesa das instituições democráticas.

O primeiro ponto diz respeito às chamadas "reservas institucionais", regras não-escritas normalmente associadas a posturas ou condutas interorganizacionais que visam à proteção e promoção tanto do princípio democrático quanto da separação dos poderes. Buscar-se-á analisar, sob a perspectiva da teoria dos princípios, o modo como as reservas institucionais espelham a democracia enquanto princípio, mandado de otimização.

A segunda questão, ainda atinente às reservas institucionais, diz respeito ao modo como o controle judicial de mérito em si representa um malferimento potencial ao princípio democrático em razão, justamente, das regras não escritas. Buscar-se-á demonstrar poder haver um confronto entre a postura judicial mais ativa (ou ativista) e a noção de "reservas institucionais". Para esse fim, haverá, inicialmente, a análise da admissibilidade do controle judicial a partir de princípios para, então, diferenciar essa operação do controle de mérito, representado pela repetição de juízos de sopesamento.

Por fim, a partir das premissas traçadas nas duas primeiras seções, tratar-se-á da terceira questão, que corresponde ao cerne da problemática deste trabalho: ante um ataque à democracia, ainda que a regras não-escritas, pode o judiciário adentrar no mérito de atos administrativos, mesmo se tal operação puder configurar-se, em si, uma violação a reservas institucionais? Para responder tal questionamento, será analisada a ideia de "Democracia Militante", a luz do "Paradoxo da Tolerância" de Karl Popper, considerando, inclusive, iniciativas dessa natureza nos contextos nacional e internacional.

Estabelecidas, portanto, as questões que serão analisadas neste artigo, passa-se ao seu deslinde.

2. DEMOCRACIA COMO NORMA COM NATUREZA DE PRINCÍPIO E AS RESERVAS INSTITUCIONAIS SENDO SEU DESDOBRAMENTO

A configuração jurídica da democracia depende muito do conceito que dela se tem. Caso se entenda que uma nação precisa apenas cumprir certos requisitos para que tenha a alcunha de "democrática", haveria uma regra, aplicável no tudo-ou-nada (DWORKIN, 2010, p. 39), mediante subsunção.

Já, entretanto, se for entendido que a democracia consubstancia um valor que, dotado de normatividade, deve ser otimizado da melhor forma possível, de modo a poder-se cogitar de países mais ou menos democráticos, ela teria natureza de princípio, possuindo uma dimensão de peso (DWORKIN, 2010, p. 42/43) e sendo concretizada na medida do que mostrar-se viável considerando o caso concreto[1].

Não existe uma resposta certa para essa pergunta, ao menos em abstrato. Uma visão mais restritiva de democracia, que exija apenas a presença de eleições periódicas com sufrágio universal, pode qualificá-la como sendo uma regra. Um conceito dessa natureza, por exemplo, admitiria a existência das chamadas "democracias iliberais" (SADURSKI, 2019, p. 243)[2], as quais, inobstante possuam eleições periódicas e sufrágio universal, têm governos autoritários que, a partir de toda uma sorte de manobras, perpetuam-se no poder de forma abusiva.

Já uma visão mais ampla da ideia de democracia estaria mais próxima de um princípio, mas com especial tratamento ao seu núcleo essencial. É que princípios são dotados de núcleos essenciais, os quais, em tese, não devem ser negados (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2014, p. 358/361). Entretanto, seus contornos são formados a partir da regra de colisão, ou seja, conforme o caso concreto - não seria possível afirmar o que é essencial a um determinado princípio em abstrato[3], mas sim, apenas, dentro de um caso concreto, no cotejo com outros princípios colidentes (SILVA, 2010, p. 196/200).

No caso da democracia, entretanto, esse núcleo essencial possui um tratamento diferente. Existiriam *standards* mínimos em abstrato os quais, se não cumpridos, não seria

---

[1] Um exemplo da realização da democracia em graus pode ser observado pelo Índice de Democracia calculado pela revista "The Economist", a partir da mensuração de liberdades individuais, pluralismo e cultura política. Relatório referente a 2020 pode ser acessado em https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/. Acesso em 04.09.2022.

[2] Vale salientar que o autor pontua que a expressão "democracia iliberal" pode ter algum significado apenas na primeira eleição, em que não há, ainda, o sequestro do governo - após, a qualificação como "democracia" torna-se em si dúbia.

[3] Admite-se que a definição da existência ou não de um núcleo essencial em abstrato é questão tormentosa na doutrina. Adota-se o posicionamento pela definição apenas no caso concreto por concordância, mas, em razão da natureza especial do núcleo essencial da democracia, acabando sendo uma discussão infrutífera para os fins do presente trabalho.

possível sequer qualificar um país como uma "democracia" (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 1999, p. 1/3). Nesse ponto, o termo "democracia" teria o fim de classificação da forma de governo, de estabelecer tratar-se não de um estado formalmente monárquico (governo de um) ou aristocrático (governo de poucos) (ARISTÓTELES, 1998, p. 211/213), mas sim de governo que se faz pelo povo, ao menos em tese.

Além desses parâmetros mínimos, a democracia também tem um aspecto valorativo. Ela representa uma série de ações, promoções e proteções que podem ser postas em um gradiente. Um Estado pode ter mais ações democráticas e, nesse sentido, ser mais democrático do que outro, sem que passe a se qualificar como uma aristocracia ou monarquia. Uma nação que respeita a diversidade, promove o debate e as liberdades públicas atende melhor o valor "democracia" do que outra que não o faz. No mesmo sentido, se uma Constituição assume como deveres do Estado a execução de tais ações (BARROSO, 2017, p. 536), positiva em seu ordenamento o valor "democracia" enquanto princípio, oponível ao Estado como um "mandado de otimização"[4].

