



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CAMPUS FLORIANÓPOLIS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mateus Emanuel Silveira de Jesus

**Discricionariedade administrativa e controle judicial: a relativização da  
legalidade na atuação judicial**

Florianópolis

2024

Mateus Emanuel Silveira de Jesus

**Discricionariedade administrativa e controle judicial: a relativização da legalidade na atuação judicial**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de graduação em direito do Campus Florianópolis da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof., Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis

2024

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.  
Dados inseridos pelo próprio autor.

Silveira de Jesus, Mateus Emanuel  
Discricionariedade administrativa e controle judicial :  
a relativização da legalidade na atuação judicial / Mateus  
Emanuel Silveira de Jesus ; orientador, Luiz Henrique  
Urquhart Cademartori, 2024.  
64 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito administrativo. 3.  
Discricionariedade. 4. Controle judicial. 5. Ativismo  
judicial. I. Urquhart Cademartori, Luiz Henrique. II.  
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em  
Direito. III. Título.

*A Deus, pela direção  
À minha família, pelo suporte em todas as etapas  
E a mim, por nunca desistir*

## AGRADECIMENTOS

Encerro um capítulo de minha vida que, sem sombra de dúvidas, foi o maior divisor de águas do meu futuro. Lembro-me do início como se há alguns meses fosse, e que eu nem mesmo conseguia me enxergar chegando até aqui. Mas realmente eu nunca teria chegado sem a presença de várias pessoas incríveis que tenho ao meu redor, e que surgiram durante a jornada.

Agradeço, antes de tudo, a Deus pela coragem e força para não desistir durante o trajeto.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori por aceitar prontamente meu pedido de orientação, bem como por realizar as sugestões e direcionamentos que trilharam o caminho para o nascimento deste trabalho.

Agradeço aos membros da banca, Leonardo Cristovam de Jesus e Bruna Kelly Santos, por aceitarem gentilmente o convite de avaliação da minha monografia e pelas valiosas contribuições que, sem dúvida, enriquecerão este trabalho.

Agradeço, obviamente, à minha família pelo apoio incondicional de sempre, também durante todos esses anos de graduação. Posso não ter deixado isso claro para vocês ainda, mas nada disso teria sido possível sem vocês.

Agradeço à minha companheira de vida, Bianca Victoria da Trindade dos Santos, por estar sempre ao meu lado me apoiando independente da situação, e não permitir que nenhuma situação adversa deixe me abater.

Agradeço a todos os meus amigos de graduação com quem compartilhei momentos inesquecíveis que criaram memórias inapagáveis. Em especial, Enzo Hideki Nakawatase, Mateus Gores, Heitor Dias e Silva, Fernando Ferreira de Freitas Junior, Lucas Cristani, Pedro Lemos Pereira, Gustavo Redivo Emidio, Maurício Wendhausen Becker, Rene Aron Melo Franco de Souza, Eduardo Mariuzza e Medson de Paula Lopes. Sem sombra de dúvidas, tive mais pessoas que foram de extrema importância durante esses anos e também gostaria de agradecer-las.

Agradeço finalmente aos amigos e companheiros que ganhei durante meu primeiro estágio junto à Vara de Direito Militar da Comarca da Capital, com o estimado Dr. Rodrigo Pimenta, Leandro Marques, Nicolas Schmidt e Lívia da Silva de Jesus. Sem sombra de dúvida, foram os dois anos mais marcantes nesses anos e que definiram grande parte do caminho que irei seguir adiante.

*"Se no percurso da vida humana encontrar um bem superior à justiça, à verdade, à moderação, à valentia e, em suma, a sua inteligência que se basta a si mesma, naquelas coisas que facilitam a ação de acordo com a reta razão, e de acordo com o destino das coisas repartidas sem seleção prévia; se percebe, digo, um bem de maior valor que esse, dirija-se a ele com toda a alma e desfrute do bem supremo que descobriu"*

(Marco Aurélio)

## RESUMO

A presente monografia aborda o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, analisando os limites e possibilidades dessa atuação à luz do princípio da legalidade e do modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Partindo da relativização da legalidade, investiga-se o papel do Poder Judiciário no equilíbrio entre a proteção de direitos fundamentais e a preservação da separação de poderes, com enfoque no impacto do ativismo judicial. Com o fim de (i) compreender os fundamentos do princípio da legalidade e sua aplicação no direito administrativo brasileiro; (ii) analisar os limites impostos à discricionariedade administrativa e os princípios que norteiam sua aplicação; e (iii) avaliar a atuação do Poder Judiciário em relação à relativização da legalidade, com foco nos casos em que ocorre uma ampliação de sua atuação para suprir lacunas normativas ou proteger direitos fundamentais. Para tanto, utiliza-se o metodologia dedutiva e revisão bibliográfica e documental. No primeiro capítulo, explora-se o princípio da legalidade como fundamento essencial para a atuação administrativa e o controle de sua discricionariedade, destacando a necessidade de respeitar os parâmetros de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. O segundo capítulo examina os limites e possibilidades da discricionariedade administrativa, identificando os critérios normativos que delimitam a liberdade do administrador público. Já no terceiro capítulo, discute-se a atuação do Judiciário diante da discricionariedade, abordando casos de ativismo judicial e instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apresentados como alternativas legítimas para enfrentar lacunas legislativas sem violar a separação de poderes.

**Palavras-chave:** Discricionariedade administrativa; Controle judicial; Legalidade; Garantismo jurídico; Ativismo judicial.

## ABSTRACT

This term paper has as its central subject jurisdictional control of administrative discretion in Brazil, analyzing the limits and possibilities of this action in light of the principle of legality and Luigi Ferrajoli's garantist theory. Starting from the relativization of legality, the role of the judiciary in the balance between the protection of fundamental rights and the preservation of the separation of powers is investigated, focusing on the impact of judicial activism. In order to (i) understand the foundations of the principle of legality and its application in Brazilian administrative law; (ii) analyze the limits imposed on administrative discretion and the principles that guide its application; and (iii) evaluate the performance of the Judiciary in relation to the relativization of legality, focusing on cases in which there is an expansion of its performance to fill regulatory gaps or protect fundamental rights. For this purpose, the deductive methodology, as well as bibliographic and documentary review, were used. In the first chapter, the principle of legality is explored as an essential foundation for administrative action and the control of its discretion, highlighting the need to respect the parameters of legality, reasonableness and proportionality. The second chapter examines the limits and possibilities of administrative discretion, identifying the normative criteria that limit the public administrator's freedom. In the third chapter, the role of the judiciary in the face of discretion is discussed, addressing cases of judicial activism and instruments such as the writ of injunction and the direct action of unconstitutionality due to omission, presented as legitimate alternatives to address legislative gaps without violating the separation of powers.

**Keywords:** Administrative discretion; Judicial review; Legality; Legal garantism; Judicial activism.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	13
2.2 Aplicação no direito administrativo brasileiro.....	18
2.2.1 Neoconstitucionalismo e a interpretação contemporânea da legalidade.....	18
2.3 A função do princípio no controle das atividades administrativas.....	20
<b>3 ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA E SEUS LIMITES</b> .....	23
3.1 Aspectos históricos da discricionariedade administrativa.....	24
3.2 Definição e natureza da discricionariedade administrativa.....	26
3.3 Limites legais e constitucionais da discricionariedade.....	27
3.3.1 Conceitos jurídicos indeterminados?.....	30
<b>4 RELATIVIZAÇÃO DA LEGALIDADE E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	32
4.1 A relativização da legalidade de atos discricionários.....	33
4.2 Aspectos destacados da teoria garantista e controle jurisdicional.....	36
4.3 O ativismo judicial como atual desafio no controle da discricionariedade administrativa.....	39
4.4 Atuação judicial e discricionariedade: alguns exemplos relevantes sobre o tema.....	46
4.4.1 Emenda Constitucional N.º 45/2004.....	47
4.4.2 ADPF N.º 54.....	48
4.4.3 ADPF N.º 347.....	49
4.4.4 RE N.º 566.471.....	50
4.4.5 Caso da fidelidade partidária.....	51
4.4.6 Possíveis situações de um ativismo “legítimo”.....	52
4.5 Controle jurisdicional da discricionariedade: limites e possibilidades.....	53
4.5.1 Instrumentos de controle garantistas e efetivos.....	56
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	58

<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>61</b>
--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico abordará o tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, com ênfase na análise da relativização do princípio da legalidade no exercício das funções do Poder Judiciário. A delimitação do estudo recairá sobre as práticas de controle jurisdicional realizadas em situações de omissão legislativa e atos administrativos discricionários, avaliando os limites e as possibilidades da atuação judicial em um Estado Democrático de Direito.

O problema a ser investigado consiste em como o Poder Judiciário pode exercer o controle dos atos discricionários administrativos e suprir omissões legislativas sem assim violar o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade. A hipótese a ser verificada sugere que, embora o controle judicial deva se pautar pela legalidade e pela prudência, existem instrumentos constitucionais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que podem ser utilizados como alternativas legítimas a fim de evitar o ativismo judicial e garantir a implementação de direitos fundamentais.

O objetivo geral do trabalho será investigar os limites e as possibilidades do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, considerando os riscos do ativismo judicial. Já os objetivos específicos consistirão em: (i) compreender os fundamentos do princípio da legalidade e sua aplicação no direito administrativo brasileiro; (ii) analisar os limites impostos à discricionariedade administrativa e os princípios que norteiam sua aplicação; e (iii) avaliar a atuação do Poder Judiciário em relação à relativização da legalidade, com foco nos casos em que ocorre uma ampliação de sua atuação para suprir lacunas normativas ou proteger direitos fundamentais.

A fim de alcançar as conclusões elementares, o trabalho dividir-se-á em três capítulos. O primeiro deles apresentará o princípio da legalidade no direito administrativo, abordando seu conceito, aspectos históricos e aplicação prática, evidenciando seu papel na limitação do poder estatal e na garantia de segurança jurídica.

Em seguida, o capítulo segundo analisará a atividade discricionária administrativa e seus limites, destacando os critérios de razoabilidade, proporcionalidade e finalidade pública que devem balizar sua aplicação, bem como o papel do controle jurisdicional nesse contexto.

E o terceiro e último capítulo encerrará com a discussão concernente à relativização do princípio da legalidade no exercício da discricionariedade administrativa, com foco no papel do Poder Judiciário e no ativismo judicial, avaliando situações concretas em que sua atuação amplia o controle sobre atos administrativos.

Ao final do trabalho, buscar-se-á demonstrar que, ainda que o ativismo judicial possa ser considerado justificável em situações excepcionais, sua prática tende a comprometer a autonomia administrativa, a segurança jurídica e a preservação da separação de poderes. Assim, argumentar-se-á ser indispensável que o Judiciário adote uma postura de autocontenção, evitando o desequilíbrio institucional e respeitando as funções típicas dos demais poderes.

Defender-se-á, portanto, que a efetividade do controle judicial requer uma atuação cuidadosa e delimitada dos tribunais, fundamentada na prudência e no respeito às normas constitucionais. Essa perspectiva contribuirá para fortalecer a confiança social nas instituições democráticas e garantirá que a discricionariedade administrativa seja exercida de maneira legítima e alinhada aos valores e princípios que sustentam o Estado de Direito.

## 2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O princípio da legalidade é vislumbrado sob o ordenamento jurídico como um pilar fundamental do Estado de Direito e, particularmente, do Direito Administrativo. O princípio impõe a regra de que ninguém será afetado em sua liberdade, exceto por força de lei, que consequentemente vincula a administração pública<sup>1</sup>. Impondo a esta última também a obrigação de agir sempre conforme a lei, limitando sua atuação ao que esteja expressamente autorizado pelo ordenamento jurídico.

No contexto do direito brasileiro, consagra-se pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, reforçando que o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações devem estar expressamente previstos na legislação. Essa perspectiva está em harmonia com a concepção de Ferrajoli, a qual defende a prevalência do princípio da legalidade como uma garantia fundamental para a proteção dos direitos dos cidadãos em face do poder estatal<sup>2</sup>.

Realizadas as considerações iniciais, o presente capítulo tem como foco tratar do princípio alicerce do Estado de Direito, destacando sua relevância teórica e prática no Direito Administrativo. Além de examinar seus aspectos históricos, serão analisados os conceitos originários e modernos que embasam a aplicação desse princípio, à luz de autores que defendem sua centralidade na hierarquia normativa e na garantia de segurança jurídica. A seguir, buscar-se-á explorar a diferença entre a legalidade estrita, que impõe limites rígidos à atuação administrativa, e a discricionariedade, que permite certa flexibilidade na aplicação das normas.

Ademais, a fim de relacioná-lo ao tema que será discutido mais adiante na pesquisa, demonstrar-se-á sua aplicação no campo do Direito Administrativo brasileiro, evidenciando sua interação com outros princípios, como o da moralidade e eficiência, e sua indispensabilidade no controle das atividades administrativas, em especial a discricionária. Dessa forma, o princípio da legalidade se revela um mecanismo essencial para o equilíbrio entre a liberdade de ação administrativa e a necessária subordinação ao ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 220.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão** - Teoria do Garantismo Penal - 4ª edição. 2014.

