

ATIVISMO JUDICIAL NO MÉRITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JUDICIAL ACTIVISM ON THE MERIT OF PUBLIC ADMINISTRATION

William Thomas Gubert¹

Resumo: O presente trabalho em formato de artigo analisa os conceitos, as aplicações e as repercussões extraídas entre os termos Ativismo Judicial, Mérito da Administração e Discricionariedade Administrativas. O objetivo é examinar, bem explicar, significar, separar e, naquilo que for possível, correlacionar os três institutos acima. Para tanto, foi realizada uma breve revisão de literatura acerca dos Princípios Constitucionais Aplicáveis ao

estudo e às temáticas pesquisas: Legalidade, Controle Judicial da Administração Pública e Inafastabilidade Jurisdicional; bem como - pela mesma metodologia bibliográfica - do trio sinalizado no primeiro parágrafo. Os dados diagnosticados revelaram que são espaços e conteúdos jurídicos distintos, porém relacionáveis entre si; sobretudo para um diálogo técnico e hermenêutico hábil à luz da Constituição Federal e dos demais regramentos do

¹ Especialista em Direito Obrigacional, em Direito Tributário, em Direitos Humanos (todas pela Faculdade Focus) e em Direito das Famílias e das Sucessões (Faculdade UniAmérica). Pós graduando em Direito Administrativo pela Faculdade Focus. Advogado. Bacharel em Direito laureado e com destaque acadêmico pela PUCRS. Capacitação em Direito e Processo Penal (Faculdade IBRA).

Ordenamento Jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, mérito administrativo, discricionariedade do administrador e princípios constitucionais.

Abstract: The present work in article format analyzes the concepts, applications and repercussions extracted between the terms Judicial Activism, Administrative Merit and Administrative Discretion. The objective is to examine, explain well, signify, separate and, where possible, correlate the three institutes above. To this end, a brief literature review was carried out on the Constitutional Principles Applicable to the study and research themes: Legality, Judicial Control of Public Administration and Jurisdictional Inalienability; as well as - by the same bibliographical methodology - of the trio

indicated in the first paragraph.

The diagnosed data revealed that they are distinct legal spaces and contents, however relatable to each other; above all for a skillful technical and hermeneutic dialogue in the light of the Federal Constitution and the other regulations of the Brazilian Legal Order.

Keywords: Judicial activism, administrative merit, administrator discretion and constitutional principles.

Introdução

Ao visualizar o momento presente da Ordem Jurídica brasileira, nota-se que, ainda, inúmeras percepções e inquietações são sentidas quando se fala do mérito administrativo, da discricionariedade administrativa e do ativismo judicial. Tan-

to das definições em si, quanto das preocupações pertinentes à concretude deles, mormente das indevidas e indefensáveis ideias prejudiciais ao Direito sistêmico.

Ademais, considerando que o hodierno estágio de constitucionalidade faz operar um grande labor por parte dos magistrados, sobretudo na confirmação e na efetivação dos direitos péticos, toma-se como ponto de partida a premissa de que somente a concepção teórica, desconectada entre si, não basta à compreensão dos fenômenos jurídicos acima postos em evidência. Tendo em vista o impacto constante na práxis, vislumbrou-se como inescapável o dever de revisão das categorias e das significações encontradas no seio doutrinário para o que venham a ser as conceituações majoritárias do escopo da academia jurídica desses mesmos institutos.

Dentro do Estado Democrático de Direito, uma vez mais, mostra-se indeclinável o interesse à manutenção dele, visto que ele é resultado do esforço da comunidade política de um período histórico para muito além da subjetividade interpretativa do mundo jurídico (STRECK, 2013) de um administrador ou de um juiz público. Como será examinado no seguimento deste artigo, tais entendimentos, quando descolados da Carta Magna e, especialmente do Ordenamento íntegro, sem dúvida comprometem e põem em risco a própria existência sadia do mesmo nos piores casos hipotéticos.

Destarte, adianta-se que o intuito atual não é assombrar ou afastar a coletividade com esses escritos, haja vista que, muito pelo contrário, almeja-se conciliar as divagações e as agonias debatidas na doutrina com a prá-

tica futura.

Para a pontual consideração inicial, encerra-se os termos introdutórios inserindo este labor acadêmico na linha de um roteiro-guia de estudos e análises cuidadosas sobre a tríplice principiante a fim de auxiliar o entendimento e, se possível, a realização de novas medidas teórico-práticas à finalização dos males encontrados na pesquisa.

Princípios Constitucionais Aplicáveis

Princípio da Legalidade

O Estado, por meio dos seus agentes administradores, conforme o estágio hodierno constitucional, precisamente do Estado Democrático de Direito, deve cumprir e ser submetido a certas normas jurídicas; dentre elas, o princípio da legalidade contido no art. 37 caput da Carta

Magna.

O referido comando da Constituição visa determinar à Administração Pública que, diferentemente do que ocorre com os particulares em geral, os quais podem fazer tudo que a lei não proíba, somente pode realizar as atividades que a legislação hábil, anteriormente, autorizou. Com isso, de pronto, percebe-se uma nítida peculiaridade ao setor público ora apontado: a dependência, a partir da Constituição, de norma legal previamente fixada pelo Legislativo. Logo, sem dúvidas, fixa-se que a atuação do Estado-administração jamais poderá ser praticada sem o amparo da lei.

Entretanto, como examinado apropriadamente, a doutrina brasileira há muito tempo escreve no sentido de que o princípio pétreo aqui tratado não se restringe à lei em sentido estrito,

mas, ao contrário, deve ser lido e compreendido como submissão ao Direito como um todo, ultrapassando as barreiras formais da legalidade parlamentar.

Dessa forma, tal como defendido virtuosamente por grandes juristas, hoje o conceito dado ao Princípio da Legalidade deve abarcar, também, normas constitucionais à evidência do Estado atual, força pela qual, o zelo do administrador estatal precisa respeitar, além das leis, a Constituição e as suas regras, incluídos os seus princípios (STRECK, 2017 e FREITAS, 1998).