No caso brasileiro, a Constituição Federal, no seu art. 1º, associa o conceito de democracia a valores substantivos, alçando todos à condição de "fundamentos" da república. Não só há a previsão da democracia representativa no parágrafo único do dispositivo[5], mas, também, qualifica-se o Estado como "Democrático de Direito", sendo a democracia elemento de um regime de direito mais amplo, que tem por fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

No que tange à dignidade da pessoa humana, tomada como sustentáculo para direitos fundamentais em geral (SARLET, 2015, P. 95/103), sua relação com a democracia se dá, em especial, na concessão de direitos associados à expressão, informação e ao debate público (SOUZA NETO, 2002, p. 301/302). Já quanto ao pluralismo político, verifica-se nele uma relação direta com a democracia, representando a proteção e promoção das minorias e a concessão de instrumentos para que elas possam se fazer ouvir. Uma sociedade plural é aquela em que a maioria não subjuga a minoria, assimilando-a, mas sim em que convivem visões distintas de mundo (GONET; COELHO; MENDES, 2009, p. 178/179), em que decisões

[4] Segundo Robert Alexy (2015. p. 90): "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes."

[5] Art. 1º Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

relevantes são feitas pelo debate de ideias e com tolerância mútua (LEVITSTKY; ZIBLATT, 2018, p. 103/107).

Ainda quanto à ideia de democracia adotada na Constituição Federal de 1988, cabe tratar de sua relação com a separação de poderes. Em termos conceituais, são normas distintas, mas mutuamente dependentes[6]. Mais especificamente, é elemento da democracia a existência de um arranjo institucional que traga limitações efetivas do poder pelo poder, que se convencionou chamar de "separação de poderes" ou "sistema de freios e contrapesos" (SOUZA NETO, 2020, p. 262/263).

Democracias denominadas "iliberais", cuja própria qualificação como "democracia" é duvidosa, costumam transmutar-se do modelo "liberal" para o "iliberal" (e daí, muitas vezes, para regimes autocráticos plenos) a partir de medidas de "constitucionalismo abusivo", que atacam justamente o arranjo institucional de separação de poderes (LANDAU, 2013).

Em tais sistemas, mantém-se o sufrágio popular, mas o domínio das instituições e organizações, em razão da falta de controle do poder pelo poder, é tamanho que a mera existência desse sufrágio não é suficiente para garantir que a autêntica vontade do povo prevaleça, já que o autocrata usualmente detém meios de manipular essa vontade e, com isso, os próprios votos.

Independentemente da qualificação que se dê de tais regimes "iliberais" (se democráticos, autocratas ou algum terceiro gênero), fato é que cada ataque à separação de poderes move o arranjo institucional mais distante do ideal democrático e mais próximo da autocracia. A completa eliminação dos freios e contrapesos tende a gerar a impossibilidade de qualificar o Estado em questão como "democrático".

Traduzindo essa constatação para a linguagem da teoria dos princípios, partindo da premissa de que um princípio deve ser visto *a priori* em sua efetividade máxima (SILVA, 2010, p. 164/167), cada ato de atenuação da separação de poderes representa uma restrição ao princípio democrático. Já a transmudação do sistema de democrático para não-democrático (seja a chamada "democracia iliberal" ou, de forma mais simples, uma autocracia) representa o atingimento do "núcleo essencial" de tal princípio.

Pode-se discutir em que momento a violação da separação de poderes atinge esse núcleo essencial, mas isso transborda o objetivo deste artigo. O que interessa constatar por ora, e que servirá de premissa ao presente trabalho, é que, ainda que "separação de poderes" e

[6] Vide art. 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.". Disponível em https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acesso em 15/08/2022.

“democracia” não sejam propriamente sinônimos, qualquer restrição ou violação ao sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição representa uma restrição ao princípio democrático, devendo ser como tal tratada[7].

Tendo-se, portanto, que a democracia pode ser vista enquanto princípio e, tendo a Constituição Federal de 1988 abarcado essa concepção, cabe verificar como as reservas institucionais se inserem nesse contexto. Qualquer arranjo institucional, na prática, é formado de regras escritas e não-escritas (NORTH, 2018, p. 69/71). Aquelas possuem sua execução relativamente fácil, mas estas, ainda que igualmente valiosas, são de preservação muito mais dificultosa no caso de seu descumprimento.

Regras institucionais não-escritas, ora denominadas “reservas institucionais” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 107), tendem a ser respeitadas até o momento em que não o são, sendo o seu desrespeito um indicativo de rearranjos institucionais (TUSHNET, 2004, p. 532), os quais não possuem respaldo jurídico, acaso violem disposições sensíveis.

Na condição de princípio, a democracia possui eficácia, *a priori*, máxima, sendo passível de limitações a partir de especificidades do caso concreto. Não é toda quebra de regra não-escrita que gera violação ao princípio democrático: é plenamente possível cogitar-se de modificação de posturas em relação a costumes institucionais que não tenham relação direta com valores democráticos, mas apenas com práticas reiteradas de outra natureza.

Além disso, também é possível que ações de desrespeito às reservas institucionais que venham a romper com a eficácia máxima *a priori* da democracia tenham base em outros valores igualmente respaldados. Após a crise de 1929 e depois de ter diversas ações relacionadas ao seu *new deal* julgadas inconstitucionais pela Suprema Corte dos EUA, Roosevelt promoveu interferência direta em outro poder, o que iria contra “regras não-escritas” ao propor projetos de lei para modificar o número de componentes da corte suprema e, assim, obter maioria. Essa simples ameaça foi suficiente para que a suprema corte adotasse outra postura e referendasse os atos subsequentes daquele governo (TUSHNET, 2004, p. 544/545).