## 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Historicamente, o princípio ganhou vida junto ao desenvolvimento do constitucionalismo e do Estado de Direito, especialmente após a revolução francesa e americana, responsável pela consolidação da ideia de um governo regido pelas leis e não mais pela vontade arbitrária dos governantes. Na França, após a Revolução de 1789, o princípio passou a ser visto como uma das bases do regime republicano e do constitucionalismo moderno.

No contexto da formação do Estado de Direito e sua relação direta com o princípio da legalidade, Di Pietro comenta que:

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado<sup>3</sup>.

Montesquieu, em “*O Espírito das Leis*”, argumenta que a separação dos poderes é fundamental para evitar a tirania e garantir a liberdade dos cidadãos, defendendo que a lei deve ser a expressão da vontade geral da sociedade<sup>4</sup>. Por conseguinte, Rousseau, em “*O Contrato Social*”, propõe que a legitimidade do poder político se baseia no consentimento popular, afirmando que as leis devem refletir a vontade geral para serem justas e legítimas<sup>5</sup>. Ambos os pensadores influenciaram a concepção moderna de legalidade, estabelecendo que a autoridade deve ser exercida de acordo com normas que emanam da vontade coletiva. Da mesma forma, também influenciaram no nascimento dos demais princípios da separação de poderes, da isonomia e do controle judicial<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social; Ensaio sobre a origem das línguas *In: Os Pensadores*, v. 1. Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 66-67.

O jurista francês Charles Eisenmann desenvolve um estudo do modelo francês<sup>7</sup> — o mesmo no qual se baseou o nosso modelo de sistema jurídico — e nos introduz algumas definições acerca de concepções de legalidade desenvolvidas no século XX.

A concepção originária de legalidade pode ser entendida como proveniente da luta dos juristas e publicistas liberais do século XIX, focada em normas escritas e no respeito à lei<sup>8</sup>. Nesse período, a legalidade era formal e rígida, limitando a administração pública às leis<sup>9</sup>, com pouca margem de flexibilidade. A administração pública estava rigidamente vinculada às normas, atuando como uma barreira contra o arbítrio estatal e protegendo as liberdades individuais.

A concepção restritiva no sentido de que a Administração deve respeitar exclusivamente as normas criadas pelo legislador; as leis que a obrigam<sup>10</sup>. Esta última nos traz uma concepção mais adequada para garantir a legalidade na atuação administrativa, pois as leis são as normas postas com força normativa superior em relação aos regulamentos e atos administrativos. Isso porque não goza de soberania no ordenamento, muito pelo contrário, submete-se à lei, e a ela deve seguir e obedecer absolutamente.

Compreende-se, ainda, uma concepção ampliativa de legalidade na mesma linha de raciocínio acerca da submissão da atuação administrativa, porém

---

<sup>7</sup> Acerca disto, Di Pietro explica: O Direito Administrativo francês formou-se como disciplina normativa referida a um sujeito – a Administração Pública, ou, nas palavras de André Hauriou (RDA 1:465), *il reste une discipline interieure à un groupe*. Ele se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de Poder Público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado. Segundo Vedel (1964:57), quatro princípios essenciais informam o Direito Administrativo francês: o da separação das autoridades administrativa e judiciária, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das decisões executórias, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da legalidade, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da responsabilidade do poder público, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>8</sup> EISENMANN, C. **O Direito administrativo e o principio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 56, 1959, p. 50.

<sup>9</sup> “Lei” no aspecto juspositivista. Conforme Bobbio: [...] a corrente doutrinária do juspositivismo entende o termo “direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 119.

<sup>10</sup> EISENMANN, C. *Op. cit.*, p. 50.

estando inteiramente submetida à observação de regulamentos, tratados internacionais, jurisprudência e ainda os costumes<sup>11</sup>.

A evolução do princípio da legalidade reflete a transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, transformando significativamente a relação entre o poder público e os cidadãos. No século XIX, sob a influência do liberalismo clássico, a legalidade tinha uma concepção formal e rígida, que limitava a administração pública às leis escritas, com pouca flexibilidade. O foco estava em conter o arbítrio estatal e proteger as liberdades individuais.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi marcada por profundas transformações sociais e políticas, culminando no Estado Democrático de Direito, que integra tanto os princípios liberais quanto a proteção e promoção de direitos sociais. A crise econômica do final do século XIX e início do século XX, agravada por guerras mundiais e revoluções sociais, demandou um novo papel do Estado, que passou a intervir mais diretamente na promoção de políticas públicas e sociais.

Com o desenvolvimento do Estado Social, essa visão da atuação estatal foi ampliada, exigindo maior flexibilidade do princípio da legalidade para acomodar as demandas por justiça social e proteção de direitos. A administração pública passou a ser mais ativa na promoção de políticas sociais e econômicas, sendo rigidamente vinculada às leis<sup>12</sup>. O positivismo jurídico<sup>13</sup> influenciou essa fase, exigindo uma previsão legal para praticamente todas as ações administrativas, limitando cada vez mais a liberdade de atuação da administração.

No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade adquiriu uma nova dimensão. Ele agora abrange não só as normas infraconstitucionais, mas também os princípios constitucionais e os direitos fundamentais da Constituição de 1988. A legalidade, portanto, inclui a aplicação de valores constitucionais, vinculando

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 113-114.

<sup>13</sup> O positivismo jurídico, consolidado no final do século XIX e início do século XX, foi um elemento central na evolução do princípio da legalidade, reforçando a ideia de que toda ação estatal deve ser rigorosamente pautada na lei. Ao estabelecer que a administração pública só pode atuar com base em normas previamente estabelecidas, o positivismo jurídico limitou a discricionariedade dos governantes e promoveu maior previsibilidade e segurança jurídica. Essa corrente foi essencial para o desenvolvimento do conceito de legalidade formal e rígida, que, ao longo do tempo, foi adaptada para incluir não apenas as leis formais, mas também os princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.



a administração pública não apenas à lei formal, mas a todo o ordenamento jurídico, conforme ressalta Di Pietro:

A lei, no Estado Democrático de Direito, tem sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (ressalvadas algumas hipóteses excepcionais previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias) e sentido também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição, sob a forma de princípios fundamentais<sup>14</sup>.

Os aspectos históricos trazidos demonstram o fortalecimento do princípio ante a constitucionalização do direito administrativo. No Estado Democrático de Direito, a legalidade atua como uma garantia de que a administração pública agirá de maneira transparente, eficiente e conforme os princípios constitucionais. A ampliação desse conceito também estabelece novos limites à discricionariedade administrativa, exigindo que os atos da administração sejam avaliados não apenas pela conformidade formal com a lei, mas também em relação a princípios como a moralidade e a eficiência.

Dessa forma, todos os atos da Administração Pública devem estar estritamente subordinados à lei, ou seja, a administração só pode agir conforme o que a lei expressamente permite. Esse princípio garante que a atuação administrativa seja previsível e controlada, protegendo os cidadãos de atos arbitrários e abusivos.

É essencial, entretanto, distinguir a concepção histórica mais restritiva da legalidade, predominante no pensamento liberal do século XIX, do conceito atual. Naquele período, a administração pública estava rigidamente vinculada às normas, refletindo a transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>. Nesse processo, o princípio da legalidade passou de uma sujeição formal à lei para uma sujeição completa ao ordenamento jurídico<sup>16</sup>, que agora se estrutura com base nos princípios constitucionais e na separação dos poderes, garantindo uma atuação administrativa ética e vinculada aos direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 43.

<sup>15</sup> *Idem*. **Direito administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 113-115.

<sup>16</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007, p. 71.

## 2.2 APLICAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No contexto do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade passa a ser lido também à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988. Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo<sup>17</sup>, a legalidade não se resume à observância formal das leis, mas integra uma visão material, na qual a administração pública deve respeitar não apenas as normas infraconstitucionais, mas também os princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, moralidade e eficiência.

Essa abordagem mais ampla do princípio da legalidade reflete uma evolução do conceito, ampliando seu escopo para incluir a garantia de justiça material e a proteção dos direitos fundamentais na atuação administrativa.

### 2.2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA DA LEGALIDADE

O neoconstitucionalismo, conforme descrito por Ferrajoli, representa uma superação do positivismo jurídico clássico, ao integrar os princípios e valores constitucionais como uma fonte primordial do direito, independentemente de sua formalidade escrita nas leis infraconstitucionais. Esse modelo teórico jurídico aproxima o direito de uma dimensão jusnaturalista, enquanto valores como a dignidade da pessoa humana e a justiça material tornam-se critérios essenciais para a interpretação jurídica. No Direito Administrativo, essa abordagem transforma a aplicação do princípio da legalidade, que passa a incluir não apenas a conformidade com normas formais, mas também a necessária vinculação aos valores constitucionais, ampliando o controle sobre a discricionariedade administrativa e garantindo uma administração pública mais justa, alinhada aos ideais democráticos e à prevalência dos direitos fundamentais.

---

<sup>17</sup> Ferrajoli define “neoconstitucionalismo” como: [...] modelo teórico jurídico empiricamente relacionado aos modernos ordenamentos dotados de constituições rígidas. [...] concebido mais do que um novo e ainda mais desenvolvido paradigma juspositivista, como uma superação em sentido antipositivista e tendencialmente jusnaturalista do próprio positivismo. FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: RT, 2015, p. 10.

Na Constituição Federal brasileira, o princípio da legalidade está consagrado no artigo 37, que estabelece que a administração pública, em todas as suas esferas, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No caso específico da legalidade, isso significa que os agentes públicos não possuem liberdade de ação fora dos limites impostos pelas normas legais, sendo seu poder discricionário sempre vinculado à legislação vigente.

Assim, no campo do Direito Administrativo, a legalidade opera como um mecanismo de controle sobre a atuação estatal, determinando que o administrador público só pode agir conforme as previsões legais. Para Kelsen, a validade das normas jurídicas decorre de sua subordinação a uma norma superior, sendo a Constituição o escalão mais elevado dessa estrutura<sup>18</sup>. Nesse sentido, a legalidade é uma manifestação da supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos e administrativos.

A importância desse princípio também se manifesta na segurança jurídica que proporciona. Ao condicionar a ação do Estado à conformidade legal, o princípio da legalidade cria um ambiente previsível para a sociedade, capaz de conceder aos cidadãos confiança quanto às ações do poder público, as quais deverão seguir normas predefinidas e não pautadas em decisões arbitrárias.

Na mesma linha, conforme pontua Itiberê de Oliveira Rodrigues, alguns subprincípios se fazem conexos no que se refere à legalidade:

[...] (sub)princípio da primazia ou da supremacia da lei, que preconiza que os atos estatais na forma de lei possuem supremacia aos demais infraconstitucionais, de forma que a Administração não poderá agir contra a lei, sob pena de invalidade; e o (sub) princípio da reserva legal, que limita a Administração Pública ao possuir uma ligação central com a proteção dos direitos de propriedade e liberdade das pessoas, encontrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, constituindo uma reserva legal geral<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; (tradução João Baptista Machado). 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155-157.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil**. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-56.

Sumariamente, o princípio da legalidade no Direito Administrativo brasileiro cumpre a função de garantir que a administração pública aja nos limites traçados pela lei, sendo uma salvaguarda contra o exercício abusivo do poder. Ao mesmo tempo, ele interage com a discricionariedade, oferecendo ao gestor público certa flexibilidade na aplicação da norma, desde que sempre dentro do marco legal.

### 2.3 A FUNÇÃO DO PRINCÍPIO NO CONTROLE DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

No que concerne à função da legalidade no âmbito do controle das atividades administrativas, ressalta-se o papel de assegurar que os atos da administração pública sejam realizados conforme a lei e os cidadãos possam confiar que não serão vítimas de arbitrariedades. Esse controle, no entanto, não se limita apenas à verificação de conformidade com a lei; ele também inclui a fiscalização de aspectos formais e materiais, como a observância de princípios constitucionais fundamentais, como a moralidade, a impessoalidade e a eficiência.

Assume então um papel central, e além de ter a função de impedir o exercício arbitrário e abuso de poder, também garante a previsibilidade e a segurança jurídica. Além disso, o controle jurisdicional verifica se as decisões administrativas estão conforme a lei.

Também aliado à discricionariedade controlada, serve como uma base para que o Judiciário e outros órgãos de controle intervenham em atos administrativos que extrapolem os limites legais ou violem princípios constitucionais. Isso se dá, por exemplo, em casos de atos administrativos que, apesar de formalmente legais, ferem a moralidade ou a proporcionalidade, configurando abusos de poder.

Todavia, o princípio da legalidade encontra algumas flexibilizações no Direito Administrativo, especialmente quando relacionado à discricionariedade administrativa. Nesses casos, a administração possui margem de escolha, mas ainda deve atuar nos limites estabelecidos pelas leis, respeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa distinção entre legalidade estrita e

discricionariedade legalmente autorizada é um ponto essencial para o debate sobre o controle judicial da atividade administrativa.