No Brasil, o princípio da legalidade significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares administrados, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Assim, ad-

ministrar é prover aos interesses públicos, caracterizados em lei, fazendo-os na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na concreção daquilo contido abstratamente nas leis (MELLO, 2015 e FREITAS, 1999).

Conceituação dada por Hely no que toca o princípio da legalidade (art. 37 da CF) significa que o administrador público, está (em toda a sua atividade funcional) sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum; deles não podendo se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 1998).

Nessa linha do tema, apresenta-se como certo que todo ato administrativo precisa

estar em conexão explícita com o plexo de princípios constitucionais, infere-se que a liberdade do administrador terá de ser constitucionalmente defensável, não bastando ser legal. Logo, indispensável ultrapassar a labiríntica e improdutiva tendência de controle unidimensional, legalista e despreocupado; militando-se a um conceito mais completo de políticas públicas (FREITAS, 2015).

Princípio do Controle Judicial da Administração Pública

Andando em harmonia com o princípio da legalidade, existe o do controle ou da fiscalização administrativa, o qual, por sua vez, busca, como a nomenclatura indica, fiscalizar a atuação do Estado-administrador, sobretudo para coibir abusos efetuados pelos agentes do Direito Público.

Dessa forma, cientes de que o Estado-administração deve, por força vinculante da Constituição Federal, obedecer a legalidade ampla, decorre que a Administração poderá ser objeto de controle do Judiciário à tarefa de examinar, no caso concreto, se houve a efetiva observação do autorizado constitucionalmente quando da realização do ato administrativo.

Para a ampliação do debate, far-se-á o uso do magistério competente sobre o presente princípio.

Celso de Mello discorre que no Princípio do controle judicial dos atos administrativos no Direito pátrio, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Aqui, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º,

XXXV, da Constituição. Logo, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados. É para o Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, assim, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis (MELLO, 2015 e FREITAS, 1999).

Em primorosa lição, Mello trouxe que ao Judiciário assiste não só o direito mas o in-

declinável dever de se debruçar sobre o ato da Administração, praticado sob título de exercício discricionário, com o desiderato de verificar se manteve-se ou não fiel aos fins da lei; se guardou afinamento com a significação possível dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva. Por consequência, contestar esta assertiva equivaleria a admitir que a própria razão de ser da lei pode ser desconhecida e aniquilada sem remédio. A ausência de um contraste possível, nesses termos, seria o mesmo que referendar a ilimitação do poder administrativo, ideia contraposta ao princípio da legalidade, vigamestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo. Portanto, a interpretação do sentido da lei, à pronúncia judicial (controle),

não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade administrativa, tão só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações inobjetiváveis, porém recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível (MELLO, 2015).

Para tanto, o Poder Julgador coteja os fatos do mundo real, em que se aproveitou a Administração, com a previsão hipotética deles, para ver se os primeiros realmente se incluem ao enunciado normativo. Além disso, perquire a intenção do agente administrador, para aferir seu ajuste à finalidade da lei, visto que a norma não prestigia comportamentos desarmônicos

aos objetivos públicos em geral e com o objetivo público específico correspondente à tipologia do ato exarado. Com efeito, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais e o conteúdo do ato ao atendimento dos fins que a lei elegera como perseguíveis no caso. Trata-se, dessa forma, do meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade (noção cardeal no Estado de Direito). A lei tanto pode ser ofendida (ilegitimidade) de modo em manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente. Isso sucede, exatamente, quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia. Esta última forma de ilegalidade, inclusive, revela maior grau de periculosidade ao sistema normativo e à

garantia da legalidade, justamente porque, não sendo tão perceptível, pode, às vezes, escapar da lei, propiciando à Administração subtrair-se, indevidamente reitera-se, ao crivo do Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou cauteloso em demasia na investigação dos atos administrativos (MELLO, 2015 e FREITAS, 1999).

Na conclusão sintética do capítulo, Mello traz que é, precisamente em casos que comportam discricção administrativa, que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso e necessário aos jurisdicionados (representa a garantia última) à contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. Logo, apresenta que o campo de apreciação meramente subjetiva (mérito/discricção hábil:

conceito legal fluido e impreciso, ou conveniência ou oportunidade de um ato quando possível) permanece exclusivo do administrador e sendo um impedido ao juiz, pois, se assim não fosse, haveria substituição de um pelo outro (invasão de funções, princípio da independência dos Poderes, art. 2º da Lei Maior (MELLO, 2015 e FREITAS, 2007).

O docente da PUCRS, Juarez Freitas, defende o controle, acima de tudo, como defesa congruente e consistente das prioridades cogentes da Carta, encarnados no direito fundamental à boa administração (nada menos e nada mais). Em outras palavras, a Carta, à vista da sua continuidade normativa, reclama acatamento seguro contra volatilidades. Trata-se de acolher o caráter heterônomo da tábua constitucional de prioridades conformadoras e limitadoras de

preferências contingentes (FREITAS 2015 e 1999).

Conforme expresso por Freitas, ocorre o controle do vício ou do “demérito” (FREITAS, 2007), sem exceção; destacando-se que não se aceita uma motivação débil (FREITAS, 2007), porque se exige uma justificação congruente (salvo mero expediente; autodecifráveis e nas excepcionais permissões, tal como no cargo comissionado). Todos, todavia, devem ser, no mínimo, motiváveis, vale dizer, passíveis de aprovação no teste de racionalidade intersubjetiva, coibida toda e qualquer arbitrariedade, inclusive a do controle. Ademais, não se admite, sob nenhuma hipótese, uma discricionariedade distraída do direito fundamental à boa administração e dos seus fins entrelaçados (FREITAS, 2015).

Na ótica hodierna do

Estado Constitucional, ocorre uma espécie de controle administrativo de constitucionalidade da implementação das políticas públicas (FREITAS, 2015), tarefa a ser cumprida, de ofício, pela Administração Pública e pelos controles em geral, não apenas os jurisdicionais (contenção da discricionariedade sem métrica). Outrossim, preconiza-se, que todos os atos administrativos, ao menos negativa ou mediatamente, são controláveis (FREITAS, 2007) e, para estarem corretos, indubitoso que tal conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se justifica, por definição, se imantada pelo primado do direito fundamental à boa administração (FREITAS, 2015 e 2007).