Nesse caso exemplificativo, houve evidente ruptura institucional e quebra de “regras de cortesia” não-escritas, mas o fundamento na situação excepcional da época tornou tal medida “defensável”, “do jogo político”. Em outras palavras, pode ter havido uma restrição momentânea ao princípio democrático, mas tal restrição não chegou a violar o núcleo essencial

[7] Quando se fala em “violação à separação de poderes” não se quer dizer em modificação do arranjo institucional respectivo, mas sim em desequilíbrio que afete a própria capacidade do poder de limitar a si mesmo. Mudanças de arranjos institucionais são naturais, mas é quando elas enfraquecem o sistema de freios e contrapesos que se diz que há “violação” e impacto democrático.

da democracia dos Estados Unidos. Obviamente que uma intervenção mais intensa ou até a mesma intervenção em outro contexto poderiam gerar uma conclusão distinta sobre sua admissibilidade, conforme exemplos a serem tratados adiante.

Dito isso, se toda quebra de regras não-escritas representa um rearranjo institucional, é inegável que há o potencial de ataque à democracia com tal forma de proceder. Se houver restrição ao princípio democrático, esta não for fundamentada em algum outro princípio, e havendo descumprimento à proporcionalidade e razoabilidade, ocorreria uma supressão democrática injustificável, suscetível de impugnação e derrubada.

Em outras palavras, ainda que nem toda quebra de reservas institucionais gere repercussões democráticas, parte significativa dos ataques à democracia, em especial os ocorridos mais recentemente, são feitos mediante violação a regras não escritas (SOUZA NETO, 2020, p. 28/31). Sendo tais regras representação da eficácia máxima da democracia enquanto princípio, a sua violação implica em atentado ao princípio democrático, devendo ser dessa forma tratada, o que pode gerar repercussões em sede de controle judicial, como se passa a expor.

3. O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO COMO POTENCIAL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

O tema do controle judicial do mérito administrativo foi e é extensamente debatido no âmbito acadêmico e jurisprudencial, de modo que não é a intenção deste artigo revistar todo o debate, mas sim, apenas, trazer a premissa de ser defensável a tese de que tal postura ativa de adentrar no mérito da decisão administrativa seria potencialmente violadora do princípio democrático.

Para tal fim, duas questões serão trazidas nesta seção: a possibilidade de uso dos princípios como parâmetro de controle de atos administrativos, bem como a inadmissibilidade de repetição de juízos de sopesamento de princípios feitos pelos órgãos competentes para edição dos atos controlados, enquanto corolário da separação de poderes.

3.1. A possibilidade de controle do ato administrativo a partir de princípios.

O art. 2º, parágrafo único da Lei nº 9.784, de 1999 (lei do processo administrativo) dispõe sobre o dever de “atuação conforme a lei e o Direito”. É comum a associação desse dispositivo como sendo a positivação, no ordenamento jurídico brasileiro, da regra da

juridicidade administrativa, na medida em que diferencia “lei” e “Direito” e estabelece a obrigação de seguir a ambos (DEZAN; GUIMARÃES; HERKENHOFF, 2019, p. 53).

Todo ato administrativo deve obedecer não só às regras trazidas pela lei, mas também deve maximizar, na medida do que se mostrar viável, princípios aplicáveis à atuação administrativa. Dentro da “moldura” conferida pela lei, a Administração deve agir de modo a atender e dar máxima efetividade aos princípios que a regem e aos direitos os quais ela deve dar concretude (MAURER, 2018, p. 332).

O fato de a Administração ter o dever de “levar em conta” os princípios aplicáveis ao caso atrai a possibilidade de tais normas servirem como parâmetro de controle externo dos atos administrativos. Não é mais possível que o Judiciário, ao exercer o controle externo da atividade administrativa, desconsidere totalmente o tratamento dado aos princípios aplicáveis, cuja implementação e maximização consubstancia um dever da Administração (FREITAS, 2009, p. 10).

Ressalte-se que a incidência de princípios ocorre não só diretamente sobre o ato praticado, mas também para interpretação das regras utilizadas em tal operação (ÁVILA, 2010, p. 97/99). Quando se utiliza uma regra como fundamento para determinada atuação administrativa, o sentido apreendido do texto usualmente traz como premissa a necessidade de atingimento, na medida do possível, de um ou outro valor, positivado enquanto princípio. Comumente a afirmação de que determinado ato descumpre uma certa regra contém implícita a utilização de um princípio para extração do significado do texto aplicável ao caso concreto. Mesmo quando explicitamente o controle ocorre unicamente a partir de regras, implicitamente os princípios são utilizados como parâmetros, ainda que mediatamente.

Pois bem. A atuação administrativa deve atender aos princípios tanto quanto o faz para as regras e essa premissa aplica-se, também, ao controle externo de tal atuação, ainda que em diferente medida. Entendendo-se “controle” como sendo a comparação entre um ato praticado e um modelo ou parâmetro (MEDAUAR, 2012, p. 23/31) e havendo um dever do executor do ato de atender regras e princípios, é decorrência lógica o entendimento de que tanto as regras quanto os princípios comporão esse “parâmetro ideal”. Qualquer operação de “controle” da Administração, para que possa ser definido como tal, deve tomar em consideração todos os elementos utilizados na própria prática do ato, ainda que de forma idealizada, o que inevitavelmente incluirá regras e princípios.

Essa é a premissa essencial de qualquer estudo acerca do controle de atos estatais: à luz do dever de juridicidade, assim como a elaboração do ato deve “ter em conta” todas as normas aplicáveis (sejam elas regras ou princípios), o controle, enquanto comparação do ato

praticado com um parâmetro idealizado, deve abranger esses mesmos parâmetros, salvo se tal controle for expressamente parcial, incidindo apenas sobre determinadas características ou facetas do ato em questão.

Considerando a abrangência da regra da inafastabilidade da jurisdição inscrita no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, é de se admitir que o controle feito pelo Poder Judiciário não é parcial, de modo que deve, igualmente, levar "em conta" os princípios incidentes sobre a atuação administrativa em si, sejam eles os previstos no art. 37 da Carta Magna (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), sejam outros aplicáveis, incluindo o princípio democrático (MORAES, 2004, p. 110/111).