Assim, o princípio da legalidade no Brasil não apenas regula a atuação administrativa, mas também constitui um parâmetro fundamental para o controle da discricionariedade. Em um contexto onde a administração pública precisa cada vez mais de flexibilidade para atuar, a legalidade garante que essa atuação seja sempre guiada pela norma, protegendo os cidadãos e promovendo o interesse público, conforme afirma Geraldo Ataliba:

Deveras, pelo princípio da legalidade, afirma-se, de modo solene e categórico, que sendo o povo o titular da coisa pública e sendo esta gerida, governada e disposta a seu (do povo) talante - na forma da Constituição e como deliberado por seus representantes, mediante solenes atos legais - os administradores, gestores e responsáveis pelos valores, bens e interesses considerados públicos, são meros administradores que, como tal, devem obedecer à vontade do dono, pondo-a em prática, na disposição, cura, zelo, desenvolvimento e demais atos de administração dos valores, bens e interesses considerados públicos (do povo)<sup>20</sup>.

No Brasil, o controle judicial sobre a legalidade dos atos administrativos tem se intensificado ao longo dos anos, especialmente em face do crescimento do ativismo judicial. Fenômeno que se refere à situação que desencadeia a adoção de uma postura mais proativa do Judiciário ao tratar de temas políticos e sociais, e inclusive invadir, em alguns casos, a esfera de decisão discricionária da administração e áreas que seriam de competência dos poderes Executivo e Legislativo<sup>21</sup>.

Embora o controle seja essencial para assegurar a conformidade legal, ele deve ser realizado com cuidado para não deslegitimar a capacidade da administração de tomar decisões eficientes e adaptáveis à realidade social — assunto que será tratado mais adiante no presente trabalho. O desafio reside em encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos cidadãos e a necessidade

---

<sup>20</sup> ATALIBA, Geraldo. **Princípio da legalidade**. In: Revista do Tribunal Federal de Recursos. Brasília, TFR, n. 145, 1987, p. 70.

<sup>21</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARVALHO, Camila Fernandes; APPELT, Paulo Vinícios; SOUZA, Pedro Serpa de. **Ativismo e controle judicial**: uma distinção à luz da segurança jurídica. Revista Estudos Políticos, v. 14, n. 28, p. 153-176, 6 fev. 2024. Disponível em: [https://periodicos.uff.br/revista\\_estudos\\_politicos/article/view/61413](https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/61413). Acesso em: 22 nov. 2024, p. 157.

de uma administração pública ágil, capaz de responder às demandas dinâmicas da sociedade.

Dessa forma, o princípio da legalidade não deve ser visto como uma mera imposição burocrática, mas como um pilar que sustenta a legitimidade e a transparência da ação estatal. A evolução do conceito de legalidade, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito, destaca sua função de garantir que a administração pública atue não apenas nos limites da lei, mas também conforme os princípios constitucionais que visam à proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, é fundamental reconhecer que a legalidade se insere em um sistema mais amplo de normas e princípios que orientam a atuação estatal. Portanto, a análise da legalidade deve ser sempre contextualizada, considerando não apenas as normas escritas, mas também os valores e princípios que permeiam o ordenamento jurídico.

Neste sentido, o controle judicial e a atuação da administração pública devem coexistir de maneira harmônica, assegurando que as decisões sejam tomadas de forma justa e equilibrada. O princípio da legalidade, portanto, não apenas protege os cidadãos contra abusos, mas também possibilita um espaço para a inovação e a adaptação da administração, reafirmando seu papel central na construção de um Estado democrático e responsável.

Outrossim, a análise do princípio da legalidade deve ser ampliada à luz de conceitos como a separação entre direito e moral, que delinea a autonomia do direito em relação a juízos éticos. Essa separação é essencial para garantir que a administração pública e o controle judicial atuem num quadro normativo que respeita as leis, sem se deixar influenciar por moralismos que podem distorcer a aplicação do direito.

Igualmente importante é a defesa das regras do jogo democrático, que garante que a legalidade não seja apenas um conceito formal, mas um instrumento que promove a justiça e a proteção dos direitos dos cidadãos. O respeito a essas regras é fundamental para a legitimidade da administração pública e para a confiança da sociedade nas instituições.

À vista disso, a flexibilidade da legalidade no contexto do Estado Democrático de Direito é crucial para que esse princípio se adapte às demandas contemporâneas, sem perder sua essência. Essa flexibilidade permite que a

administração pública responda efetivamente às necessidades sociais, garantindo que suas ações estejam sempre em consonância com a lei e os princípios constitucionais. Portanto, o princípio da legalidade se reafirma como um mecanismo vital para assegurar a legitimidade da atuação estatal e a proteção dos direitos fundamentais.

### 3 ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA E SEUS LIMITES

A atividade discricionária refere-se à margem de liberdade que a lei confere à Administração Pública para decidir o melhor curso de ação em situações onde a legislação não determina uma única solução. Essa prerrogativa de escolha é indispensável para a eficiência da gestão pública, principalmente em contextos de complexidade e imprevisibilidade. No entanto, a discricionariedade não significa arbitrariedade.

O conceito operacional de discricionariedade resume-se no seguinte raciocínio:

Considera-se que esta possui um caráter mais amplo do que o aspecto puramente jurídico, indo além dos conceitos formulados exclusivamente na esfera do Direito Administrativo. Tal entendimento deriva das digressões de Diogo Figueiredo, o qual afirma a descendência sobre o tema sobre a discricionariedade de considerações do Direito Político e abrange as seguintes dimensões: poder discricionário enquanto modo de atuar do poder estatal; atividade discricionária enquanto função estatal e expressão dinâmica desse mesmo poder, e finalmente, como ato discricionário enquanto o resultado adequado ao exercício dessa função e quando referida ao âmbito da atividade administrativa estatal<sup>22</sup>.

Neste primeiro momento, antes de propriamente adentrar na matéria referente ao ato discricionário especialmente, faz-se mister distinguir este do ato vinculado e compreender a complexidade em torno deles. Ao contrário de uma divisão simplista, o ato discricionário envolve uma competência parcial, onde o

---

<sup>22</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007. p. 24.

administrador possui certo grau de liberdade para decidir segundo critérios de oportunidade e conveniência, mas sempre com vistas ao interesse público.

Essa competência limitada não permite interpretações arbitrárias; o administrador só possui liberdade de agir conforme os limites estabelecidos pela lei e deve justificar a decisão com base em critérios objetivos. O ato vinculado, em contrapartida, não admite essa liberdade interpretativa, pois a lei já determina todos os elementos da decisão.

Isto posto, entender essa diferença ajuda a reconhecer que o poder discricionário não é absoluto e tanto o ato vinculado quanto o discricionário subordinam-se à legalidade.

Dessarte, dada a complexidade que rodeia a discricionariedade no exercício da função administrativa, o presente capítulo destina-se a examinar os fundamentos e os limites desse poder conferido à Administração Pública. Tratar-se-á acerca do conceito e da natureza da discricionariedade, explorando qual sua distinção do ato vinculado e em que medida deve atender aos parâmetros de legalidade e aos princípios constitucionais. Esse exame visa esclarecer a função da discricionariedade na promoção do interesse público, bem como os mecanismos que evitam que esse poder se converta em arbitrariedade.

### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A partir da segunda metade do século XIX, a imunidade das questões administrativas aos controles legislativo e judicial começou a desaparecer. Diferente da Inglaterra, onde o Estado sempre esteve sujeito ao mesmo regime jurídico aplicado aos particulares — sob o princípio do *rule of law* —, os países europeus continentais, como a França, desenvolveram um sistema jurídico distinto para a administração pública, criando uma legislação especial e diferenciada para regular sua atuação<sup>23</sup>. Antes desse período, as chamadas “matérias graciosas” eram inteiramente discricionárias e imunes a qualquer controle, mas foram gradualmente submetidas a uma divisão, com parte dos atos administrativos passando a ser

---

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 23-24.



passíveis de controle judicial, reduzindo assim os privilégios que o Estado detinha para agir sem supervisão<sup>24</sup>.

Durante o final do século XVIII e início do século XIX, o Estado Liberal se caracterizava por uma intervenção estatal mínima na vida social. Por consequência, o Direito Administrativo também possuía um papel restrito, concentrando-se em funções essenciais, como a defesa externa, a segurança interna e a administração da justiça<sup>25</sup>.

Conforme trazido no capítulo anterior acerca do papel do princípio da legalidade, reitera-se que, àquela época, vinculava todos ao respeito à lei — incluindo a esfera política no caso. Hodiernamente, a premissa jurídica derivada do princípio que estabelece que *“tudo o que não está proibido é permitido”* aplica-se apenas ao setor privado, enquanto, para o Direito Administrativo, entende-se que a administração só pode agir com base no que a lei permite expressamente<sup>26</sup>.

No século XIX, essa premissa de liberdade aplicava-se tanto ao setor público quanto ao privado. Logo, a administração podia realizar o que a lei permitia explicitamente, além também de tudo aquilo que não fosse expressamente proibido. Dessa forma, a discricionariedade era a norma na atuação administrativa, permitindo ao Estado uma ampla autonomia para agir em áreas não reguladas, ocupando as lacunas deixadas pela legislação<sup>27</sup>.

Diante disto, a discricionariedade era vista não como um poder jurídico, mas como um poder político. Isso se devia à bifurcação da personalidade jurídica do Estado, que correspondeu a uma bifurcação de regimes jurídicos<sup>28</sup>, dupla personalidade essa herdada do absolutismo: uma de Direito Público que lhe conferia poder discricionário sem qualquer possibilidade de controle judicial, além de escaparem da supervisão do Legislativo; e outra personalidade de Direito Privado, sujeita ao controle judicial<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>29</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 49.

### 3.2 DEFINIÇÃO E NATUREZA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa é a prerrogativa conferida pela lei à Administração Pública, permitindo-lhe avaliar casos concretos à luz de critérios de oportunidade e conveniência, visando determinar a solução que melhor se alinhe aos ditames do direito<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, conforme preceitua Bandeira de Mello, a discricionariedade é definida como:

[...] a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de 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.<sup>31</sup>

O autor ainda fundamenta tal “liberdade” sob a seguinte premissa:

Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem - as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham -, é preciso que o agente possa, *em consideração à fisionomia própria de cada qual*, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada.

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tomando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa *estranque* levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.<sup>32</sup>

Diferente dos atos vinculados, onde a lei determina claramente a conduta a ser seguida, nos atos discricionários a lei confere ao administrador certa liberdade para decidir, conforme critérios de conveniência e oportunidade.

---

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 1000-1001.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 990.

No entanto, essa liberdade não é sinônimo de liberdade irrestrita e que o administrador público esteja isento de controles. A discricionariedade administrativa deve ser exercida nos limites legais e constitucionais, e sua aplicação é guiada por princípios como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, a discricionariedade não é absoluta; ao contrário, deve alinhar-se à finalidade pública prevista pela norma, e é sempre condicionada pela lei e pelos princípios gerais do direito.

### 3.3 LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA DISCRICIONARIEDADE

A Administração exerce um poder discricionário porque, ao escolher uma solução, baseia-se em critérios de mérito — como oportunidade, conveniência, justiça e igualdade — que não foram detalhados pelo legislador e ficam a cargo da autoridade administrativa. Ao regulamentar o assunto, o legislador deixou, intencionalmente, a decisão nas mãos da Administração, permitindo que se baseie em critérios que só podem ser adequadamente avaliados conforme o caso concreto<sup>33</sup>.

Ainda assim, mesmo sendo discricionário, o poder de ação da Administração não é ilimitado, pois a lei impõe restrições em aspectos como competência, forma e finalidade. Dessa forma, a discricionariedade oferece liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassar esses limites, sua decisão se torna arbitrária<sup>34</sup>.

A arbitrariedade, portanto, surge quando se ultrapassam os limites legais da discricionariedade. Enquanto a discricionariedade permite liberdade de ação nos parâmetros legais, a arbitrariedade representa uma liberdade que desrespeita esses limites<sup>35</sup>.

Isto posto, o ato administrativo discricionário deve estar conforme a legalidade e pautar-se no interesse coletivo, respeitando tanto os limites externos, impostos pela lei, quanto os internos, em consonância aos princípios constitucionais. O administrador deve agir de forma impessoal, eficiente e adequada ao contexto,

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

observando os parâmetros legais e os princípios de moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, que balizam a discricionariedade e impedem que a administração se desvie de sua finalidade pública.

Pode-se, então, estabelecer os limites da atuação discricionária com base nos mesmos pressupostos legais justificadores do ato, como a finalidade normativa e a causa que determina os limites da discricção. Este fato, aparentemente contraditório, resume-se na ideia de que os mesmos fatores que dão ensejo à imprecisão da norma referente a determinada situação sem solução precisa da legislação também são os fatores que serão usados para determinar sua solução conforme o caso concreto<sup>36</sup>.

Bandeira de Mello, nesse sentido, sustenta que a imprecisão motivadora do ato discricionário é sempre relativa. Isto porque não há no ordenamento situação de imprecisão absoluta, visto que sempre haverá referenciais capazes de dar sentido àquelas palavras vagas na lei.

Assim afirma no tocante a esta questão aventada:

A lei, então, vaza sempre, nas palavras de que se vale, o intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados. E esta, aliás, sua razão de existir. Salvo disparatando, não há fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos *desiderata* 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.<sup>37</sup>

Em síntese, os limites jurídicos são dados principalmente pelo princípio da legalidade, viga-mestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo<sup>38</sup>. O qual tem o dever de aferir o correto exercício da aplicação da lei no Estado Democrático de Direito.