Portando, em outra forma de dizer, o professor Juarez Freitas deseja um controle administrativo endodérmico

(FREITAS, 1999), ou seja, mais aprofundado (FREITAS, 2007) e intenso (FREITAS, 1999). O controle, com pertinência do autor, dos atos discricionários e vinculados não pode aplicar uma lógica reducionista do “tudo-ou-nada”, ao menos em atuação eminentemente proporcional. As visões, continua Freitas, antigas do controle de discricionariedade administrativa (e de governança pública) não são satisfatórias (deixam de filtrar os enviesamentos) e, assim, conduzem a fracassos. Logo, a crítica dos vieses precisa crescer no exame tópico-sistemático das políticas públicas à capacidade de controle reflexivo sobre os impulsos e vieses cognitivos (FREITAS, 2015).

Dentre as particularidades desse princípio, indica-se que o Poder Julgador: a) deverá ser provocado (não de ofício), b) controlará posteriormente à rea-

lização da atuação do administrador e c) limita o magistrado à apreciação dos limites ofertados ao agente público (não podendo ultrapassar a barreira).

Com efeito, para os propósitos deste labor, seguir-se-á a ótica jurídica do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2015 e 1999) outrora instruída, razão pela qual reconhece-se o dever do reexame acerca do entendimento do que venha a ser o controle administrativo realizável pelo Poder Julgador. De tal forma, impõe-se uma fiscalização aprofundada (incisiva) no que pertine aos atos do administrador estatal às concretizações dos programas constitucionalmente vinculantes.

Princípio da Inafastabilidade Jurisdicional

Completando a tria-

de principiologia abordada, há o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, no qual persiste a ideia de que, no patamar estatal atual, não haverá lesão ou ameaça à lesão de direitos que escape da jurisdição da magistratura.

A premissa é importantíssima, porque, de acordo com o art. 5, inciso XXXV (FREITAS, 1999) da Constituição Cidadã, tais ofensas jurídicas poderão ser direcionadas à tutela jurisdicional, sobretudo, aqui importando relevantemente, acerca das possíveis máculas dos administradores públicos (MELLO, 2015). Em outro arranjo de palavras, é uma das formas dos particulares provocarem o Judiciário à análise da atuação administrativa com o Direito aplicável ao cenário.

Para tanto, o administrado poderá valer-se da sua garantia fundamental levando o seu caso ao juízo dos magistrados e,

consequentemente, invocando a união sistêmica dos dois outros princípios insculpidos na Constituição, quais sejam, o da legalidade e o do controle ora apreendido.

Discricionariedade administrativa

Já introduzida a temática central do presente labor acadêmico, começa-se, agora em sede de desenvolvimento, definindo e explicando o que venha a ser a discricionariedade administrativa.

Antes do conceito em si, cabe ressaltar que, como será visto mais adiante, a expressão “discricionariedade” não se restringe ao direito administrativo, razão pela qual faz-se necessário seguir com a complementação de “administrativa”, ou, ainda, dos seus sinônimos, tais como: “do

administrador”, “do Estado-administração”, “da Administração Pública” e afins.

Passado o ponto de cunho pedagógico à máxima compreensão do abarcado por este artigo, inicia-se escrevendo que a Lei, por si só, não pode prever todos os casos possíveis à atuação do administrador público (MEIRELLES, 1998 e FREITAS, 1999), por mais de um motivo, os quais, ao menos para o presente objetivo, não serão tratados pela objetivação própria dos artigos e a sua consequente limitação de páginas. Com efeito, resta à Administração, a qual, desde já frisa-se, deve sempre atuar consoante a juridicidade em sentido *lato* (FREITAS, 2015) (legalidade ampla ou o Direito como um todo (FREITAS, 1999)), uma prerrogativa concedida pela legislação, qual seja, a notória discricionariedade admi-

nistrativa.

Seguindo o raciocínio, a aludida discricionariedade pode ser entendida e analisada sob diversas óticas e valências, porém, conforme introduzido há pouco, cabe examinar aqui um número específico de características, justamente pela vasta complexidade temática em relação ao limite de páginas.

Nesse norte, começa-se citando a doutrina administrativista famosa acerca do tema:

O renomado professor Juarez Freitas, da pós-graduação da PUCRS, em diversas obras e oportunidades, enfatiza a necessidade de uma revisão da categoria da discricionariedade e de seus grandes traços (B. Mello) com o desiderato de realinhá-la ao caráter vinculante das políticas públicas. Errôneo, então, reconhecer a

discricionariade como irrestrita liberdade à emissão de juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática ou não de certas políticas (como se fossem mensuráveis). Diferentemente, disso, o docente gaúcho diz que, em verdade, as opções válidas *prima facie* nunca são indiferentes, ímpeto pelo qual pode-se reconceituar a aludida discricionariade como sendo a competência (não mera faculdade (FREITAS, 2015) de avaliar e eleger, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas preliminarmente estabelecidos, com observância justificada (interna e externamente; Jerzy Wróblewski e Pier-

luigi Chiassoni) de prioridades constitucionais, no uso pertinente e eficaz dos recursos disponíveis (FREITAS, 2015).

Nessa esfera de lógica, a discricionariade administrativa, no Estado Democrático, deve estar vinculada às prioridades constitucionais (FREITAS, 1998), sob pena de transmutar-se em arbitrariedade (ação ou omissão). Com efeito, sabe-se que na realização de atos discricionários o agente público, queira ou não, emite juízos de valor (escolhas no plano das consequências diretas e indiretas) no intuito (*juris tantum*) de encaminhar eficiente e eficaz incremento das prioridades da Lei Fundamental. A discricião existe, somente, para que se materializem, com presteza adaptativa, às vinculantes finalidades constitucionais. De-

corrência lógica da temática aqui colacionada é, portanto, constatar que, quando do exame da liberdade administrativa legítima, a autoridade jamais desfruta de liberdade pura (FREITAS, 2007) para escolher (ou deixar de escolher) as consequências diretas e indiretas (controle dos porquês e do “timing” das decisões administrativas). Ademais, pontua-se que a tal liberdade acima escrita é conferida somente para que o bom administrador desempenhe a contento as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade (nunca ao excesso, nem à omissão procrastinatória) (FREITAS, 2015 e 2007).