Entretanto, como já indicado em várias partes deste texto, a utilização de princípios como parâmetros traz um risco democrático, na medida em que possível[8] que o Judiciário repita as mesmas operações que fez a Administração e substitua os resultados obtidos pelos seus, com potencial perda democrática, como se passa a expor.

3.2. A substituição de juízos de ponderação de princípios como forma de violação do princípio democrático.

A doutrina clássica comumente definia a atividade de administrar como sendo "a realização em concreto" das normas jurídicas emitidas pela "ação normativa do Estado-poder" (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 7). Mais recentemente, tal definição recebe influxos de matriz constitucional, aperfeiçoando-se ao chegar à conclusão de que administrar é "concretizar direitos fundamentais" (JUSTEN FILHO, 2010, p. 67/68).

Em ambos os casos, o elemento que sobressai de tais definições é a ausência de qualquer elemento volitivo. O Estado é uma ficção jurídica, desprovido de pensamentos ou vontades. Sua qualificação como "pessoa" se dá mais pelas facilidades que tal tratamento gera do que propriamente por suas características intrínsecas. A sua vontade é a lei[9], seu desejo é o interesse público de concretizar direitos fundamentais e sua conveniência é não a do agente que lhe serve de órgão, mas da organização como conjunto de normas e valores. Mesmo quando se admite algum julgamento subjetivo, o objetivo deve ser sempre a finalidade legal e não a conveniência da autoridade (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 399/400).

Quando o Poder Público edita um ato administrativo, um decreto, por exemplo, não o faz por "vontade pessoal" ou por "mera conveniência". Talvez o agente que produza o ato

[8] possível no sentido "fático" não necessariamente como sendo admissível juridicamente.
[9] entenda-se "lei", neste caso, como sinônimo de "direito".

também tenha motivações dessa natureza, mas a atuação em si deve estar de acordo com a lei, o interesse público e a conveniência da Administração, ou haverá nulidade por desrespeito à impessoalidade, por exemplo. A produção de atos administrativos, dentro das "balizas legais", ocorre não de forma "volitiva", como uma manifestação de vontade usual, mas através de processos de sopesamento de princípios, direitos, valores, interesses que o Poder Público tenha o dever não só de respeitar, mas de promover[10].

É esse constante sopesamento que caracteriza a atuação administrativa dita discricionária. Qualquer ato dito discricionário é precedido de análise sobre o custo-benefício de determinada linha de ação em detrimento de outra, análise essa que deve ser[11] pautada por princípios, enquanto espécies normativas dotadas de força cogente. Tal operação, feita subjetivamente pela autoridade administrativa competente, é legitimada democraticamente pela divisão de competências estabelecida na Constituição.

É justamente essa dinâmica decisória que torna mais complexo o controle externo de atos administrativos à luz do princípio democrático. O ordenamento jurídico, de forma expressa na Constituição, na legislação infraconstitucional ou implicitamente conforme art. 5º, §2º da carta magna, abarca toda uma sorte de princípios, cuja observância é dever do Administrador Público. Dificilmente um ato devidamente planejado, elaborado e fundamentado não tem base no sopesamento de princípios constitucionais. Se o controle (incluindo o judicial) deve, por definição, comparar o ato produzido com um *standard* idealizado e este deve ter em conta os princípios aplicáveis, inevitavelmente há o risco de que juízos de ponderação venham a ser refeitos, de forma expressa ou subconsciente.

Não se trata, aqui, de constatar a inobservância, em absoluto, de um princípio específico incidente no caso. Um decreto que claramente viole o princípio da publicidade, que não o tenha considerado no sopesamento feito para edição do ato, pode eventualmente ser derrubado a luz da força cogente dos princípios[12]. Entretanto, em tal caso, a publicidade, de

---

[10] Quanto a isso, dizem Egon Bockmann e Paula Pereira (2018, p. 260) que: "Ou seja, tudo o quanto afirmado para os juízes na atividade de interpretação e aplicação do Direito é replicável para todas as autoridades públicas responsáveis pelas decisões nos processos públicos. Não há diferença digna de nota que afaste tais premissas da atividade do gestor público. Quando se aborda as responsabilidades, limites e poderes dos juízes na atividade de interpretação e aplicação do Direito na resolução de casos, na verdade, se deve abordar a figura do decisor público (ou autoridade pública decisória). Mais do que isso: tais deveres se acentuam, eis que a Administração Pública aplica o Direito a todos os casos concretos que lhe são postos a exame (independentemente de iniciativa de terceiros e mesmo na ausência de litigiosidade). A competência decisória cometida a órgãos e entidades públicos é 'irrenunciável', para aqui nos valemos do art. 11 da Lei nº 9.784/1999.".

[11] ênfase na expressão "deve ser". Não se está a vender a tese de que todo sopesamento feito efetivamente é pautado por "interesses nobres". Inclusive, a não relação de uma decisão com algum princípio pode, justamente, ensejar controle judicial sem que disso se extraia a conclusão de malferimento da separação dos poderes.

[12] Sabe-se que existe um abismo entre admitir teoricamente a possibilidade de impugnação de atos apenas se um princípio for totalmente desconsiderado e a prática de decisões judiciais que irão entender ser esse o seu caso

forma anômala, é aplicada no modo "tudo ou nada" (foi considerada ou não, sendo irrelevante "como" foi considerada).

Nesse caso, o controle não incide sobre o ato em si, mas sobre a atuação da administração. Ele busca verificar se ela deu atendimento ao seu dever de "ter em consideração", na medida do que se mostrar viável, os princípios aplicáveis no caso concreto. Se determinado princípio, de aplicação cogente no caso, foi desconsiderado na confecção do ato, conforme atestado da leitura do respectivo procedimento administrativo ou de sua fundamentação, e este acaba por violá-lo, negá-lo frontalmente, é possível que incida o controle judicial sem que se cogite de repetição de processos de sopesamentos feitos pela Administração.