Odete Medauar, ao estabelecer os *parâmetros do poder discricionário*, ou melhor, seus *limites*, evidencia como sendo elementares os seguintes:

[...] a) parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 1000-1001.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 1002-1003.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 1003.

administrativo e princípios gerais do direito; b) tipo de interesse público a atender, estabelecido diretamente pela norma atribuidora de competência, ou indiretamente, pela norma de regulamentação do órgão; c) normas de competência, que atribuem o poder legal de tomar as medidas atinentes à situação; necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade; d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há de inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo; e) associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções; f) o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios; g) garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário; por exemplo: a composição e o modo de funcionamento interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligadas ao princípio constitucional da impessoalidade; h) preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas.<sup>39</sup>

Os parâmetros supramencionados formam uma rede de controle que assegura que o exercício discricionário do poder seja compatível com os valores constitucionais, evitando que a liberdade de escolha se transforme em arbítrio. Em vista disso, a discricionariedade administrativa deve respeitar uma hierarquia normativa que estrutura os limites da atuação estatal, sendo a Constituição a referência máxima. E a partir dela, estabelecem-se os princípios que orientam todo o sistema jurídico, servindo como alicerce para as normas infraconstitucionais que, por sua vez, regulam a atuação administrativa em áreas específicas.

Não obstante o poder discricionário ofereça margem de decisão à administração, ele não está isento de controle judicial. O Judiciário atua, então, como uma barreira contra abusos e desvios de poder, intervindo sempre que houver indícios de que a decisão administrativa se afastou do interesse público ou desrespeitou os princípios legais e constitucionais. Tal controle ocorre especialmente em casos de desvio de finalidade, onde a discricionariedade se torna arbitrária ao buscar objetivos alheios aos determinados pela lei.

---

<sup>39</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 108-109.

Dessa forma, o Judiciário assume o papel de protetor do Estado Constitucional de Direito, assegurando que a discricionariedade seja exercida com responsabilidade e respeito aos limites normativos que orientam a atividade administrativa. Contudo, a matéria acerca disto se expande extensivamente e será melhor aprofundada em capítulos posteriores.

### 3.3.1 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS?

Os conceitos jurídicos indeterminados, matéria inicialmente tratada pelo direito alemão, caracterizam as fórmulas amplas — muito presentes no direito público e no direito privado — como, por exemplo, a boa-fé, o justo preço, o valor histórico e cultural, o perigo para pessoas e bens e a ordem pública<sup>40</sup>. E no que diz respeito a eles, *“a lei se refere a uma esfera da realidade cujas delimitações não são precisas no seu enunciado. Não obstante isto, ela tenta delimitar uma hipótese concreta”*<sup>41</sup>.

Ao comentar os conceitos, Enterría e Ramón Fernádes, conforme citado por Luiz Henrique Cademartori, de um lado sustentam que tais elementos podem ser analisados e determinados judicialmente, permitindo a definição de uma única solução considerada justa. Entretanto, as opções discricionárias são exclusivas do Poder Público, ao envolverem questões e escolhas – todas legítimas – de natureza política, econômica e outras áreas que, segundo os autores, não se inserem na dimensão jurídica ou estão fora de sua abrangência<sup>42</sup>.

Ainda se destaca que:

Pelo que se observa, Enterría e Ramón Fernádes, de um lado, avançam significativamente nas suas formulações teóricas, ao defenderem uma ampla apreciação do Judiciário, dos conceitos indeterminados que integram certas normas. Mas, por outro lado, ao delimitarem o campo da discricionariedade na esfera volitiva da autoridade administrativa, pautada por opções tidas como “extrajurídicas”, esses autores assumem um posicionamento teórico conservador. Isto porque negam qualquer conexão entre âmbitos tais como os do político, econômico ou de oportunidade, sendo este também um conceito indeterminado, com a esfera do Direito.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>41</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 144.

Odete Medauar, ao abordar os conceitos indeterminados, esclarece que, embora amplos, eles não equivalem a uma discricionariedade irrestrita. A administração deve enquadrá-los com objetividade, respeitando o sentido comum, o contexto social e o normativo. Assim, não se pode falar em discricionariedade quando a aplicação do conceito à situação fática gera uma única solução objetiva. Somente se exerce a discricionariedade, então, se a fórmula ampla permite margem de escolha entre soluções igualmente válidas e fundamentadas<sup>44</sup>. Por conseguinte, Bandeira de Mello também alerta acerca destes conceitos e sustenta que requerem delimitação, pois os agentes não possuem autonomia para lhes atribuir interpretações arbitrárias:

Quando a lei, ao caracterizar o motivo, utilizar-se de conceitos chamados fluidos, vagos, indeterminados, o confronto entre a previsão normativa e a situação fática tomada como base para a prática do ato apresentará as dificuldades inerentes à imprecisão relativa do padrão legal, pois o campo recoberto por estes conceitos carecerá de uma linha demarcatória definida com rigor e precisão indisputáveis.<sup>45</sup>

Estes conceitos, embora concedam certa flexibilidade interpretativa à administração pública, não devem ser confundidos com uma permissão para a prática de atos arbitrários. O administrador deve interpretar esses conceitos objetivamente e conforme os valores e princípios do ordenamento jurídico. O uso desses conceitos requer cuidado, pois, ao aplicá-los, o administrador deve buscar um significado que esteja consoante ao contexto social e normativo, evitando interpretações subjetivas e desprovidas de fundamentação. A abordagem correta dos conceitos jurídicos indeterminados assegura que a flexibilidade necessária para a aplicação da norma em casos concretos não se converta em discricionariedade irrestrita, garantindo a segurança jurídica e a previsibilidade das ações administrativas.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> MELLO, C. A. B. de. “RELATIVIDADE” DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, [S. l.], v. 4, 2015, p. 52.

#### **4 RELATIVIZAÇÃO DA LEGALIDADE E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O ATIVISMO JUDICIAL**

A relativização do princípio da legalidade no controle da discricionariedade administrativa tem usado como justificativa o aumento das demandas sociais e pela complexidade das questões que o Estado precisa enfrentar. Com o fenômeno do ativismo judicial, o Judiciário tem se mostrado mais proativo na fiscalização dos atos da administração pública, buscando garantir a efetividade de direitos fundamentais.

Nesse cenário, o controle judicial da discricionariedade passou a ter um papel mais abrangente, o que levou à flexibilização da legalidade estrita. Essa mudança reflete a crescente necessidade de adaptar o princípio da legalidade às novas demandas sociais e à complexidade das relações administrativas. A atuação do Judiciário, ao fiscalizar de maneira mais proativa os atos discricionários, tem buscado assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo que isso signifique relativizar os limites tradicionais impostos pela legalidade estrita.

O presente capítulo, portanto, destinar-se-á a examinar como a relativização do princípio da legalidade impacta a dinâmica entre os poderes e os limites da discricionariedade administrativa. Abordando inicialmente as bases teóricas que sustentam essa flexibilização, com destaque para as concepções críticas, tais quais as de Eisenmann, que questionam as implicações dessa interpretação ampliada.

Em seguida, analisar-se-ão os desafios práticos e as consequências da atuação judicial em contextos onde a discricionariedade é posta à prova,



considerando, ainda, o impacto do ativismo judicial e os riscos de arbitrariedade que podem surgir. Essa discussão visa compreender de que maneira a flexibilização da legalidade pode ser legitimada sem comprometer a segurança jurídica e o equilíbrio institucional. E ao final comentar-se-ão brevemente casos nos quais é identificada essa atuação mais proativa por parte do Judiciário sob o desígnio do exercício do controle judicial.

#### 4.1 A RELATIVIZAÇÃO DA LEGALIDADE DE ATOS DISCRICIONÁRIOS

As concepções ampliativas da legalidade discutidas por Eisenmann — já mencionada anteriormente no *tópico 2.1* — abordam uma evolução do princípio da legalidade que passa a incluir, além das leis estritas, outras normas, regulamentos e decisões judiciais. Essa ampliação reflete uma flexibilização da ideia tradicional de legalidade, onde os limites impostos à administração pública eram claros e rigorosos. Esta nova interpretação ampliada, dá margem para a legalidade passar a permitir uma maior margem de atuação discricionária à administração pública, legitimando decisões que não estão restritas apenas às normas legais formais.

Neste sentido, a crítica do francês a essa expansão do princípio reside no fato de que a ampliação do conceito de legalidade compromete a segurança jurídica, pois ao incluir regulamentos e decisões judiciais, a legalidade perde parte de sua rigidez e previsibilidade.

Nessa toada, no tocante à força das leis e sua consecutiva superioridade para com a administração pública, discorre:

O que caracteriza finalmente a força das leis para a Administração, a situação desta em face das mesmas, é que as leis são intangíveis pela Administração, que delas não pode dispor, não tendo o poder de ab-rogá-las, de modificá-las ou de derogá-las; isto constitui a superioridade da lei em face da Administração, das normas legislativas em face dos atos administrativos.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> EISENMANN, C. **O Direito administrativo e o princípio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 56, 1959. p. 52.

E ainda, sustenta sua crítica acerca da ampla definição de legalidade e defende a restauração de sua restritibilidade, da total subordinação de atos administrativos em consonância com a norma escrita. Conforme se vê:

Assim pois, no âmbito da teoria do “princípio de legalidade”, deve-se rejeitar a definição extensiva da legalidade-objeto como termo de referência da relação; não se deve admitir que o princípio visa a própria relação entre todo o conjunto dos atos administrativos e a totalidade das espécies de normas de direito que os podem reger, — com mais forte razão ainda a relação entre estas normas e uma parte dos atos administrativos. É preciso manter ou restaurar a concepção primitiva e restritiva: o princípio de legalidade tem por objeto exclusivamente as relações entre todos os atos administrativos e as leis, a relação entre o corpo inteiro da Administração e o Parlamento-legislador.<sup>47</sup>

À vista disso, essa ideia nos ajuda a contextualizar a relativização do princípio da legalidade e como isso abre caminho para a atuação mais livre da administração pública, colocando o Judiciário em uma posição de árbitro das exceções. Assim, ao tratar da relativização da legalidade, Eisenmann proporciona uma visão crítica de como a expansão desse conceito pode dificultar a distinção entre legalidade e discricionariedade, favorecendo a intervenção judicial em áreas de incerteza normativa.

Outro ponto relevante levantado pelo autor é o conceito de derrogações ou torções ao princípio da legalidade, sobretudo em crises ou circunstâncias excepcionais. Nesses contextos, a jurisprudência tende a aceitar que, em nome da ordem pública ou da segurança nacional, a administração pública desrespeite a lei formal. A possibilidade de derrogações cria uma situação onde o Judiciário, ao validar essas exceções, legitima o afastamento da lei em prol de decisões administrativas urgentes e excepcionais.

Conseqüentemente, o Judiciário, ao reconhecer tais derrogações, pode se portar não apenas como aplicador da lei, mas como um poder que admite exceções à própria legalidade, fortalecendo a eventualidade de *ativismos judiciais*. O debate relativo a estas derrogações destaca como o Judiciário, ao atuar em contextos de crise, posiciona-se mais proativamente, ao passo que pode estender a margem de discricionariedade da administração pública. Em situações excepcionais,

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 53.

a aceitação judicial dessas derrogações desafia o conceito tradicional de legalidade e exige do Judiciário uma postura de equilíbrio entre legalidade e necessidade, especialmente quando se trata da proteção de direitos fundamentais.

Desta forma, para que a relativização da legalidade não se converta em uma abertura irrestrita, é necessário que sua aplicação seja cuidadosamente delimitada. Isso implica que o Judiciário deve atuar com cautela ao admitir derrogações, garantindo que elas atendam a critérios objetivos e orientados em consonância aos princípios constitucionais. Somente quando sustentada por fundamentos sólidos e aplicados em situações excepcionais, a flexibilização da legalidade pode ser justificada sem comprometer a segurança jurídica e a previsibilidade das normas.

Percebe-se, então, que essa relativização não deve e não pode ser inexaurível. Visto que *“a validade se verificará quando o ato atender ao procedimento estabelecido em normas superiores, obedecendo passo a passo aos requisitos exigidos pela ordem normativa”*<sup>48</sup>.

Por consequência, o controle judicial da discricionariedade administrativa deve seguir critérios como a razoabilidade e a proporcionalidade, assegurando que as decisões judiciais não desvirtuem a competência da administração pública. Dessa forma, o Judiciário pode atuar para corrigir abusos, mas sem assumir o papel de administrador.

Entretanto, ainda assim ocorrem situações em que este preceito é relativizado. Tenta-se justificar tais casos, muitas vezes, pela necessidade de o Judiciário intervir em situações nas quais a norma escrita não atende plenamente às exigências constitucionais, como nos casos de omissões estatais ou na garantia de direitos sociais. Em síntese, a necessidade de conceder ao Judiciário os meios para tomar decisões rápidas e eficazes em contextos nos quais a estrita vinculação ao texto legal poderia ser prejudicial ao interesse público.

Conclui-se, desta forma, ser plenamente possível, legítimo e, na verdade, um *dever* do Estado a avaliação de atos discricionários pela autoridade judiciária

---

<sup>48</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007. p. 155.

competente, a fim de avaliar o ato a partir da interpretação daquilo que está em análise.