No tocante aos atos administrativos, particularmente aos discricionários, têm-se que a discricionariedade é vinculada à íntegra das prioridades cogentes da Carta, ou seja, aqueles que o agente público pratica mediante

juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em vista encontrar a maior praticabilidade dos mandamentos constitucionais, sem que se mostre indiferente a escolha contextual de consequências diretas e indiretas. Em outro modo de dizer, o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos instrumentais de aperfeiçoamento do direito fundamental à boa administração. Não desfruta da discricionariedade ilimitada, nem padece da vinculação total: dois equívocos espelhados. Por consequência, a distinção entre atos vinculados e atos discricionários instala-se somente na intensidade do vínculo à lei como regra (FREITAS, 2015).

A conceituação dada pelo notório publicista Mello, é, para cá, bem-vinda pois o autor diz que a discricionariedade é a

margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, almejando cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2015).

Exposta a significação da discricionariedade aqui vista, percebe-se que se trata necessária e inexoravelmente de um poder limitado (demarcado/contido) em fronteiras requeridas até, por imposição racional, uma vez que, à falta delas, perderia o cunho de poder jurídico. Ademais, cumpre reconhecer que, como imperativo

racional, há meios de se determinar sua extensão ou perderiam qualquer sentido e seriam palavras ocas, valores nulos, expressões sem conteúdo ou, mais radicalmente, atestados flagrantes de inconsequência do próprio Estado de Direito. Desse norte estabelecido pelo grande Mello, não há como conceber (ou aprender) racionalmente a noção de discricionariedade administrativa sem remissão lógica à existência de limites a ela, decorrentes da lei e do sistema legal como um todo (FREITAS, 1998) sob pena de reduzi-la a mero arbítrio (negador do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro). Com efeito, a imprecisão das noções práticas vazadas no pressuposto ou na finalidade legal é sempre relativa (nunca absoluta), por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei, mormente dentro de um sistema de normas,

no qual existe sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação das palavras vagas e reduzir-lhes a fluidez a um mínimo. Logo, o renomado jurista segue afirmando que todo conceito, por ser conceito, tem limites (Queiró, Jellinek). Se não os tivesse, *ipso facto*, não seria um conceito. Um conceito é, por definição, noção finita, exatamente por corresponder a uma operação mental que isola um objeto de pensamento. E, na medida em que o faz, estabelece discriminações. A lei, ao se valer de conceitos, sejam eles quais forem, para disciplinar certas situações, não se propõe a outra coisa senão a dividir, discriminar, catalogar, classificar, e, enfim, estabelecer referências. Em resumo: separa e isola objetos de pensamento para firmar correlações (fatos como pressupostos e valores como finalidades). Por fim,

Celso diz que todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o qual a comunicação humana seria impossível. Por isso, mesmo quando apresentam noções elásticas, estão de todo modo estabelecendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido (MELLO, 2015).

Com a expressão atos discricionários, Mello diz que seriam aqueles nos quais a Administração pratica com certa margem de liberdade (avaliação ou decisão) segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. Neles, a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias do caso concreto, impondo-lhe e, simultaneamente, facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao

que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. No final da página, reitera que, não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos; nenhum ato é totalmente discricionário, dado que será sempre vinculado com relação ao fim e à competência. Do mesmo modo, a finalidade do ato é, sempre e, obrigatoriamente, um interesse público (MELLO, 2015).

Nos termos da docente, reconhecida na área em exame, Maria Di Pietro, conta que a atuação discricionária é quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas consideradas válidas para o direito. Con-

tinua a autora afirmando que, apesar de ser amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração, a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei (a competência e a finalidade, em sentido estrito); não existindo ato administrativo inteiramente discricionário. Assim, vê-se que no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos pela lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência (DI PIETRO, 2019).

Com uma redação diferente das anteriores, porém com ideia semelhante, o autor Neto, jurista de quilate, explica que a discricionariedade desdobra, à Administração Pública, um novo espaço jurídico decisório substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a am-

plitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração (MOREIRA NETO, 2014). A discricionariedade é uma técnica jurídica que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à ideia de legitimidade contida na lei, o que a assemelha, de certo modo, ao instituto da delegação, outorgada pelo legislador ao administrador público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária integração casuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta. Há um conteúdo central na lei, que vincula o administrador público à específica finalidade a que se destina, mas esta vinculação já não mais se dá à legalidade estrita, pois esta ficou incompleta no comando legal, mas à legitimidade,

que deverá ser, necessariamente, deduzida daquele conteúdo. De todo modo, é sempre útil sublinhar que, como ocorre no símile da delegação, o exercício da discricionariedade não pode ultrapassar o cometimento outorgado, só tendo cabimento, o seu exercício, dentro dos limites da lei, força pela qual não deve ser confundida com a arbitrariedade, que consiste no agir fora da lei ou contra ela. O autor encerra lembrando que, em verdade, o poder de instituir as hipóteses de discricionariedade é exclusivo do legislador, e não do administrador, que apenas terá condições de agir vinculadamente: à legalidade (FREITAS, 1999), à moralidade e à legitimidade (MOREIRA NETO, 2014).

Pertinente ao ponto da discricionariedade administrativa, merece ser dito que a supramencionada discricionariedade, ao contrá-

rio do que poderia ser entendida em uma leitura prefacial, diz respeito, em verdade, ao Poder Legislativo. A frase é advinda da concepção sistemática do Direito Administrativo, especialmente à harmonia da legalidade constitucional. De outro modo, diz-se que o instituto aqui visto é conferido, especificamente, pela Constituição e pelos legisladores, exatamente na medida em que o espaço à discricção apenas existe naquilo que essas duas fontes jurídicas aceitam.

Feitos os comentários e notas sobre as definições dadas por uma parcela da doutrina, chega-se ao momento de definir qual a significação fornecida pelos juristas melhor atende aos requisitos deste labor. Nesse limiar, desde agora com as devidas ressalvas respeitadas acerca dos pensamentos diversos, deixa-se de adotar qualquer entendimento:

a) que somente entenda discricionariiedade administrativa, como faculdade ou mera liberdade, b) que confunda essa discricionariiedade com liberalidade irrestrita ou ilimitada e c) de uma discricionariiedade desamparada dos ditames da Constituição de 1988.