Da mesma forma, também não é objeto de análise[13] eventual sopesamento judicial feito em situação concreta para um ato normativo emanado da administração em abstrato. Nesse caso, não há propriamente a repetição do mesmo juízo de proporcionalidade, já que o sopesamento feito pela Administração considera a realidade "global", enquanto o judicial tem em vista realidades do caso concreto que, muitas vezes, não foram (nem poderiam) ser antevistas na elaboração da norma. Ignorando-se, por ora, a possibilidade de que a exceção do caso concreto vire "jurisprudência" e ganhe caráter abstrato, os juízos de sopesamento em questão são, *a priori*, distintos entre si.

Retomando a questão, o que se busca verificar é a compatibilidade com o princípio democrático e a separação de poderes adotados pela Constituição Federal de 1988 da repetição de juízos de sopesamento. No caso, a Administração edita um ato de efeitos abstratos ou concretos, a partir de regular sopesamento fundamentado, e o Judiciário, ao fazer controle com mesma abrangência (controle abstrato para atos abstratos e concreto para atos concretos) faz seu próprio sopesamento e, havendo divergência de resultados, "impõe" seu entendimento como palavra final. Tal forma de proceder respeita a separação de poderes?

Na doutrina administrativista, é bastante comum ver a constatação de que o mérito administrativo é insindicável ou que apenas os elementos vinculados de um ato administrativo

---

quando isso não corresponde à realidade. A desconsideração do princípio implica a sua ausência na equação e não a sua superação por outro (este caso já resulta de um sopesamento). A aferição da presença de um determinado princípio no sopesamento feito pela Administração se dá muito mais na análise do procedimento administrativo que culminou na sua edição do que propriamente do ato em si. Entretanto, como essa discussão transborda os objetivos deste trabalho, restringir-se-á à constatação teórica dessa possibilidade.

[13] Registre-se que não se está a defender que os dois casos específicos citados acima, de constatação por subsunção de desconsideração de princípio aplicável ou de sopesamento em concreto de norma feita em abstrato, são admissíveis ou não. Trata-se, apenas, de delinear o que não está incluído na análise a ser feita. Cabe pontuar, entretanto, que ambas as práticas tendem a constituir, se for o caso, ameaças menores ao princípio democrático do que a repetição plena de juízos de sopesamento, significando que, se esta for admissível, aquelas tendem a sê-lo também.

são passíveis de controle, ou ainda que, muito embora possível a incidência de princípios para controle da atuação administrativa, há uma parcela que seria imune à revisitação[14].

Em todos os casos, vendo-se a "imunidade" de controle de forma mais ampla ou mais restrita, se entendermos que não existe "vontade pessoal" na atuação do Estado (seja porque não existe pessoa física "Estado" a ter vontade, seja porque é a vontade da Constituição que condiciona o "presentante" e não o inverso), a admissão de sindicabilidade do sopesamento de princípios ou valores envolvidos em uma determinada situação significa não restar muito mais de um ato discricionário que seja realmente da competência "independente" da Administração. Todo ato administrativo representaria uma "decisão liminar", cuja definitividade dependerá da ausência de derrubada judicial ou por órgãos de controle, o que não se coaduna com a ideia de "independência" (SANTOS, 2020, p. 87/88).

Entretanto, a questão é muito mais tormentosa do que faz transparecer a presente análise. A resposta é certamente inconclusiva e depende da postura que se deseja ver do Judiciário.

Inicialmente, a ideia de sopesamento de princípios, enquanto decorrência da proporcionalidade, surge como um mecanismo de controle da administração, de modo que dizer que o uso de tal forma de proceder deve ser limitada à Administração pode representar um contrassenso (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 465/466). Ademais, a própria doutrina de Robert Alexy é explícita ao admitir discricionariedade do legislador apenas se o próprio processo de ponderação resultar em impasse, raciocínio esse que pode ser estendido para atos administrativos (ALEXY, 2005, p. 580).

Além disso, sabe-se de entendimentos da doutrina neoconstitucionalista por uma revisitação da separação dos poderes em bases mais dialógicas e cooperativas, o que não necessariamente seria um problema em si, mas que pode legitimar controles mais profundos caso se veja na intervenção do judiciário o início de um "diálogo" para produção de um ato "melhor" (BARROSO, 2018, p. 125).

Adotando-se uma ou outra corrente de entendimentos acerca do assunto, tem-se por inegável, pelo menos, a defensibilidade do entendimento de que o controle judicial do mérito administrativo[15] tem riscos de representar uma violação à separação dos poderes. Ademais, a aceitação, em sede doutrinária e jurisprudencial, como uma "regra não-escrita", da constatação de que o Judiciário não deve adentrar no mérito administrativo a torna, em si, uma "reserva

[14] Vide, a guisa de exemplo, a definição de "mérito" contida em BANDEIRA DE MELLO, 2010. p. 38.
[15] entendido este como sendo a substituição dos juízos de ponderação feitos pela Administração na edição do ato administrativo

institucional", o que, como já visto, não necessariamente implicaria em violação ao princípio democrático, apesar de ter o potencial de gerar esse resultado.

Basta para prosseguir a constatação da violação em potencial: se a premissa for de que a intervenção no mérito administrativo afronta regras não-escritas, há espaço para que se prossiga com a análise da problemática ora proposta. Se o pressuposto for de possibilidade de tal análise em qualquer caso, a intervenção é possível para defender a democracia ou em qualquer outro caso. A possibilidade de correção da primeira corrente é suficiente e é o único caso que demanda prosseguimento, pois a segunda, por definição, admite o controle de mérito para defesa de regras não-escritas.

Feitos esses esclarecimentos passa-se à forma como o princípio democrático, a luz da chamada "Democracia Militante" pode servir como fundamento para o controle judicial do mérito administrativo.