#### 4.2 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA GARANTISTA E CONTROLE JURISDICIONAL

A Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli estabelece um sistema rigoroso de controle e limitações aos poderes, especialmente ao Judiciário, para assegurar o respeito aos direitos fundamentais e prevenir abusos de discricionariedade administrativa e judicial. Em “*Principia Iuris*”, Ferrajoli argumenta que a função jurisdicional deve ser predominantemente cognitiva<sup>49</sup>, ou seja, restrita à interpretação e aplicação da lei sem inovar ou criar novas normas, tarefa esta que cabe exclusivamente ao Legislativo. Essa postura é essencial para manter a separação dos poderes e evitar o ativismo judicial, que ele critica como um desvio das funções constitucionais dos juízes.

Ferrajoli aborda também a questão da omissão legislativa — quando a falta de normas impede a concretização de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais. Ele defende que, em tais casos, a solução para as lacunas legislativas cabe exclusivamente ao Legislativo, por meio da criação de normas, e ao controle constitucional, não ao “ativismo interpretativo dos juízes”. Esse papel exclusivo do Legislativo, denominado *interpositio legislatoris*<sup>50</sup>, é indispensável para garantir que o Judiciário se limite à função de denunciar a ausência de regulamentação, instigando o Legislativo a agir, sem que isso represente uma

---

<sup>49</sup> Segundo Ferrajoli: Totalmente diferente é a discricionariedade judicial e todas as funções de garantia, que intervêm naquela atividade específica de tendência cognitiva que é a aplicação da lei, tanto ordinária como constitucional. O seu espaço é circunscrito pela sujeição à lei e, portanto, limitado à interpretação das normas aplicadas: as constitucionais, pelos juízes constitucionais (acompanhadas da interpretação da lei ordinária que o seu julgamento afeta); os legislativos, por juízes ordinários (acompanhados da interpretação da lei constitucional para avaliação dos perfis de invalidez da lei aplicável). FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 65, tradução nossa.

<sup>50</sup> A “*interpositio legislatoris*” é o conceito que destaca a necessidade de intervenção legislativa para a implementação e regulamentação de direitos fundamentais, especialmente em temas de direitos sociais. No garantismo jurídico defendido por Luigi Ferrajoli, o papel do legislador é fundamental e insubstituível no processo de concretização dos direitos constitucionais. Ferrajoli argumenta que a ausência de uma legislação específica para certos direitos sociais não deve ser suprida pela decisão judicial; ao contrário, cabe ao Poder Judiciário apenas identificar e denunciar essas lacunas legais, instigando o legislador a agir.

substituição de suas competências. Essa postura, portanto, preserva a separação dos poderes, visto que limita a função jurisdicional e evita o comprometimento do sistema de garantias ao invadir o domínio normativo próprio do Legislativo.

Nos termos do mestre:

Tais divergências certamente não podem ser reparadas pela interpretação e pela argumentação jurídicas. No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação — e, por isso, à política —, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e à jurisdição constitucional, no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. Mas **é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária interpositio legis. Eles podem, no máximo, evidenciar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como previsto no art. 103, §2, da Constituição brasileira; e os juízes e tribunais, determinando, no caso concreto submetido a sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação.**<sup>51</sup>

Ferrajoli defende que, nesses casos, a intervenção judicial deve limitar-se a um caráter de preservação e aplicação da legalidade existente, atuando para suprir temporariamente a ausência normativa sem pretender estabelecer uma nova normatividade ou usurpar a função legislativa. Essa posição rigorosa em relação à função jurisdicional está ancorada em corolários fundamentais do princípio da legalidade, como a separação entre direito e moral e a submissão dos juízes unicamente à lei.<sup>52</sup> Para o mestre, tais corolários se fazem essenciais a fim de evitar que decisões judiciais se tornem reflexo de subjetividades morais ou de interpretações voluntaristas, submetendo os cidadãos exclusivamente ao império da

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 247, grifo nosso.

<sup>52</sup> Conforme afirma o mestre: [...] Nesse sentido assertivo ou teórico, a separação é um corolário do princípio da legalidade que impede, para a garantia da submissão dos juízes somente à lei, a derivação do direito válido do direito (por eles suposto) justo e, para a garantia da autonomia crítica do ponto de vista moral externo ao direito, a derivação do direito justo do direito válido, mesmo se conforme a Constituição. No sentido prescritivo ou axiológico, a separação é um corolário do liberalismo político que rejeita, para a garantia das liberdades fundamentais em relação a tudo que não lesiona os outros, a utilização do direito como instrumento de reforço da (ou de uma determinada) moral. No primeiro sentido, a separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral; no segundo, entretanto, equivale a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas. *Ibid.*, p. 25.

lei e não ao arbítrio jurisprudencial. No contexto do garantismo, essa visão de legalidade também implica que o Judiciário, ao limitar sua atuação ao que a norma positiva determina, reforça a previsibilidade e a segurança jurídica, princípios indispensáveis ao Estado de Direito.

Além disso, Ferrajoli introduz o conceito de garantias primárias e secundárias. As garantias primárias são as previsões de obrigações e deveres, enquanto as garantias secundárias referem-se à sancionabilidade de comportamentos ilícitos ou anulação de atos inválidos<sup>53</sup>. Nos termos do autor:

[...] A especificidade do direito em relação a outros sistemas deontológicos reside no fato de, como veremos mais adiante, possuir um conjunto de “garantias” jurídicas — como a previsão de obrigações ou proibições, que chamarei de “garantias primárias” em § 10.6, e a sancionabilidade e anulação de suas desobediências como atos ilícitos ou inválidos, que chamarei de “garantias secundárias” — destinadas a garantir a eficácia das modalidades e expectativas legais por meio de técnicas apropriadas para remover, reparar ou prevenir sua ineficácia. (tradução nossa).<sup>54</sup>

No caso da análise do ordenamento jurídico brasileiro e o correspondente cotejo deste segmento da teoria, Ferrajoli extrai elementos do texto constitucional que relacionam com o que foi apresentado<sup>55</sup>. Assim, no caso de lacunas ou omissões legislativas, o Judiciário, por meio de garantias secundárias como o mandado de injunção e o controle de constitucionalidade por omissão, pode impor ao Executivo a obrigação de cumprir direitos previamente regulamentados, mas sempre sem criar novas normas. Esse entendimento permite que o Judiciário atue de maneira limitada e temporária, até que o Legislativo assuma sua função regulatória.

<sup>53</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Principia iuris**: uma teoria normativa do direito e da democracia. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 1, 2010, p. 288.

<sup>54</sup> [...] La especificidad del derecho respecto a los demás sistemas deontológicos reside en el hecho de que, como veremos más adelante, él dispone de un conjunto de ‘garantías’ jurídicas — como la previsión de obligaciones o prohibiciones, que llamaré ‘garantías primarias’ en el § 10.6, y la sancionabilidad y la anulabilidad de sus desobediencias como actos ilícitos o inválidos, que llamaré ‘garantías secundarias’ — dirigidas a asegurar la efectividad de las modalidades y las expectativas jurídicas mediante técnicas adecuadas para remover, reparar o prevenir su inefectividad. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 159.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 234.

Seguindo esse entendimento:

[...] é tarefa do Legislativo promover a normatividade necessária para colmatar as lacunas provocadas pelo incumprimento das normas constitucionais e é atribuição do judiciário promover a anulação das antinomias decorrentes de normas violadoras das liberdades. Esta, e não outra, seria sua tarefa num Estado de Direito.

Esse arranjo institucional reivindicado por Ferrajoli, onde a *interpositio legislatoris*, num ordenamento jurídico enquanto sistema de garantias, torna-se indispensável para satisfazer os direitos sociais, e exaustivamente explicada por ele em sua obra *Principia Iuris* (Ferrajoli, 2007) em diversas passagens. Tentaremos aqui resumir o pensamento do autor a partir de excertos da obra, a fim de esclarecer a sua posição.<sup>56</sup>

Conclui-se que a visão da teoria garantista sustenta que o Judiciário deve manter-se vinculado ao princípio da legalidade e à estrutura do Estado de Direito, desempenhando um papel de controle restrito que assegura a aplicação das normas e a proteção dos direitos fundamentais sem interferir nas competências legislativas ou executivas.

#### 4.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO ATUAL DESAFIO NO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O ativismo judicial tem suscitado intensos debates sobre a separação de poderes e a segurança jurídica no Brasil, especialmente no contexto do fortalecimento do papel do Judiciário após a Constituição de 1988. A partir desse marco constitucional, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma posição de guardião dos direitos fundamentais, o que, embora tenha ampliado o acesso à justiça e protegido direitos, também trouxe o risco de uma atuação judicial além dos limites jurisdicionais.

---

<sup>56</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 209.

Frequentemente “justificado”<sup>57</sup> pela carência de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, o ativismo judicial pode comprometer a autonomia da administração pública e gerar insegurança jurídica, ampliando indevidamente o controle judicial sobre atos discricionários. Esse cenário decorre da ampliação interpretativa das leis e da intervenção nas funções típicas dos demais poderes.

Na configuração do Estado Democrático de Direito, a previsibilidade das normas e a confiança na aplicação imparcial da lei são essenciais para assegurar que os cidadãos possam orientar suas condutas com base em regras claras e estáveis. No momento em que o Judiciário expande suas atribuições, inovando na ordem jurídica ao interpretar normas amplamente e não previstas originalmente pelo legislador, gera-se uma incerteza quanto aos limites de sua atuação e o escopo das normas vigentes. Essa prática pode resultar em um ambiente jurídico instável, onde as decisões judiciais tornam-se menos previsíveis e mais suscetíveis a interpretações subjetivas, comprometendo a coerência e a integridade constitucional.

Ademais, um dos principais motivadores do ativismo judicial é o controle das omissões legislativas, especialmente em demandas sociais e de direitos fundamentais. Quando os poderes Legislativo e Executivo se omitem na implementação de políticas públicas essenciais, o Judiciário é frequentemente chamado a atuar. Entretanto, segundo o modelo garantista, o Judiciário deve adotar uma postura de autocontenção, limitando-se a apontar a omissão. Nesse sentido, o Judiciário não deve atuar como um substituto do legislador, porém garantir que os direitos fundamentais já previstos na Constituição e nas leis sejam implementados. Assim, a função jurisdicional deve centrar-se em evidenciar as lacunas normativas e, quando necessário, impor ao Executivo a obrigação de assegurar direitos, sem, contudo, inovar ou criar normas, evitando que a atuação judicial se desvirtue e compita com a função legislativa.

---

<sup>57</sup> [...] a carente atuação dos poderes supracitados em demandas sociais não serve, aqui, de justificativa para a postura ativista, mas sim de reflexão de que a perpetuidade do Estado Democrático de Direito urge pela observância efetiva das funções típicas de cada um dos Poderes, de modo conjunto, visando a indelegabilidade e inacumulabilidade das mesmas. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARVALHO, Camila Fernandes; APPELT, Paulo Vinícios; SOUZA, Pedro Serpa de. **Ativismo e controle judicial**: uma distinção à luz da segurança jurídica. Revista Estudos Políticos, v. 14, n. 28, p. 153-176, 6 fev. 2024. Disponível em: [https://periodicos.uff.br/revista\\_estudos\\_politicos/article/view/61413](https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/61413). Acesso em: 22 nov. 2024, p. 158.



Essa postura de controle cauteloso de omissões reflete uma aplicação rigorosa do princípio da legalidade, respeitando a divisão de competências entre os poderes e garantindo que o Judiciário atue dentro de seu papel constitucional de fiscalizador, não de legislador substituto. Desta forma, deve a atuação judicial se equilibrar entre a proteção dos direitos e o respeito à função cognitiva da jurisdição, sob pena de usurpar as competências constitucionais dos outros poderes e comprometer o próprio Estado Democrático de Direito.

Contudo, ao analisar a atividade legítima do controle judicial sobre atos discricionários, é indispensável aprofundar a compreensão dessa prática no âmbito administrativo. Desta forma, delimita-se como o Judiciário, no exercício de sua função, pode aferir a legalidade dos atos administrativos sem invadir a esfera de discricionariedade do gestor público, preservando a liberdade legítima conferida pela legislação e assegurando o respeito aos princípios constitucionais.

Em suma, isto resume que o papel da autoridade judicial no exercício do controle jurisdicional sobre atos administrativos se restringe exclusivamente à verificação da conformidade legal do ato, sem interferir no mérito discricionário do gestor público. E no instante em que eventuais vícios ou condutas arbitrárias são identificados, cabe ao Judiciário unicamente a anulação do ato, sem o substituir, garantindo que a liberdade discricionária legítima da administração seja preservada e que, assim, o princípio da legalidade seja rigorosamente observado.

Entretanto, é comum que autoridades judiciais, no exercício do controle jurisdicional, acabem por atuar de forma proativa e expansiva às suas competências típicas, interferindo, conseqüentemente, nas próprias dos Poderes Legislativo e Executivo. Quando, então, substituem decisões ou, em caso de atos discricionários passíveis apenas de anulação, estabelecem a medida a ser tomada — invadindo, assim, a competência de outro poder. Conduta esta incompatível com a contrariedade de atribuição de funções que resultem no esvaziamento das funções materiais de um órgão para outro<sup>58</sup>.