Desse modo, para este breve artigo, será acolhida, sem qualquer adendo, porque a conceituação dada é de clareza irretocável a belíssima definição de discricionariiedade administrativa, no hodierno Estado Democrático, de Juarez Freitas, como sendo, sinteticamente: a competência de avaliar e eleger, *in concreto*, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas preliminarmente estabelecidos, com observância justificada (interna e externamente) de prioridades constitucionais, no uso pertinente e eficaz dos recursos

disponíveis.

Assim, tal discricionariedade deve estar, sempre, vinculada às prioridades constitucionais, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade. Em complemento, afirma-se que a discricção existe, somente, para que o bom administrador desempenhe a contento as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade à materialização das vinculantes finalidades constitucionais.

O administrador hábil jamais desfruta de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher) as consequências diretas e indiretas, visto que é vinculado à íntegra das prioridades cogentes da Carta, força pela qual não desfruta da discricionariedade ilimitada.

Logo, enfatiza-se que o agente público goza de liberdade para emitir juízos instrumentais

de aperfeiçoamento do direito fundamental à boa administração (adequação, conveniência e oportunidade à luz da Constituição).

Mérito administrativo

Examinado o conceito de discricionariedade da Administração, pode-se, a partir dele, ou seja, configurando uma elementar lógica de sentido conexo, chegar naquilo que tanto chama a atenção da doutrina e da jurisprudência: o mérito.

Da mesma forma que fora advertido inicialmente à discricção acima tratada, com a designação “mérito”, outrossim, devem ser feitas observações para informar que ele também não se restringe ao Direito Administrativo, estando, então, em outros segmentos das ciências jurídicas e sociais, destacando-se: no Di-

reito Civil e Processual Civil; no Direito Penal e Processual Penal e assim por diante. Por consequência, para este trabalho discendente, será restringido o objeto de busca ao “Mérito Administrativo” somente.

Passadas as entradas acadêmicas, far-se-á a exposição, contando novamente com o auxílio de autoridade, das passagens dos célebres juristas para um melhor diagnóstico. Para tanto:

Mérito do ato administrativo, numa definição sintética, acaba, para Mello, sendo o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, via critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação em apreço, tendo em vista o

exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada (MELLO, 2015).

O conceito de mérito administrativo para Meirelles consubstancia-se quando da valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, desde que autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. A partir disso, diz que nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o processo administrativo, não há falar em mérito, pois toda a atuação do Executivo se resume no atendimento

das imposições legais. Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Logo, Meirelles concebe que, no mínimo, três itens serão sempre vinculados: competência, finalidade e forma. Por sua vez, motivo e objeto são discricionários, imunes à correção judicial, salvo excesso ou desvio de poder (MEIRELLES, 1998).

No magistério de Di Pietro, mérito, conectado à discricionariedade diz respeito à oportunidade e conveniência

diante do interesse público a atingir (DI PIETRO, 2019). Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito (DI PIETRO, 2019).

O docente Carvalho Filho, comentando do poder discricionário da Administração, o qual em certos atos a lei permite ao agente administrador proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática do ato. Nesses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o mérito administrativo. Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prá-

tica do ato discricionário. Pontua que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato, ou seja, a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese; sendo lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público (CARVALHO FILHO, 2019).

Moreira Neto, por sua vez, traz que o mérito do ato administrativo, ou mérito administrativo, é o conteúdo das considerações discricionárias da Administração Pública quanto à oportunidade e conveniência de praticá-lo, ou seja: é o produto do exercício da discricionariedade (MOREIRA NETO, 2014).

O professor Mazza comenta que mérito ou merecimento é a margem de liberdade que os atos discricionários recebem

da lei para permitir aos agentes públicos escolher, diante da situação concreta, qual a melhor maneira de atender ao interesse público. Trata-se, portanto, de um juízo de conveniência e oportunidade que constitui o núcleo da função típica do Poder Executivo, razão pela qual é vedado ao Poder Judiciário controlar o mérito do ato administrativo (MAZZA, 2018).

Com tais presenças da doutrina pertinente, admissível falar que, como antecipado no primeiro parágrafo deste capítulo, há, indubitavelmente, afinidade entre conceitos de mérito e discricionariedade, visto que, à corrente majoritária, mérito deriva da segunda citada, isto é, depende dela para existir.

Assim, ante o exposto até aqui, por mérito administrativo, logicamente e em conformidade com o capítulo pretérito, en-

tende-se ser a parcela variável, o produto ou mesmo o fruto da atuação (agir) discricionária a qual o administrador estatal competente pode realizar respeitado o ordenamento jurídico íntegro aplicável e, sem dúvida alguma, ao direito fundamental à Boa Administração Pública.

Ativismo Judicial

Ingressando em outra ramificação maior do Direito, em especial ao Direito Constitucional propriamente dito, não particularizado como para o Administrativo, eclode ao artigo ora escrito temática inédita até então, qual seja, o fenômeno do ativismo judicial.

Tal nomenclatura fenomênica não é criação brasileira, pelo contrário, seu debate e seus impactos são sentidos em diversos locais (ARAÚJO, 2016),

principalmente pela fonte, os Estados Unidos da América (RODRIGUES, 2013) há mais de dois séculos (STRECK, 2017, 2013 e 2019). Contudo, somente essa circunstância não autoriza o uso míope da literatura jurídica estadunidense sem olhar crítico ao contexto brasileiro, em especial pelas divergências culturais do sistema jurídico em si.

Na esteira das antecipações predecessoras, pauta-se, inauguralmente, que assim como as significações de mérito e a discricionariedade, o “Ativismo Judicial” oferta inúmeros sinônimos (STRECK, 2013) e/ou escritas aplicáveis ao mesmo objeto estudado, são elas, à exemplificação: “protagonismo judicial”, “ativismo do Judiciário”, “judicisionismo”, “decisionismo”, “voluntarismos”, “subjetivismos”, “judicial review”, curiosamente, “discricionariedade judicial”



para alguns juristas.