4. A DEMOCRACIA MILITANTE COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JUDICIAL EXCEPCIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM DEFESA DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS.

Após suicídio de Getúlio Vargas e a eleição de Juscelino Kubitschek à presidência do Brasil, deu-se início a intenso período de turbulência política. A oposição, liderada por Carlos Lacerda, impugnava o resultado das eleições, o que encontrava respaldo em parte da sociedade e do exército. A pretensão de desencadear um possível golpe passou a ser manifestada expressamente, encontrando apoio do Vice-Presidente Café Filho e do Presidente da Câmara, Carlos Luz.

Em novembro de 1955, o então ex-ministro da guerra, Marechal Henrique Lott, obtém junto ao Senado o impeachment do presidente em exercício e, no final do mesmo mês, já tendo retornado ao posto de ministro, isola Café Filho em seu apartamento com tropas do exército e obtém o seu impeachment, o segundo. Tudo isso finaliza, no dia 24 do mesmo mês, com a decretação do Estado de Sítio com aval do congresso nacional, até que finalizada a transição de poder com a posse do novo presidente eleito[16].

Este episódio exemplifica o uso de manobras que em si seriam antidemocráticas como meio de impedir solavancos maiores na democracia (contragolpes). Visto em si, a realização de

[16] Conforme relato contido no acervo do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Link: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/henrique-batista-duffles-teixeira-lott, acesso em 11.04.2021.

dois impeachments em 15 dias, e isolamento de um presidente com tropas do exército não se mostra como medidas condizentes com as reservas institucionais, quiçá com a separação de poderes. Entretanto, se a alternativa é o desrespeito ao resultado das eleições, a admissibilidade de tal forma de proceder é ponto que merece alguma reflexão.

Karl Popper (1974, p. 289/290), na sua Sociedade Aberta e seus Críticos, descreve o que chama de "paradoxo da tolerância". Em suma, argumenta o filósofo que a tolerância não deve ser ilimitada, ou ela própria estará em risco. Ser tolerante demais com os intolerantes geraria a prevalência destes e, com isso, o fim da tolerância. Na medida em que for inviável o diálogo racional como forma de combate à intolerância, ou seja, se for impossível combater a intolerância sem se utilizar desta própria, deve-se reservar o direito de não tolerar os intolerantes, quando isso se mostrar necessário.

O paradoxo da tolerância pode ser traduzido ao âmbito do estudo sobre democracia pelo chamado princípio da "democracia militante" segundo o qual "o regime democrático deve repelir as práticas tendentes a sua própria supressão" (SOUZA NETO, 2020, p. 295). Afinal, se o argumento principal para uma postura passiva do Judiciário é o eventual atentado à democracia e à separação dos poderes, essa razão de agir perderia o sentido se, do outro lado, estiver, justamente, uma ameaça a esses exatos mesmos valores. Um sistema que, para se considerar democrático, tolera ações que levem ao fim da democracia é, no mínimo, autodestrutivo.

Era comum a incidência da democracia militante em casos de análise de registro de partidos políticos ou até de candidaturas, havendo casos históricos de partidos cujos registros foram indeferidos por levantarem bandeiras fascistas, nazistas ou antidemocráticas em geral. O próprio surgimento de tal princípio teria se dado no contexto da segunda guerra mundial, em que Hitler teria utilizado as eleições democráticas alemãs para obter o poder e, então, subverter a própria democracia (SOUZA NETO, 2020, p. 295/297).

Merece registro o fato de que, em épocas mais recentes, tentativas de uso da "democracia militante" foram limitadas pelos tribunais. Melhor dizendo, houve uma maior cautela na invocação desse princípio, com a imposição de limitações jurisprudenciais à sua incidência, até pela sua gravidade (SOUZA NETO, 2020, p. 297/299). Afinal, consiste, assumidamente, em praticar um ato que, no vácuo, seria "antidemocrático" para combater uma ameaça ainda maior à democracia.

De qualquer sorte, a premissa lógica remanesce. Havendo uma ameaça à democracia (incluindo à separação de poderes) que não consegue ser devidamente debelada pelos discursos e debates democráticos, não seria razoável invocar a necessidade de preservação da democracia

como argumento para fundamentar uma atitude claramente atentatória a essa mesma democracia. Por ação ou omissão, em qualquer dos casos, haverá um atentado à democracia. Cabe seguir o curso de ação que gere o menor dano.

Trazendo esse argumento para atos administrativos que violem reservas institucionais deve-se observar o seguinte quadro. Inicialmente, deve-se verificar se o ato em questão, ao violar uma reserva institucional, representa alguma limitação democrática, já que, conforme já visto, a quebra de regras não-escritas implica tentativa de ruptura institucional, o que não necessariamente representa malferimento democrático.

Representando uma efetiva violação democrática, faz-se o juízo de ponderação conforme a regra da proporcionalidade, verificando-se a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida (SILVA, 2010, p. 167/178), apenas no que concerne ao princípio democrático. É possível que um ato administrativo parta do sopesamento de uma série de princípios: o argumento ora trazido legitima apenas a reanálise da questão sob a ótica da democracia e da separação dos poderes. Quanto a tais princípios, pode o poder judiciário promover um novo sopesamento e, caso entenda haver desproporcionalidade, derrubar o ato. Eventual usurpação de competência que poderia haver com tal forma de proceder seria "compensada" pela perda democrática que deixaria de ocorrer[17].

Para dar maior concretude ao dito acima, cabe analisar alguns exemplos. No MS 37.097/DF, o ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, suspendeu a nomeação de diretor da Polícia Federal, sob o argumento de que tal ato seria feito com vistas a "transformá-la" em órgão de inteligência da Presidência da República.