Esse comportamento ocorre, especialmente, quando o Judiciário revisita decisões dos outros poderes, incentiva políticas públicas e interpreta amplamente as disposições constitucionais, estendendo seu alcance e sentido original. O ativismo

---

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição**. 3ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 559.

judicial também se manifesta por meio da declaração de inconstitucionalidade de normas a partir de critérios flexibilizados, além da imposição de ações ou inações na esfera de políticas públicas. Essas práticas muitas vezes surgem como resposta à inércia ou omissão dos demais poderes, especialmente em contextos não contemplados explicitamente pela Constituição de 1988, onde o Judiciário assume um papel proativo diante da ausência de manifestação do legislador responsável pela elaboração do ordenamento jurídico infraconstitucional<sup>59</sup>.

Neste sentido, Cademartori, Carvalho, Appelt e Souza assinalam que:

**[...] tal fenômeno se caracteriza pela ingerência do Poder Legislativo e pela desnaturação das atribuições típicas materiais do Judiciário — dado à interferência desse Poder sobre as competências nucleares dos demais — e não somente um desvio de conduta formal no exercício jurisdicional. Ainda, observa-se, numa atuação ativista, o extrapolamento do Judiciário conferido à interpretação da Constituição e das leis, bem como ao controle de constitucionalidade dos atos normativos.** Por conseguinte, compreende-se como ativismo o ímpeto ou atitude proativa de interpretação da Constituição, dilatando seu alcance, assim como seu sentido.<sup>60</sup>

E ainda cabe destaque o argumento em torno do caráter negativo da prática ativista:

**[...] nota-se o caráter negativo da prática ativista dada a desnaturação do próprio Poder,** o que é potencializado pelos seguintes aspectos: (i) deslocamento das competências legislativas para o Judiciário, tornando-o arena da resolução de questões puramente políticas; (ii) maior proatividade vista na produção jurisprudencial, levando em consideração a estagnação dos demais Poderes; (iii) por conseguinte, devido às lacunas institucionais e delegação de competências, o aumento das demandas judiciais objetivam o cumprimento dos direitos fundamentais firmados na Constituição de 1988 — não efetivados pelas práticas dos outros poderes.<sup>61</sup>

Desta forma, a discutida ingerência do Judiciário em questões tradicionalmente políticas desloca para o âmbito judicial a resolução de questões

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 22, jan./dez. 2009.

<sup>60</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARVALHO, Camila Fernandes; APPELT, Paulo Vinícios; SOUZA, Pedro Serpa de. **Ativismo e controle judicial:** uma distinção à luz da segurança jurídica. Revista Estudos Políticos, v. 14, n. 28, p. 153-176, 6 fev. 2024. Disponível em: [https://periodicos.uff.br/revista\\_estudos\\_politicos/article/view/61413](https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/61413). Acesso em: 22 nov. 2024, p. 157, grifo nosso.

<sup>61</sup> *Ibid.*, grifo nosso.

próprias do Legislativo, comprometendo a separação de poderes e gerando, assim, um *déficit democrático*. Em momentos de retração ou omissão do Legislativo e do Executivo em demandas sociais, o ativismo judicial é impulsionado, tornando-se uma *mola propulsora* para a proteção de direitos fundamentais não efetivados pelos outros poderes<sup>62</sup>.

Ao ultrapassar o papel de interpretação e aplicação da lei, o ativismo judicial desvirtua o controle de legalidade ao invadir competências políticas e administrativas. Nesse contexto, como defende Ferrajoli, o Judiciário deve atuar restritamente, respeitando sua função cognitiva e limitada pela legalidade, sem adotar uma postura de legislador ou criar novas normatividades, especialmente em demandas que envolvem direitos fundamentais. Esse exercício de autocontenção preserva a segurança jurídica e mantém o Judiciário dentro de seu papel institucional de guardião das leis, evitando assim a insegurança jurídica e o risco de um Judiciário hiperativo.

Contudo, essa postura ativa do Judiciário, ao atuar além dos limites jurisdicionais, recebe críticas por comprometer a coerência do ordenamento jurídico e desestabilizar a segurança jurídica. A promoção de decisões que invadem competências alheias e interferem nas esferas políticas e administrativas, ao invés de garantir direitos, tende a enfraquecer a estrutura do Estado de Direito, cuja estabilidade depende da observância rigorosa da separação de poderes.

Para o Judiciário exercer seu papel de guardião dos direitos fundamentais sem invadir competências legislativas e administrativas, torna-se essencial um equilíbrio entre autocontenção e controle efetivo. Instrumentos como o mandado de injunção, previstos constitucionalmente, são exemplos de medidas específicas que permitem ao Judiciário corrigir omissões da Administração sem ultrapassar seu papel constitucional. Esses instrumentos permitem suprir a inércia estatal, garantindo a implementação de direitos fundamentais, mas limitam o Judiciário a atuar apenas naquilo já previsto pela Constituição, evitando que este assumam funções criativas que cabem ao Legislativo.

Nesse contexto, a prática da autocontenção judicial — na qual o Judiciário se abstém de interferir nas políticas públicas, exceto quando estritamente necessário para assegurar direitos previstos em lei — torna-se indispensável.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 157-158.

Portanto:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.<sup>63</sup>

O Judiciário deve, desta forma, buscar não só a correção das omissões, mas também a preservação da segurança jurídica e da coerência do ordenamento. Esse modelo de controle focado permite que o Judiciário contribua para a efetivação dos direitos fundamentais sem comprometer a divisão de poderes e a estabilidade da estrutura democrática.

Desta forma, no caso de atos discricionários, o controle judicial é fundamental. O judiciário não somente pode, como deve avaliar a partir da interpretação daquilo que foi colocado no caso concreto. Entretanto, se a partir da mera avaliação não identificar desvios de legalidade e legitimidade por parte do gestor, cabe a ele tão somente o reconhecimento da discricionariedade. Tal medida é inerente a fim de medir eventual arbitrariedade de uma conduta.

Já no caso em que, a partir da avaliação por parte do controle jurisdicional, for identificada arbitrariedade, a única e adequada medida é a sua anulação. Esta é a simples fórmula de intervenção judicial a ser aplicada no âmbito da discricionariedade. Portanto, tal possibilidade não pode dar brecha para a introdução de ativismo judicial.

Seguindo este raciocínio, Luiz Henrique Cademartori aduz que:

**[...] o juiz não somente pode como deve apreciar** — não se confunda com substituição de decisões — na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do Poder Público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, cuja diretriz política estará referida à primazia do

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 22-23.

administrado frente à Administração. **Para efetuar tal controle, deverá o órgão judiciário considerar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto, possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas.** Portanto, sob o parâmetro garantista de validade, deverão ser observados todos os aspectos substanciais das medidas do Poder Público, discricionárias ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico.<sup>64</sup>

Percebe-se assim a clara distinção acerca de ambas as condutas. Brevemente, o controle jurisdicional é um mecanismo inerente ao sistema brasileiro, o qual adota o método de “freios e contrapesos” entre os poderes, sendo imprescindível em situações de mau funcionamento democrático<sup>65</sup>. Já o ativismo, por outro lado, ocorre quando o Judiciário suplanta o papel do Legislador, ultrapassando os limites de sua função típica de interpretar e aplicar a lei. Podendo ocorrer no próprio controle judicial ou não.

Cabe destacar ainda que, à luz da citação supra de Barroso acerca de que o ativismo judicial “*procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional*”<sup>66</sup>, que o juiz praticante desta deliberação não está agindo de má-fé — na maioria das vezes. Está, na verdade, agindo de tal maneira a fim de suprir uma garantia inexistente. No entanto, independente de justificativas, a colmatação de lacunas legislativas mediante atos de juízes se insere na esfera de usurpação de competência entre poderes. Inalterando completamente, assim, o descabimento dessas incursões perante as disfuncionalidades<sup>67</sup>.

Ao contrário do que conclui Barroso ao sustentar a aplicabilidade de decisões desta natureza:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia

<sup>64</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007, p. 182-183, grifo nosso.

<sup>65</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARVALHO, Camila Fernandes; APPELT, Paulo Vinícios; SOUZA, Pedro Serpa de. **Ativismo e controle judicial**: uma distinção à luz da segurança jurídica. Revista Estudos Políticos, v. 14, n. 28, p. 153-176, 6 fev. 2024. Disponível em: [https://periodicos.uff.br/revista\\_estudos\\_politicos/article/view/61413](https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/61413). Acesso em: 22 nov. 2024, p. 171.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 22-23.

<sup>67</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* *Op. cit.*, p. 161.

brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes<sup>68</sup>.

Conclui-se que, embora o ativismo judicial muitas vezes seja defendido como resposta às omissões do Legislativo e do Executivo, ele acarreta riscos substanciais à estabilidade institucional e à segurança jurídica, pilares essenciais de um Estado Democrático de Direito. A intervenção judicial sem os devidos freios enfraquece a separação de poderes e distorce a função jurisdicional, transformando-a em uma atuação que muitas vezes compete ao poder político e legislativo.

O simples fato de julgar atos discricionários com base na consciência dos juízes pode fazer a coletividade refém de sua mentalidade, abrindo espaço para decisões marcadas por relativismo e irracionalidade. Pois, no momento em que o valor de um direito depende exclusivamente da interpretação dos juízes, há o risco de que os indivíduos sejam sentenciados de forma arbitrária, resultado de um poder discricionário capaz de gerar interpretações equivocadas da lei.

Faz-se mister que o Judiciário exerça um papel ativo, entretanto se deve evitar a qualquer custo ultrapassar os limites de sua função constitucional, limitando-se ao controle jurisdicional rigoroso e autocontido, que assegure o cumprimento das normas e a proteção dos direitos fundamentais sem suprimir a autonomia dos outros poderes. O fortalecimento do controle judicial, ao invés de uma postura ativista, se apresenta como um caminho mais seguro a fim de enfrentar a inércia ou deficiência dos demais poderes, preservando a coerência do ordenamento jurídico e a confiança nas instituições democráticas.

#### 4.4 ATUAÇÃO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE: ALGUNS EXEMPLOS RELEVANTES SOBRE O TEMA

Diversos casos no Brasil ilustram a ampla atuação do Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais, muitas vezes ultrapassando o controle estrito de

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 32.

atos discricionários. Os exemplos apresentados a seguir foram selecionados não apenas por sua relevância jurídica, mas também pela expressiva repercussão midiática e impacto na opinião pública. Esses casos ilustram como as decisões judiciais moldam percepções sociais, influenciam debates sobre o equilíbrio de poderes e refletem a judicialização de questões envolvendo a administração pública. Ao mesmo tempo, destacam o impacto do ativismo judicial na segurança jurídica, na separação dos poderes e na relativização do princípio da legalidade. Por meio dessas análises, busca-se compreender os desafios de equilibrar uma atuação judicial proativa com o respeito às competências institucionais, especialmente em contextos de omissão ou inércia dos demais poderes.

#### 4.4.1 EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004

A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 representa um marco significativo na evolução do papel do Judiciário no Brasil, contribuindo para a intensificação do fenômeno do ativismo judicial. Essa emenda trouxe inovações importantes, como a criação do Conselho Nacional de Justiça, que, além de suas funções administrativas e disciplinares, exerce uma função normativa que levanta questionamentos sobre a separação de poderes. A atuação normativa do CNJ, conforme observado em casos como a Resolução n.º 07/2005, que tratou do nepotismo no Judiciário, evidencia uma expansão de sua influência regulatória. Essa atuação autônoma tem sido interpretada por parte da doutrina como uma manifestação de ativismo judicial, pois o CNJ, ao expedir atos que impactam diretamente práticas judiciais e administrativas, avança sobre espaços que tradicionalmente seriam de competência do Legislativo<sup>69</sup>.

A análise das atribuições normativas do CNJ revela um aspecto do ativismo judicial que se estende além das decisões do STF. O CNJ, investido de poder para expedir atos regulatórios em diversas áreas, tem inovado no ordenamento jurídico com base na constitucionalidade de seu mandato. Por exemplo, a Resolução n.º 175, que disciplinou a celebração de casamentos entre

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA MIRANDA, G. R. de. **Ativismo judicial e poder normativo do CNJ** / Judicial activism and normative power of the CNJ. *Brazilian Journal of Development*, [S. l.], v. 6, n. 10, p. 10, 2020.

pessoas do mesmo sexo, ilustra como o CNJ pode atuar de forma que transcende sua função tradicional de fiscalização, adotando medidas que impactam normas e procedimentos em âmbito nacional. Essa atuação levanta a discussão sobre a possibilidade de o CNJ se consolidar como um órgão normativo autônomo no Judiciário, ampliando o debate sobre a extensão de suas competências e os limites da separação de poderes no Brasil<sup>70</sup>.

O STF, em diversas ocasiões, reconheceu a constitucionalidade dessa atuação normativa do CNJ, considerando-a compatível com o sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição Federal<sup>71</sup>. No entanto, a questão central que se coloca é até que ponto essa função regulatória pode ser exercida sem que haja usurpação da função legislativa. Em casos concretos, como os provimentos relativos à regulamentação de concursos públicos e normativas sobre direitos processuais, percebe-se que o CNJ tem agido de forma que, para alguns analistas, extrapola os limites de sua competência e adentra uma esfera que demandaria atuação legislativa formal.