Logo, almejando trazer a temática da forma mais acessível, desde já registra-se que tais expressões afins serão examinadas conjuntamente quando da pesquisa bibliográfica aplicável ao Ativismo ora apontado.

Tendo sido apresentadas as entradas, começa-se com as definições encontradas:

Lênio Streck, um dos maiores juristas contemporâneos, escreveu, na sua *magnum opus*, que o ativismo analisado, por sua vez, nasce no interior da própria sistemática jurídica, sendo um ato de vontade daquele que julga, ou seja, caracterizando uma “corrupção” (STRECK e MORAIS, 2014) na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites (FREITAS, 1998) na

atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos (STRECK, 2017 e ARAÚJO, 2016). Ou, pelo mesmo autor, mas agora acompanhado, reconhecendo que, de fato, o ativismo judicial é gestado no seio do ordenamento jurídico (conduta adotada por uma pessoa/órgão da magistratura) e, sendo assim, configura-se como um problema essencialmente jurídico (mesmo sabendo dos seus efeitos e consequências às demais esferas). Assim, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucio-

nalmente. Adiante, Streck e companhia fazem alusão à doutrina estrangeira de Garapon, ao afirmar uma substituição da positividade por uma “justiciabilidade”, no sentido de que o Direito passa a se definir “pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro”, no caso, o Judiciário; cujo definição de ativismo dos juízes, para o jurista e magistrado francês associa-se uma decisão judicial a um critério de desejo, de vontade daquele que julga, afirmando que o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar (STRECK, TASSINARI e LEPPER,

2015).

Sinteticamente, portanto, o ativismo judicial seria, para Streck, Tassinari e Lepper, uma postura de um órgão judicial dotada de cunho moral (moralização posterior ao direito posto realizada pelo magistrado) ou intencional puro do julgador sem lançar mão do direito aplicável (inaplicando-o) e, sendo assim, resta por ser uma conduta contrária à competência constitucional, motivo pelo qual entende-se ser uma ação antidemocrática no sentido de que há uma transposição da normatividade à supremacia judicial (intenção do juiz na decisão) veementemente contra a partilha de poderes da Constituição Federal, força pela qual os autores entendem ser o ativismo à brasileira indevido e criticável (STRECK, TASSINARI e LEPPER, 2015).

Além de, com maestria ímpar acessibilizar assuntos complexos combinando gramática hábil e vocabulário sintético, explicitar pressupostos à leitura da obra, permite extrair, explicitamente ao final do primeiro capítulo, que a manifestação do ato judicante não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência (STRECK e TRINDADE, 2015 e OLIVEIRA NETO, 2011); “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei” ou, ainda, alegam o manto do poder discricionário dos juízes), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva (STRECK, 2013).

No sétimo capítulo, Streck, como amplamente conhecido, desde *Hermenêutica e(m) Crise e Verdade e Consenso*, propõe tese para uma teoria pós-positivista, na qual, aqui especi-

ficamente importa, almeja superar, necessariamente, o “decido conforme minha consciência” dos julgadores pátrios. Tal superação positivista, por decorrência da leitura, ocorrerá quando houver o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial (STRECK, 2017 e ABOUD, 2016) (solipsismo da razão prática), de modo harmônico às teorias do Direito e da Constituição (STRECK, 2019), as quais restam preocupadas com a democracia e a concretização de direitos fundamentais cujas funções acabam por ser a de estabelecer padrões hermenêuticos (FREITAS, 1998) com o desiderato de, dentro outras exigências, impor limites às decisões judiciais (discricionariedade problemática); imprimir respeito à integridade e à coerência (FREITAS, 1998) do Direito e garantir que cada cidadão seja julgado a partir da Carta Magna

e que haja condições à aferição se essa resposta/decisão está ou não adequada consoante a Constituição (FREITAS, 1998). O autor, segue comentando que essa resposta ou decisão não pode, sob pena de ferir o princípio democrático, depender da consciência do juiz (livre convencimento, da busca da verdade real). Outrossim, merece citação de que a problemática ora examinada vale igualmente à doutrina (intérprete em geral) (STRECK, 2013 e FREITAS, 1998).

Aqui, convém citar que tanto Juarez Freitas quanto Lênio Streck preocupam-se com a integridade e coerência do Direito, no primeiro atrelado à ciência jurídica hermenêutica da interpretação sistemática ao cumprimento do direito fundamental à boa administração pública (única possível, partindo do metacritério do princípio axiológico supe-

rior) (FREITAS, 1998). O segundo, unifica-o ao ideal do plexo de comandos hermenêuticos para garantir o respeito às teorias do Direito, à Constituição (principalmente direitos péticos) e à democracia (princípio).

No segundo capítulo, item 2.3.2, Luiz diz que a discricionariedade judicial reflete a maior aporia do juspositivismo. Por um lado, são elaboradas as Constituições e as leis, estabelecem-se critérios à resolução de casos e, por fim, esquece-se de tudo isso e delega-se a decisão à consciência subjetiva do juiz. Segue o autor explicitando que em plena democracia não se pode admitir ou depender da consciência de uma pessoa a despeito das regras de convivência legitimamente estabelecidas para a resolução de qualquer problema intersubjetivo (antes de tudo uma questão democrática). Se o povo



tem o direito de se autogovernar (meios institucionais adequados), não poderá um magistrado não eleito alterar os destinos traçados no exercício deste autogoverno por uma questão de vontade, mormente no tocante ao pacto social fundante, qual seja, a Constituição e, em decorrência disso, obedecer a sua consciência. Outra escolha de vocábulos, nesse solipsismo interpretativo, no qual há a substituição do Direito por aquilo que o intérprete acredita que é o Direito, existe um sério déficit à democracia, pois ocorre o desvirtuamento daquilo que os representantes legitimamente eleitos fixaram como regras gerais de convívio social ao axiologismo do juiz intérprete, isto é, aquilo que o julgador “achar bom” ou “achar melhor” à sociedade. Ademais, avançando no tópico, o autor procura diferenciar um tema muito problemático à

doutrina pela sucessão de equívocos interpretativos, a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial (LUIZ, 2013).