A admissibilidade de adentrar no mérito, no presente caso, partiria de uma série de premissas. Se uma suposta independência da polícia federal for da essência do arranjo institucional que caracterize os freios e contrapesos democráticos e se a nomeação em questão tiver força suficiente para mudar esse estado de coisas ao ponto de representar uma ameaça significativa à democracia, a derrubada do ato seria cabível sem que se perquira de atitude antidemocrática ou antirrepublicana do judiciário. De qualquer forma, a análise de tais pontos já implica em adentrar no mérito do ato.

Outro exemplo similar, mas com desfecho distinto, também pode ser citado. Nos autos do processo nº 0802019-41.2019.4.05.8103, o juízo da 18ª Vara Federal do Ceará suspendeu nomeação de presidente da Fundação Palmares, sob a alegação de que o nomeado possuía postura pessoal diametralmente oposta aos fins da Fundação e sua condição futura de presidente

[17] Quanto à admissibilidade do controle judicial para assegurar a participação democrática, inclusive quanto às minorias, vide, por todos, ELY, 1980.

de tal entidade poderia violar a equidade, a valorização do negro e a proteção da cultura afro-brasileira. Tal decisão foi mantida em 2ª instância, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, por fim, derrubada no Superior Tribunal de Justiça, sob os argumentos de que o Judiciário deveria se abster de manifestações quanto à conveniência e oportunidade e que manifestações em redes sociais não seriam indicativos suficientes de competência profissional, ao ponto de fundamentar decisões desse gênero.

Nessa situação, o dilema ora tratado também se apresenta. Presumindo que houvesse comprovação suficiente de que o posicionamento pessoal do indicado para chefiar a Fundação Palmares era solidamente oposto aos objetivos institucionais da organização e que esta seria incumbida de fins relacionados à proteção de interesses minorias negras, é possível que se concluísse que a nomeação em questão representasse um atentado potencial[18] à democracia.

Nesse caso, invocar reservas institucionais como argumento para que o Judiciário não entre no mérito da nomeação soa contraditório, já que em ambos os polos o valor a ser defendido é a democracia, ainda que sob óticas distintas. Seria possível negar o provimento acaso não houvesse provas sólidas o bastante desse posicionamento oposto aos fins da fundação ou da relação entre os fins desta e a defesa das minorias; ou caso se entendesse que não passaria pelo exame de proporcionalidade em sentido estrito a intervenção judicial em relação à violação democrática havida com a nomeação em questão. Mas nesses casos já teria havido a apreciação do mérito, mesmo se o resultado for o indeferimento.

Isso pode ser observado também em outros países. Após sua derrota nas eleições de 2016, o governador republicano da Carolina do Norte, nos EUA, nomeou quase mil funcionários de sua confiança e o legislativo estadual, majoritariamente republicano, passou a exigir confirmação do Senado para alguns cargos e diminuiu a corte suprema estadual em três membros, retirando três indicações do governo seguinte. Em essência, o governo republicano (executivo e legislativo) aprovou diversas medidas para limitar a autonomia do governo seguinte, democrata (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 200/201).

O caso acima é constantemente citado como um exemplo de quebra de reservas institucionais. Nenhuma das medidas citadas acima, vista no "vácuo", viola alguma regra escrita, propriamente. A nomeação de funcionários é medida recorrente e a alteração do modo de funcionamento da corte suprema é possível. O problema ocorre quando tais medidas são utilizadas em conjunto e com a clara finalidade de subverter o resultado legítimo de um processo democrático, tirando do novo governo autonomia em "retaliação".

[18] Sobre a utilização dos princípios da prevenção e da precaução para o controle imediato de atos administrativos com base em seus efeitos futuros vide FREITAS, 2009, p. 138-144.

O uso de mudanças institucionais impessoais para fins "pessoais" (ainda que partidários) viola regras não-escritas e a extensão de como isso foi feito representa uma grave violação à democracia[19]. Nesse tipo de situação, se a intervenção for menos "antidemocrática" que a omissão, deve-se intervir, ainda que na estrita medida do que se mostrar indispensável.

Feitas essas considerações, cabe uma última advertência. Dizer que juridicamente seria possível ao Judiciário entrar no mérito de decisões de outros poderes que atentem contra reservas institucionais não significa que tal medida sempre deverá ocorrer. Há uma série de fatores que influenciam a decisão judicial, em especial da jurisdição constitucional ou do Supremo Tribunal Federal (MELLO, 2013, p. 373/384), e a admissibilidade jurídica de uma intervenção não implica na prudência ou eficiência de assim fazê-lo.

O chamado Constitucionalismo Abusivo se caracteriza, em especial, por sua versatilidade (LANDAU, 2013, p. 217). Há inúmeras formas de manipulação dos arranjos institucionais para favorecer um ou outro poder ou interesse e boa parte desses mecanismos não são suscetíveis de bloqueio por decisões judiciais. Para a defesa democrática, não basta uma corte ativa, sendo necessário o comprometimento de toda a sociedade com tais valores (GINSBURG, 2018, p. 245), de modo que estes permeiem as demais instituições e organizações, todas imbuídas desse mesmo propósito.

Casos pontuais de violações de reservas institucionais, dentro de um ambiente em que valores democráticos são minimamente preservados, podem ser devidamente tratados mediante intervenção judicial. Além dos exemplos já citados, o governo Álvaro Uribe, da Colômbia, em uma época quando lideranças caudilhas com viés autoritário estavam surgindo na América Latina, pleiteou e conseguiu a aprovação da segunda reeleição, o que foi bloqueado pela corte suprema, por violação democrática em razão do potencial de captura das instituições (LANDAU, 2013, p. 200/203). A ausência de novas tentativas ou até de retaliação contra a Corte Suprema fala muito mais sobre a democracia colombiana do que sobre a eficiência ou admissibilidade do controle judicial de mérito em tais casos.