Portanto, pode-se argumentar que a EC n.º 45/2004 não apenas fortaleceu o Judiciário em seu papel de guardião da Constituição, mas também possibilitou uma expansão de suas funções de maneira que favorece o surgimento de uma atuação judicial de caráter ativista. O debate sobre o CNJ e suas funções regulatórias ressalta a importância de delimitar com clareza os limites do poder normativo e de garantir que a separação dos poderes seja preservada, evitando a concentração excessiva de funções em um único órgão<sup>72</sup>.

#### 4.4.2 ADPF N.º 54

Um caso bastante relevante é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54<sup>73</sup>, que representa um marco importante no debate sobre os

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>72</sup> MARTINS, Dayse Braga; COLARES, L. V.. A politização da justiça e o conselho nacional de justiça - cnj face à teoria da separação dos poderes. *In*: Conpedi/UFSC. (org.). XXIII Encontro Nacional Conpedi/UFSC. **(RE)Pensando o direito**: desafios para a construção de novos paradigmas. 1 ed. Florianópolis, 2014, v. 1, p. 24.

<sup>73</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** 54. Disponível em:



limites da discricionariedade judicial no Brasil. Em abril de 2012, o STF decidiu, por maioria, que a interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos não constitui crime, desconsiderando a aplicação dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto. A decisão foi fundamentada na proteção de direitos fundamentais como dignidade da pessoa humana, autonomia, privacidade e saúde da gestante, além de garantir sua integridade física e psicológica.

O ministro Marco Aurélio, relator da ação, argumentou que obrigar a mulher a manter uma gestação inviável seria tratá-la como prisioneira de seu próprio corpo, em afronta direta aos princípios constitucionais. Outros ministros, como Rosa Weber e Luiz Fux reforçaram que a manutenção da gestação nessas condições seria uma forma de tortura, violando direitos humanos básicos. A decisão também diferenciou a interrupção nesses casos como “antecipação terapêutica do parto”, e não como aborto, uma vez que o feto não possui viabilidade extrauterina.

Contudo, a decisão não foi unânime. Os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela improcedência, argumentando que a questão deveria ser resolvida pelo Congresso Nacional, sob pena de o Judiciário assumir um papel de legislador positivo. Para Lewandowski, a complexidade do tema exigia um amplo debate com a sociedade, enquanto Peluso destacou os riscos de diagnósticos imprecisos e divergências éticas sobre o tema.

#### 4.4.3 ADPF N.º 347

Exemplificando a intervenção judicial em situações de omissão administrativa e violação estrutural de direitos fundamentais, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347<sup>74</sup> reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Proposta pelo PSOL, a ação teve como base o cenário de graves violações aos direitos dos presos, como

---

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 17 de nov. 2024.

<sup>74</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17 de nov. 2024.

superlotação, condições insalubres, falta de acesso à saúde, alimentação, higiene, estudo e trabalho, além de relatos de violência e negligência em cuidados básicos, como o parto de mulheres em penitenciárias.

O STF declarou, por unanimidade, a existência de um ECI, afirmando que a atual situação prisional compromete os objetivos de ressocialização e segurança pública, conforme previsto na Constituição Federal, em tratados internacionais e na Lei de Execução Penal. O Tribunal determinou uma série de medidas, como a realização de audiências de custódia em até 24 horas após a prisão, a separação de presos provisórios dos condenados e a regulamentação da criação de varas de execução penal pelo CNJ. Estabeleceu, ainda, prazos para que a União, Estados e Distrito Federal elaborem planos para enfrentar problemas como superlotação, má qualidade das vagas e a entrada e saída excessiva de presos. Esses planos, a serem submetidos ao STF, também terão sua execução monitorada pelo CNJ.

#### 4.4.4 RE N.º 566.471

Já a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 566.471<sup>75</sup>, referente à judicialização da saúde, consolidou o papel do Judiciário na garantia do direito à saúde. Nesse caso, o STF determinou que o Estado fornecesse medicamentos de alto custo, mesmo fora das listas de políticas públicas. A decisão, embora legítima na proteção ao direito à saúde, trouxe implicações significativas para a discricionariedade administrativa, interferindo na alocação de recursos públicos e nas políticas orçamentárias.

Essa postura judicial de ativismo, motivada pela ineficácia e omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em implementar políticas de saúde, suscita um debate sobre a legitimidade e os limites da atuação do Judiciário. A análise desse ativismo judicial no contexto da saúde ressalta a tensão entre a obrigação de garantir direitos fundamentais e a necessidade de respeitar os princípios orçamentários e a separação de poderes. O STF, em suas decisões, enfatizou a importância de critérios racionais e objetivos para a concessão de medicamentos,

---

<sup>75</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 566.471**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 17 de nov. 2024.

buscando evitar decisões emocionais ou subjetivas que comprometam a sustentabilidade do sistema público de saúde.

#### 4.4.5 CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

O caso da fidelidade partidária é um marco emblemático do ativismo judicial no Brasil<sup>76</sup>. A partir de consultas feitas ao Tribunal Superior Eleitoral e ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se o entendimento de que o mandato parlamentar pertence ao partido político ou à coligação, e não ao candidato. Tal posicionamento foi estabelecido em resposta à ausência de uma norma específica na Constituição ou na legislação infraconstitucional que previsse a perda do mandato por infidelidade partidária.

O TSE, em consultas como a n.º 1.398/2007 e n.º 1.407/2007, e o STF, nos Mandados de Segurança n.º 26.602, n.º 26.603 e n.º 26.604, decidiram que parlamentares que mudassem de partido sem justa causa deveriam perder seus mandatos. As Cortes basearam-se na ideia de que a troca injustificada de legenda seria uma fraude à vontade do eleitor e uma ofensa ao princípio democrático, pois o mandato político é obtido em razão do vínculo com o partido e seus ideais, e não por mérito exclusivamente pessoal.

Esse entendimento, embora tenha buscado resguardar a integridade do sistema democrático e a representação popular, foi amplamente criticado por avançar sobre o espaço normativo reservado ao Legislativo. A Constituição de 1988, em seu artigo 55, regula exaustivamente as hipóteses de perda de mandato, sem incluir a infidelidade partidária como causa. Apesar disso, o Judiciário supriu essa lacuna normativa ao interpretar o princípio democrático de maneira ampliada.

---

<sup>76</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARVALHO, Camila Fernandes; APPELT, Paulo Vinícios; SOUZA, Pedro Serpa de. **Ativismo e controle judicial: uma distinção à luz da segurança jurídica**. Revista Estudos Políticos, [S.L.], v. 14, n. 28, 6 fev. 2024, p. 158.

#### 4.4.6 POSSÍVEIS SITUAÇÕES DE UM ATIVISMO “LEGÍTIMO”

E ainda, comentam-se casos que, apesar de incorrerem na prática ativista em questão, são utilizadas medidas de controle compatíveis com o paradigma garantista e com a separação dos poderes<sup>77</sup>.

O Mandado de Injunção n.º 721-7<sup>78</sup>, relativo ao direito constitucional à aposentadoria especial para servidores públicos expostos a condições insalubres, ilustra a atuação judicial diante de omissões normativas. O STF reconheceu a mora legislativa e decidiu, supletivamente, aplicar os critérios da aposentadoria especial previstos no artigo 57 da Lei n.º 8.213/91, que regulamenta o regime geral de previdência social.

A decisão foi unânime e destacou o papel do Judiciário em viabilizar o exercício de direitos fundamentais, mesmo diante da omissão legislativa. O relator, Ministro Marco Aurélio, enfatizou que o mandado de injunção não se destina apenas a declarar a inércia legislativa, mas a garantir concretude ao texto constitucional, suprimindo lacunas normativas de maneira temporária até que o legislador competente edite a norma necessária. É demonstrada aqui uma situação na qual o Judiciário intervém limitadamente para suprir omissões sem, contudo, invadir a competência legislativa.

E ainda se destaca a emblemática Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26<sup>79</sup>, na qual o STF supriu a omissão do legislador em criminalizar a homofobia e a transfobia, equiparando-as ao racismo com base na Lei n.º 7.716/1989. A Corte, ao tratar a discriminação contra pessoas LGBTQIA+ como uma forma de racismo social, fundamentou sua decisão na interpretação constitucional dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição, que estabelecem o mandado de criminalização de práticas discriminatórias. Além disso, o Tribunal reconheceu

---

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237.

<sup>78</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção 721-7**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=49739>. Acesso em: 17 de nov. 2024.

<sup>79</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 17 de nov. 2024.

formalmente a mora inconstitucional do Congresso Nacional, declarando a omissão normativa e cientificando-o para suprir a lacuna legislativa.

De forma provisória, até que o Congresso legisle sobre o tema, o STF determinou que condutas homofóbicas e transfóbicas sejam enquadradas como racismo, garantindo, simultaneamente, a proteção aos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+. A decisão ainda estabeleceu limites claros para a liberdade religiosa, permitindo manifestações baseadas em convicções doutrinárias, desde que não configurassem discurso de ódio.

Esses exemplos refletem os desafios do ativismo judicial na promoção de direitos fundamentais. Embora o Judiciário atue como garantidor de direitos, sua intervenção deve ser equilibrada, respeitando os limites institucionais a fim de evitar a desestabilização da segurança jurídica e a violação da separação dos poderes. A busca por uma atuação judicial contida, centrada no controle jurisdicional, é essencial para preservar o Estado Democrático de Direito e a estabilidade das relações institucionais.

#### 4.5 CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários constitui uma temática central no Estado Democrático de Direito, ao envolver o desafio de equilibrar a proteção de direitos fundamentais com a preservação da separação de poderes. A discricionariedade administrativa oferece certa margem de liberdade para decidir conforme critérios de conveniência e oportunidade. No entanto, tal liberdade não é absoluta e encontra limites nos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, os quais devem ser rigorosamente observados a fim de evitar desvios de poder e assegurar a conformidade com o ordenamento jurídico.

No Brasil, o Poder Judiciário, de modo geral, desempenha um papel essencial na proteção da ordem jurídica e dos direitos fundamentais. Essa função se estende a todas as instâncias judiciais, desde os juízes de primeiro grau até os tribunais superiores, sendo o Supremo o guardião último da Constituição. No entanto, a expansão da atuação judicial, em diversos níveis, tem gerado debates

acerca dos limites e possibilidades do controle jurisdicional, especialmente no que diz respeito à discricionariedade administrativa.

Na visão de Ferrajoli, é imprescindível que o Judiciário exerça um papel eminentemente cognitivo, limitado pela letra da Constituição e pelas normas legais<sup>80</sup>. E ainda alerta para os riscos de um Judiciário que extrapola suas funções ao adotar posturas criativas e subjetivas, comprometendo a segurança jurídica e a previsibilidade necessárias ao Estado de Direito.

Contudo, o clássico questionamento: *Quis custodiat ipsos custodias?* (quem vigia os vigilantes?) evidencia a necessidade de impor limites claros à atuação de juízes e tribunais, evitando que suas decisões se tornem fonte de desequilíbrio institucional ao invadirem competências legislativas e administrativas<sup>81</sup>.

O controle jurisdicional, nesse sentido, deve se limitar à verificação da conformidade do ato administrativo com os parâmetros constitucionais, assegurando que: A decisão respeite os limites impostos pela legalidade; os princípios da razoabilidade e proporcionalidade sejam observados; e que a finalidade pública e o interesse coletivo sejam devidamente atendidos.

Todavia, a prática judicial brasileira apresenta casos que demonstram uma expansão desse controle, especialmente em situações de lacunas normativas ou omissões legislativas. Tribunais de diferentes esferas têm adotado uma postura ativa em julgamentos que visam suprir omissões legislativas, motivados pela necessidade de proteger direitos fundamentais.

O Supremo, em alguns dos exemplos aqui mencionados, e em decisões de instâncias inferiores e tribunais regionais, que também refletem o mesmo movimento em situações de menor visibilidade, mas de igual importância no plano prático e social. Essas ações, embora muitas vezes louváveis em sua intenção, suscitam importantes questionamentos acerca dos limites da função jurisdicional e do impacto sobre a separação de poderes.

Nesse contexto, Ferrajoli destaca a lógica da *interpositio legislatoris*, na qual o Judiciário, ao identificar omissões ou falhas legislativas, deve apontá-las e

---

<sup>80</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, F. E. C. de; SANTIAGO, N. E. A. **Garantismo e o controle da omissão administrativa na concretização dos direitos sociais**: repercussões diante da inadequação dos presídios brasileiros. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 16, n. 46, p. 289.

<sup>81</sup> TRIPODINA, C. **È la corte costituzionale l'unico potere buono?** una domanda a Luigi Ferrajoli. ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi, COSTITUZIONALISMO.IT, n. 2, 2010, p. 9.

assegurar a implementação de direitos já previstos, sem inovar normativamente ou usurpar competências legislativas. Para o italiano, o papel do Judiciário é essencialmente conservador, voltado para a garantia da legalidade e para a correção de abusos, sem deliberar sobre questões de mérito administrativo ou decisões de caráter político.

Ademais, o fortalecimento do controle judicial requer que sua aplicação esteja pautada pela prudência e pelo respeito aos limites constitucionais. Tal abordagem se faz indispensável para preservar a autonomia administrativa e evitar o enfraquecimento das instituições políticas. O controle judicial, quando exercido adequadamente, não representa uma interferência indevida, mas uma garantia de que a discricionariedade administrativa está sendo utilizada nos parâmetros constitucionais, em consonância com os princípios de razoabilidade, proporcionalidade e finalidade pública.