Assim, o autor segue conceituando o ativismo judicial, diferenciado-o da judicialização acima escrita como sendo a substituição dos juízos institucional e democraticamente fixados (ordenamento jurídico com uma Constituição democrática no qual há uma filtragem hermenêutico-constitucional das leis) pelos juízos dos próprios juizes; largando-se mão da ordem constitucional e legalmente constituída sob a égide democrática à consciência ou ao subjetivismo do julgador. Na judicialização, que é um fato decorrente do aumento do caráter hermenêutico do Direito à luz do pós-guerra (direitos sociais transmutados à classe de fundamentais), o juiz somente está cumprindo sua ta-

refa designada pela Constituição (LUIZ, 2013).

Para o professor Motta e a pós-doutoranda Tassinari, o ativismo judicial é encontrado quando ocorre uma postura do Poder Julgador que remete sua função para além dos limites constitucionais, tal quando o magistrado cruza as balizas da Constituição e imprime a sua própria voz de julgador com a sua consequente e subjetiva concepção de mundo ou de bem-estar social à exemplificação (MOTTA, e TASSINARI, 2018).

Mais recentemente, os professores Abboud e Mendes foram incisivos ao afirmarem que o juiz ativista pode ser progressista ou conservador, bastando que ele deixe de buscar a resposta no direito e fabrique-a a partir da ideologia. Por essa razão, inadmitte-se qualquer divisão entre o bom e o mau ativismo, cuja

essência, por si só, geraria ou transformaria a questão judicial em uma mera disputa política ou ideológica (embate ideológico do ponto de vista ontológico). No Estado Constitucional, tal como o hodierno estágio pátrio, toda e qualquer fonte de decisão judicial provêm da Lei ou da Constituição; de modo que, seja qual for o afastamento disso, será considerado discricionariedade (ABBOUD e MENDES, 2019).

Diante disso, para Francisco Rodrigues, o ativismo judicial será considerado como função judicial de criação do direito, bem como necessário instrumento de efetivação de direitos fundamentais (embora se reconheça um núcleo de disfunção na atividade judicial ou um excesso da mesma, o que demandaria a indicação de limites a tal atividade). Ademais, adiante, salienta que atividade jurisdicio-



nal implica na própria criação do direito. Mesmo que se entenda de forma moderada ou indireta, não há dúvida quanto ao papel criador do juiz. Expondo a jurisprudência como fonte criadora do direito. Desse jeito, para o autor, ao passo que o judiciário cria o direito, o magistrado adota postura ativista não condicionada pelas amarras gramaticais. Não se fala mais em neutralidade, o agir decisório contempla as possibilidades de interpretação que as normas e os fatos permitem (sempre levando-se em consideração o sistema jurídico-constitucional); fazendo com que voltem-se os olhares para os limites de atuação do Poder Judiciário ao emprestar soluções a casos relevantes para a sociedade, além dos que implicam na concretização das normas constitucionais. A postura ativista será justificada, para Lisboa, pelos fundamentos

políticos e jurídicos em jogo no ambiente espaço-tempo da interpretação-aplicação do direito. Logo, o professor aqui visitado transforma o ativismo em uma concepção advinda do papel criativo do direito, na sua visão, próprio do juízo ao interpretar/aplicar o direito ao caso concreto; pertencente, assim, à atividade jurisdicional, válida e legítima (RODRIGUES, 2013).

Mantendo válida, merece indicação de autor que, mesmo com as diversas posições acadêmicas no que concerne à expressão ativismo judicial (ambiguidades e inconsistências), escritor da tese apresentada em Pernambuco opta pela utilização da acepção dessa sendo aquela que o identifica com a atuação judicial que inova na ordem jurídica (cria direito; *legislation from the bench* ou traduzido para legislação a partir da bancada de julgamen-

tos; o excesso de discricionarie-
dade por parte dos juízes), a qual,
como entendido após a exposição
temática, acaba por ser a terceira
definição fornecida pelo Kmiec
(ARAÚJO, 2016).

Por tudo que foi esclare-
cido pelo jurista Streck e outros
parceiros de artigo, conclui-se
que o ativismo figura como um
problema carregado de pragma-
tismo o qual torna a interferência
judicial do ativismo brasileiro
perigoso uma vez que vinculado
a um ato de vontade do julgador.
Portanto, a preocupação, a qual
antecipa-se concordância antes
de tratar especificamente da te-
mática, mostra-se válida e condi-
zente ao real obstáculo à demo-
cracia que é o ativismo judicial
(um utilitarismo supostamente
moral/ moralização posterior do
direito). Há uma oração mar-
cante e emblemática: a violação
à Constituição é sempre uma

ameaça à democracia. Ademais,
como muito bem escrito, o aplau-
so de hoje do ativismo jurídico
pode ter sua antítese amanhã,
quando os que hoje festejam se
sentem prejudicados. Senão,
está ferindo as regras do jogo
democrático, do qual ele, por de-
terminação da Carta Magna, é
exatamente o guardião. Assim,
o magistrado que julga por meio
de “argumentos metajurídicos”
(que não deixam de ser elementos
pragmático-axiológicos) assume
postura apartada da normativi-
dade. Enfraquece-se o Direito,
uma vez que o afasta da tradição
e o instrumentaliza. Tanto o dis-
cricionarismo positivista quanto
o pragmatismo (que é uma forma
de positivismo), que se funda no
declínio do direito, têm déficit
democrático (decidir por meio
de argumentos metajurídicos é
um retrocesso). Contudo, uma
boa indagação é feita em tona-

lidade pedagógica: mas por que decidir somente com base em argumentos jurídicos? A resposta vem logo em seguida, visto que a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição. Ninguém está acima dela. Ela é o norte do regime democrático porque condiciona todos a um regramento único. Dessarte, sem o respeito a argumentos jurídicos na decisão judicial, o aplauso de hoje pode se tornar o seu grito de horror do amanhã (STRECK, TASSINARI e LEPPER, 2015).

Em linhas mais gerais, conclui-se que, ao menos para Lênio Streck, o ativismo judicial é prejudicial à democracia; corresponde à vontade do julgador (solipsista); afronta a construção jurídica da comunidade política.