Entretanto, se o contexto é desfavorável, a atuação judicial é inútil, se não suicida. O caso turco é emblemático disso. A suprema corte turca, na década de 90, decidiu banir o "Islamist Welfare Party", um partido político que supostamente violaria o caráter secular da política do país. Tal decisão foi mantida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir do conceito de Democracia Militante. Entendia-se que sua plataforma era religiosa ao ponto de ser incompatível com o regime democrático.

[19] Sobre o potencial destrutivo de instituições extrativistas (não só economicamente, mas sob ponto de vista político - patrimonialistas), vide ACEMOGLU; ROBINSON, 2012. p. 356/389.

Ocorre, entretanto, que tal partido tinha representação significativa e fazia parte da coalizão majoritária. Seu banimento gerou partidos sucessores: primeiro o "Virtue Party", banido logo após pela corte suprema, e, após, o "Justice and Development Party". Esta última iteração obteve, em eleições, a maioria do parlamento em 2002, 2007 e 2011. Eventualmente essa maioria foi utilizada, justamente, para alterar a composição e os poderes da Corte Suprema (LANDAU, 2013, p. 220/224).

No caso russo, a Corte Constitucional recém-criada proferiu diversas decisões garantindo poderes ao Parlamento de influir no governo do então presidente Boris Yeltsin. Tais decisões seriam, supostamente, respaldadas pelo texto literal da constituição, mas, ainda assim, a discordância do presidente era intensa. Com o presidente interpretando extensivamente seus poderes, o Parlamento não renunciando a suas atribuições de intervenção e a Corte Suprema tendo de intermediar esse conflito, a tensão escalava. Eventualmente, Yeltsin ordenou o bombardeio do parlamento e fechou a corte suprema, reabrindo-a depois com a nomeação de ministros leais ao presidente. Ao final, a postura ativa da Corte Constitucional em defesa da democracia resultou na sua própria derrocada (SCHEPELLE, 2014, p. 58/60).

Tais exemplos são ilustrativos do último ponto que se deseja enfatizar neste trabalho. É juridicamente admissível que o judiciário adentre o mérito de atos administrativos, quando tais atos violam reservas institucionais. A defesa da democracia, por suas regras não-escritas, pode ser argumento para uma postura judicial mais ativa, caso não haja possibilidade de se lidar com a ameaça à democracia por meios que importem em menor intervenção entre poderes.

Entretanto, a possibilidade jurídica de agir dessa forma não implica na conveniência política de assim fazê-lo. A quebra de regras não-escritas de um lado incentiva o mesmo tipo de ação do outro (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 204). O Judiciário é incapaz de parar totalmente ameaças que estejam calcadas em constitucionalismo abusivo e qualquer tentativa "heroica" de assim fazê-lo poderá implicar em suicídio institucional. A intervenção pontual, no caso concreto, para que seja possível, não só sob o aspecto jurídico, demanda a existência de um tecido social que valorize a democracia e as instituições, sendo esse o mecanismo mais eficiente de defesa de tais valores.

5. CONCLUSÃO

O debate sobre democracia retornou à baila recentemente. Movimentos e símbolos nazifascistas retornam ao noticiário e discursos autoritários, mesmo sem mudar a essência de muitos regimes democráticos, acaba por esgarçá-los em níveis preocupantes (SOUZA NETO,

2020, p. 28). Vê-se a democracia em crise, demandando salvamento, o que foi agravado pelo cenário pandêmico que, por muito tempo, inviabilizou a mobilização popular.

Ante violações democráticas, argumentos de "separação de poderes" ou "insindicabilidade do mérito administrativo" soam como alienígenas. Mesmo sem que se adote uma visão da Jurisdição Constitucional como mecanismo de representação discursiva, ou que se embarque em uma visão neoconstitucionalista ou mais ativista do Poder Judiciário, utilizar o arranjo institucional como argumento para impedir sequer a análise de atentados a esse mesmo arranjo aparenta ser ilógico. A tolerância não deve ser exercida com os intolerantes, quando assim fazê-lo puder gerar o fim da própria tolerância.

Em face de um ato administrativo, de qualquer natureza, que viole regras não-escritas, atente contra a democracia enquanto princípio, incumbe ao Judiciário apreciar o mérito da questão, fazer seu próprio sopesamento e, se entender que há restrição indevida à separação dos poderes ou à democracia, intervir. Tudo isso sem que tal prática faça do Judiciário o "herói" contra violações democráticas. Contra práticas reiteradas de constitucionalismo abusivo, apenas a conscientização popular oferece proteção adequada.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James**.** *Por que as Nações Fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review and representation*. I·CON, Volume 3, Number 4. p. 572–581. Nova Yorque: Oxford University Press and New York University School of Law, 2005.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Editora Vega, 1998.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional***.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo* – v. 1. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte: Fórum, 2018

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009

DEZAN, Sandro Lúcio; GUIMARÃES, Jader Ferreira; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *A Administração Pública Concretista de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental a Boa Administração Pública*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

GINSBURG, Tom**.** *How to save a constitutional democracy*. Chicago, London: The University of Chicago Press, 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. UC Davis Law Review, v. 47, 2013.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam. STOKES, Susan C. *Democracy, accountability, and representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAURER, Hartmut. *Direito do Estado: Fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais*. Tradução de Luis Afonso Heck. 6. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Interferências Extrajurídicas sobre o Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, A.; PAULA, D.; NOVELINO, M. *As novas faces do ativismo judicial.* Salvador: Editora JusPodivm, 2013

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª Ed.. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, E. B.; PEREIRA, P. P. Art. 30 da LINDB - *O dever público de incrementar a segurança jurídica*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 243–274, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77657. p. 260. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657. Acesso em: 23 de agosto de 2022

NORTH, Douglas. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford university Press, 2019

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos e trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHEPELLE, Kim. *Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary).* Transnational Law & Contemporary Problems, v. 23, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Democracia em crise no Brasil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. The John Marshall Law Review, Chicago, v. 37, n. 2, p. 523-553, 2004. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=451960.