Desta forma, ao assegurar o equilíbrio entre controle jurisdicional e respeito à discricionariedade administrativa, o Judiciário, em todas as suas instâncias, evita que o ativismo judicial comprometa a estrutura do Estado de Direito. Essa postura de autocontenção é imprescindível para reforçar a separação de poderes, proteger a segurança jurídica e garantir que os juízes permaneçam dentro de seu papel constitucional de guardiões da legalidade e dos direitos fundamentais. Logo, esse modelo de atuação contribui para a consolidação de um sistema jurídico no qual a discricionariedade é exercida de maneira legítima, garantindo a confiança da sociedade nas instituições democráticas e assegurando o pleno respeito à Constituição.

Sob a ótica garantista, o controle judicial dos atos administrativos deve transcender uma análise puramente formal ou *atomística* dos seus elementos constitutivos. A abordagem propõe que a verificação da legalidade não seja feita isoladamente, mas sim em uma perspectiva integrada, na qual a relação lógica e axiológica entre os componentes do ato seja considerada. Isso significa que, ao constatar a lesão a um direito, o ato administrativo será considerado inválido, ainda que cumpra formalmente os requisitos legais. Os princípios constitucionais atuam como eixo central desse modelo, funcionando como elemento de coesão e garantindo que a análise judicial não se restrinja ao plano técnico-jurídico, mas abarque também os valores fundamentais que orientam o ordenamento. Assim, o

controle jurisdicional deve priorizar a justiça material e a proteção dos direitos, conferindo coerência ao ato administrativo em seu contexto normativo mais amplo<sup>82</sup>.

#### 4.5.1 INSTRUMENTOS DE CONTROLE GARANTISTAS E EFETIVOS

Na perspectiva de Ferrajoli, um controle jurisdicional efetivo, mas contido, é essencial para assegurar a conformidade das decisões administrativas com os parâmetros constitucionais. Ele reconhece que instrumentos como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são compatíveis com o paradigma garantista, desde que não violem o princípio da separação de poderes. Esses mecanismos são descritos como garantias secundárias destinadas a remediar omissões legislativas sem transformar o Judiciário em um “poder normativo suplente”<sup>83</sup>. Tal abordagem resguarda o papel do legislador como protagonista na concretização dos direitos sociais, reforçando a legitimidade democrática sem abdicar da função garantidora do Judiciário.

Na análise de Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon, fundamentada no diálogo com Ferrajoli na obra “Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo”, concluiu-se que instrumentos como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão podem ser considerados legítimos e compatíveis com o paradigma garantista, desde que manejados de forma a preservar o papel conservador do Judiciário.<sup>84</sup>

Ainda se utilizou na obra como exemplo paradigmático o próprio julgamento do supramencionado do MI n.º 721-7, no qual o STF, diante da ausência de norma regulamentadora, aplicou legislação análoga para assegurar direitos fundamentais, mantendo-se nos limites da função cognitiva e evitando inovar no ordenamento jurídico. Essa abordagem ilustra como o Judiciário pode atuar excepcionalmente, mas legitimamente, garantindo a aplicação da ordem jurídica

---

<sup>82</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007, p. 154.

<sup>83</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237.

<sup>84</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, F. E. C. de; SANTIAGO, N. E. A. *Op. cit.*, p. 289.



existente sem comprometer a separação de poderes ou usurpar competências legislativas.

Particularmente, no tocante ao instrumento do Mandado de Injunção, constatou-se:

[...] que o Mandado de Injunção, enquanto garantia secundária provida pelo Judiciário, encontra plena legitimidade constitucional e democrática. Deveria nosso autor então repensar suas postulações a respeito da absoluta exigência de interposição legislativa na implementação de direitos sociais.<sup>85</sup>

No entanto, o risco de extrapolação judicial permanece. A ampliação excessiva do controle jurisdicional, como em casos de interpretação extensiva de normas, pode comprometer a estabilidade jurídica e invadir esferas de decisão política. Ferrajoli enfatiza que, mesmo na presença de direitos fundamentais, a criação de normas deve ser reservada ao legislador, cabendo ao Judiciário apenas corrigir abusos ou omissões, mantendo-se fiel ao texto constitucional.

A legitimidade do controle jurisdicional também está intrinsecamente ligada à sua função garantidora. Ao aplicar os princípios de razoabilidade, proporcionalidade e finalidade pública, os tribunais asseguram que a discricionariedade administrativa seja exercida de maneira adequada, prevenindo arbitrariedades. Esse controle, entretanto, deve ser exercido com parcimônia e autocontenção, evitando que decisões judiciais substituam escolhas administrativas legítimas ou promovam um ativismo desmedido que enfraqueça o sistema de freios e contrapesos.

Por certo, em suma, o controle jurisdicional da discricionariedade deve ser compreendido como uma ferramenta de equilíbrio, capaz de suprir omissões legislativas sem comprometer a separação de poderes ou a segurança jurídica. E nesse sentido, o modelo garantista de Ferrajoli fornece uma base teórica sólida para justificar intervenções judiciais excepcionais, reforçando que o Judiciário, ao atuar prudentemente, preserva a ordem constitucional e fortalece os direitos fundamentais.

---

<sup>85</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 227.

## 5 CONCLUSÃO

A presente monografia abordou a interação entre a discricionariedade administrativa e o controle judicial, com foco nos limites e possibilidades da atuação judicial em face do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito.

A pesquisa investigou como o princípio da legalidade é relativizado na atuação do Judiciário brasileiro diante da discricionariedade administrativa, investigando os limites e possibilidades do controle jurisdicional sobre atos administrativos discricionários e analisando o impacto do ativismo judicial na separação de poderes, na segurança jurídica e na proteção de direitos fundamentais.

Visando alcançar as conclusões centrais, o trabalho dividiu-se em três capítulos, com objetivos específicos vinculados, respectivamente, ao princípio da legalidade no direito administrativo, à atividade discricionária e seus limites e relativização da legalidade e ao papel do judiciário na discricionariedade administrativa, com foco na discussão em torno do ativismo judicial.

No primeiro deles, realizou-se um exame detalhado do princípio da legalidade, destacando seus aspectos históricos e seu papel como fundamento do Estado de Direito e elemento central do Direito Administrativo. Constatou-se que a legalidade evoluiu de uma concepção estritamente formal para uma abordagem mais ampla, incluindo valores constitucionais como razoabilidade e proporcionalidade. Essa ampliação, embora fortaleça a proteção dos direitos fundamentais, também impõe novos desafios à administração pública e ao controle judicial, especialmente no equilíbrio entre liberdade administrativa e sujeição às normas. Concluindo que o princípio da legalidade aqui permanece essencial, contudo carece que sua aplicação esteja conforme os princípios constitucionais que orientam a atuação estatal.

Em seguida, no segundo capítulo, evidenciou-se que a discricionariedade administrativa, apesar de necessária para a eficiência e adaptabilidade na gestão pública, não pode ser exercida ilimitadamente. A discricionariedade encontra limites nos princípios constitucionais e legais, especialmente nos de razoabilidade, proporcionalidade e finalidade pública, que asseguram que essa liberdade não se transforme em arbitrariedade. Demonstrando, assim, que a discricionariedade

administrativa deve sempre estar vinculada à observância rigorosa desses parâmetros, sendo passível de controle judicial em caso de abuso ou desvio de poder, de modo a preservar a legitimidade e a confiabilidade na atuação administrativa.

E por fim, no último capítulo, o estudo abordou como o Judiciário tem relativizado o princípio da legalidade ao expandir o controle sobre atos administrativos discricionários, especialmente em contextos de omissões legislativas e lacunas normativas.

Em termos de controle judicial, a pesquisa explorou a atuação do Judiciário brasileiro na fiscalização de atos administrativos discricionários, com particular atenção às instâncias superiores, como o Supremo Tribunal Federal. Debateram-se os riscos e as implicações do ativismo judicial, especialmente em contextos de omissão legislativa, onde o Judiciário, muitas vezes, é compelido a intervir para assegurar a proteção de direitos fundamentais. Para tanto, examina-se o modelo garantista de Ferrajoli, que enfatiza a função cognitiva e conservadora da jurisdição, evitando que ela assuma um papel normativo ou invada competências legislativas.

Aprofundou-se a análise a partir da discussão de casos emblemáticos que ilustram a expansão do controle judicial e os desafios impostos pela complexidade das demandas sociais contemporâneas. A pesquisa defende que o controle jurisdicional deve equilibrar o respeito à discricionariedade administrativa com a necessidade de proteger os direitos fundamentais, evitando que a relativização do princípio da legalidade comprometa a separação de poderes e a segurança jurídica.

Concluiu-se que, embora o ativismo judicial possa aparentar justificável em situações excepcionais, sua prática compromete a autonomia administrativa, a segurança jurídica e a integridade da separação de poderes, exigindo uma postura de autocontenção por parte do Judiciário para evitar o desequilíbrio institucional.

Contrariando veementemente a prática do ativismo judicial, invoca-se o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão como alternativas legítimas para lidar com omissões legislativas. Ambos os instrumentos permitem que o Judiciário atue de forma pontual e respeitosa aos limites constitucionais, sem assim suplantar o papel do legislador.

No caso do MI, sua função é assegurar a implementação de direitos constitucionais já previstos, mas inviabilizados pela ausência de norma regulamentadora. Ferrajoli destacou que seu manejo deve ser restrito, adotando a lógica da *interpositio legislatoris*, na qual o Judiciário aponta a lacuna normativa, oferecendo soluções temporárias e específicas, sem assim inovar no ordenamento jurídico ou usurpar a função legislativa. Já a ADO foi defendida como um mecanismo de advertência ao legislador, exigindo que ele cumpra seu papel constitucional de regulamentar direitos, sem que o Judiciário extrapole suas competências e atue como legislador substituto.

Ambos os instrumentos demonstram ser possível superar omissões legislativas sem recorrer ao ativismo judicial, preservando o equilíbrio entre os poderes e garantindo que o Judiciário exerça seu papel no paradigma garantista, focado na aplicação e conservação da ordem jurídica existente.

Destarte, sustenta-se que a eficácia do controle judicial depende de uma postura de autocontenção dos tribunais, pautada pela prudência e pelo respeito aos limites constitucionais. Essa abordagem reforça a confiança social nas instituições democráticas e garante que a discricionariedade administrativa seja exercida de forma legítima e em consonância com os valores do Estado de Direito.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Princípio da Legalidade**. In: Revista do Tribunal Federal de Recursos. Brasília, TFR, n. 145, p. 70, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. 2024. **Pensar a Justiça**. In: Supremo Tribunal Federal. “Presidente do STF faz veemente defesa do Tribunal e de decisões que promoveram direitos humanos: na abl, ministro barroso lembrou que supremo analisa questões divisivas e que teve papel decisivo na pandemia e na proteção da democracia”. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/na-abl-presidente-do-stf-faz-veemente-defesa-do-tribunal-e-fala-de-decisoes-que-promoveram-os-direitos-humanos-no-brasil/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 nov. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção 721-7**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=49739>. Acesso em: 17 nov. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 566.471**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 17 nov. 2024.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CARVALHO, Camila Fernandes; APPELT, Paulo Vinícios; SOUZA, Pedro Serpa de. **Ativismo e controle judicial: uma distinção à luz da segurança jurídica**. Revista Estudos Políticos, v. 14, n. 28, p. 153-176, 6 fev. 2024.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia**. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. **Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição**. 3ª edição. Coimbra: Edições Almedina.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIPP, C. **A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA**. Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 9, p. 165-196, 2 out. 2017.

EISENMANN, C. **O Direito administrativo e o princípio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 56, p. 47-70, 1959.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal - 4ª edição**. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: RT, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo,**

**hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**; (tradução João Baptista Machado). 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Dayse Braga; COLARES, L. V.. A politização da justiça e o conselho nacional de justiça - cnj face à teoria da separação dos poderes. *In*: Conpedi/UFSC. (org.). XXIII Encontro Nacional Conpedi/UFSC. **(RE)Pensando o direito**: desafios para a construção de novos paradigmas. 1 ed. Florianópolis, 2014, v. 1, p. 69-96.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, C. A. B. de. **“RELATIVIDADE” DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, [S. l.], v 4, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/650>. p. 52.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **Ativismo judicial no Brasil**: o caso da fidelidade partidária. Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, ano 51, n. 201, p. 97-128, jan./mar. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, F. E. C. de; SANTIAGO, N. E. A. **GARANTISMO E O CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**: repercussões diante da inadequação dos presídios brasileiros. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 16, n. 46, p. 273–308, 2022. Acesso em: 17 nov. 2024.

OLIVEIRA MIRANDA, G. R. de. **Ativismo judicial e poder normativo do CNJ / Judicial activism and normative power of the CNJ**. Brazilian Journal of Development, [S. l.], v. 6, n. 10, p. 76947–76959, 2020.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. *In*: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social; ensaios sobre a origem das línguas. *In*: **Os Pensadores**, v. 1. Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SANTOS NETO, O. B. **Ativismo judicial e teoria do garantismo**: uma análise crítica. 122 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2023. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/3784>. Acesso em: 17 nov. 2024.

TRIPODINA, C. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi**, COSTITUZIONALISMO.IT, n. 2, 2010, p. 1-16.