Por decorrência, nota-se que, à maioria dos autores aqui citados, há convergência de ideias nos exatos termos de que o

protagonismo dos juízes deve ser coibido, sobretudo pela constante quebra do paradigma hodierno do Direito Constitucional Brasileiro, qual seja, o do Estado Democrático e de Direito.

Considerações finais

Pormenorizadas as qualidades elementares dos princípios da Constituição Federal de 1988, mormente da Legalidade, do Controle Judicial do Estado-Administração e da Inafastabilidade da Jurisdição, observou-se que todos os três dialogam entre si à sistematicidade da Lei Maior.

Nessa comunicação sistemática, encontrou-se que o trio caminha a favor da juridicidade da atuação administrativa, destacando-se a necessidade constante da análise comparativa entre a manifestação do administrador e a integridade do Direito.

Posteriormente, foram construídas as bases dos temas elencados na introdução, precisamente da discricionariedade administrativa, do mérito da administração e do ativismo judicial, na medida em que além de significados, restaram contextualizados, aos óculos do estado jurídico hodierno, a saber: Estado Democrático de Direito consoante fundamentação anteriormente desenvolvida.

Para isso, foi imperioso o exame do impacto, concreto, da prejudicialidade das posturas ativistas no Brasil, bem como da inserção entre o mérito da Administração nessa premissa, inserindo-o no espaço correspondente aos juízos competentes-vinculantes da Constituição.

Com efeito, a partir dessas definições encontradas, configurou-se que a discricionariedade do Estado-Administração é o juízo

zoso hábil vinculado, sempre, às finalidades elencadas na Carta Magna. Por consequência dela, deriva-se, como produto ou fruto, o mérito administrativo, ou seja, aquilo que, haja vista que autorizada constitucionalmente a discricionariedade do agente, “sobra” como ação ou inação do Poder Público no caso concreto. Desse ângulo, são, guardadas as proporções analógicas, mãe e filho, respectivamente, unidos pelo cordão umbilical.

Por derradeiro, o ativismo judicial e/ou as suas formas de redação indicadas como idênticas, formam um mau exercício jurisdicional (ultrapassagem do poder reservado) e, conseqüentemente, uma afronta à competência constitucionalmente prevista, razão suficiente pela qual devem ser desestimulados da ordenação jurídica brasileira. Dentre as causas da recusa às decisões ativis-

tas, sublinhou-se a contrariedade ao texto constitucional; a ofensa às garantias basilares da Ordem de Direito nacional; o risco e dano inatos à ideia democracia e, por fim, a extrapolação dos poderes dos magistrados desfigurados à mera consciência dos julgadores.

A par da limitação pene do atuante-administrador, mormente pelos programas constitucionais adotados em solo pátrio, trabalhou-se com o tópico da indeclinável resposta adequada à Constituição Federal quando do dever de fiscalização judicial dos atos administrativos.

Por fim, em sede de conclusões finais sintéticas, conjectura-se que o exposto no presente labor acadêmico destinou-se à compreensão de institutos complexos do Direito Brasílico, em especial à unidade do Ordenamento Jurídico frente aos ca-

sos de conexão entre eles. Dessa ideia, viu-se que é fundamental transpor as barreiras limitantes dos subjetivismos e ingressar, de vez, à forma constitucionalmente moldada pela sociedade jurídica em comento.

Portanto, uma vez identificados os conceitos-matriz do trinômio discutido aqui, assim como do inadiável diálogo entre eles, conclui-se que:

a) sempre há espaço para o controle judicial, à luz do direito fundamental à boa administração, da atuação discricionária do administrador público, exatamente à conferência se a competência para o cumprimento da agenda da Constituição foi seguida;

b) o protagonismo judicial deve ser evitado, justamente pela ofensa inescapável da queda ou do enfraquecimento à democracia garantida pela Carta Mag-

na, os quais ganham nova problematização conforme o estágio do Direito Constitucional vigente;

c) encontra-se plenamente compatível com a quadra jurídica constitucional atual o mérito administrativo, força pela qual, quando implementado *in casu*, não poderá, por impedimento constitucional de competência, o Judiciário invadi-lo.

d) tendo sido exercida a distribuição competente de poder no que pertine à discricção administrativa, caracterizadora do escopo da Constituição, inexistirá qualquer margem às atuações decisionistas desenfreadas da magistratura brasileira.

e) a discricionarieade administrativa, o mérito do Poder Público e o ativismo judicial são, todos, reitera-se, constitucionalmente vinculados e, pelo movimento do Constitucionalismo democrático de Direito hodierno,

restam por ser, como resultado, controláveis substancialmente pela Carta Cidadã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Onde a discricionarieade começa, o direito termina:** comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora online. Revista de Processo | vol. 251/2016 | p. 161 - 173 | Jan / 2016 | DTR\2016\59.

ABBOUD, Georges e MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo judicial:** notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais | vol. 1008/2019 | p. 43 - 54 | Out / 2019 | DTR\2019\40623.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **Judicialização da política, ati-**

- vismo e discricionariiedade judicial:** existem constrangimentos eficazes? – Recife: O Autor, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito.** 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- FREITAS, Juarez. **As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 35.1, jan./jun. 2015.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 1ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- FREITAS, Juarez. **As Políticas** MEIRELLES, Hely Lopes. **Di-**

reito administrativo brasileiro.

23.^a edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Ballestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores, São Paulo. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Ed. Malheiros Editores. 32^a ed. 2015.

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

MOTTA, Francisco José Borges e TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário.** Revista de Processo | vol. 283/2018 | p. 481 - 499 | Set /

2018 | DTR\2018\18445.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização** [tese] : o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal; orientador, Sérgio de Urquhart Cademartori. - Florianópolis, SC, 2011.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. **Ativismo judicial nas cortes constitucionais** – direito, política e democracia no constitucionalismo contemporâneo. - 2013.

STRECK, Luiz Lenio, MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8^a ed. revista e atualizada. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.



STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial:** uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz:** ensaios de direito e literatura. -- São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** - 6. ed. rev. e ampl.