

Laura Barros: Democracia e constitucionalismo abusivo

13/08/2021

Introdução

O estabelecimento de limites e parâmetros para o exercício da discricionariedade administrativa representa — ainda — um dos maiores desafios do Direito contemporâneo.



A existência de uma miríade de órgãos de controle —

que muitas vezes não incorporaram adequadamente suas missões constitucionais e a sua posição no sistema constitucionalmente arquitetado — gera um agravamento dessa situação, com não incomum comprometimento da segurança jurídica e da capacidade de ação do gestor público.

Sensível a tal situação, o legislador pátrio vem propondo alternativas interessantes e promissoras — tais como as encampadas pela LINDB e pela nova Lei de Licitações —, as quais, porém, não são capazes de garantir, por si sós, a superação do problema.

Trata-se de questão a demandar profundo envolvimento da Administração em geral, assim como de todas as instâncias de controle — inclusive o Judiciário.

Nesse sentido, ganha condição de decisão-paradigma aquela proferida na ADPF 622/DF, segundo a qual os valores constitucionais fundamentais são absoluta e objetivamente condicionantes da discricionariedade, devendo orientar todo e qualquer ato público.

Constitucionalismo abusivo

A noção de constitucionalismo abusivo foi originalmente desenvolvida pelo professor da Universidade de Harvard David Landau, e parte do pressuposto de que as noções de constitucionalismo e efetiva garantia aos direitos fundamentais são absolutamente indissociáveis.

Integra esse tripé de sustentação do Estado moderno, ainda, a democracia, orientada pelas premissas estruturantes de dignidade, soberania popular, participação social, *accountability* e

responsividade.

A ideia é a extirpação de atos/normas/políticas em que a discricionariedade administrativa é exercida de forma dissonante, ignorante dos referidos preceitos básicos.

Tal prática conduz à elaboração de normas formalmente legais, porém comprometedoras dos princípios constitucionais fundamentais.

Independentemente da forma pela qual se manifeste, qualquer intenção de, ainda que reflexamente e sob aparente legalidade ou legitimidade do processo, não se pode admitir a prolação de atos ou normas que, em seu âmago, tragam ofensa aos princípios e valores estruturantes.

O Estado democrático de Direito tem fundamentos sólidos, indispensáveis e incorruptíveis.

E a sua preservação deve orientar toda e qualquer ação pública — seja de Executivo, Legislativo ou Judiciário —, sob pena de criação uma farsa em que direitos e valores são consagrados, mas na prática ameaçados, relativizados, instrumentalizados ou mesmo suprimidos (ainda que paulatinamente).

A inconstitucionalidade do Decreto nº 10.003/19

O Decreto federal nº 10.003/19 veiculou pretensão do governo federal de promover uma série de alterações na sistemática de constituição e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente (Conanda).

Importante lembrar que referido órgão foi criado pelo Estatuto da Criança e Adolescente, no já longínquo ano de 1990, e desenhado com vistas a garantir uma natureza participativa, paritária (entre representantes do governo e sociedade civil) e deliberativa, não estando, portanto, sujeito, quanto ao mérito de suas decisões, a quaisquer ingerências .

Grande parte das alterações expressas na norma, porém, e não obstante a evidência da sua inserção no âmbito constitucional de competência do presidente da República, nos termos do artigo 84, VI, "a" da CF, mostrou-se absolutamente incompatível com valores fundamentais, com destaque para os princípios democrático, participativo e do controle social.

Entre as medidas estabelecidas, vale destacar: 1) a repentina, imotivada e súbita destituição de todos os conselheiros durante os respectivos mandatos; 2) a alteração da forma de escolha dos representantes da sociedade civil, anteriormente efetivada via assembleias abertas à população e doravante levada a efeito por processo seletivo promovido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; 3) o estabelecimento do voto de qualidade pelo presidente do conselho — o qual, a seu turno, passaria a ser indicado pelo presidente da República; 4) recusa de custeio público das despesas de deslocamento dos representantes não residentes em Brasília (situação mais comum entre os representantes da sociedade civil); e 5) alteração da periodicidade das reuniões do colegiado, de mensal para trimestral.

Referidos preceitos — formalmente perfeitos — não se sustentam quando de uma análise de juridicidade — que vai além da legalidade formal, de mera compatibilidade com as regras positivadas.

Nesse sentido, foram prontamente afastados em sede liminar e oportunamente julgados inconstitucionais pelo Supremo.

Realmente, a juridicidade — noção que suplantou a ideia de legalidade estrita, meramente formal — pressupõe pleno respeito a preceitos como legitimidade e responsividade: não basta a compatibilidade com a lei; a aderência aos princípios e valores tem a mesma relevância, inclusive em decorrência do princípio da boa-fé:

O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: os princípios da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alçar-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um "princípio da legalidade", se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (MOREIRA NETO, 2009, p. 85).

Conclusões

Digna de aplausos a decisão do Supremo, que expressou de maneira inequívoca seu compromisso com a democracia, a soberania popular e todos os seus princípios estruturantes.

A Corte Maior do país, ao prolatar a decisão paradigmática em comento, exerceu a sua missão de zelar pelo Estado democrático de Direito, fazendo valer o sistema de freios e contrapesos globalmente consagrado.

Que o importante precedente inspire as vindouras interpretações da Constituição e das leis, e, mais que isso, sensibilize os representantes eleitos a sustentar o seu compromisso basilar de respeito às normas constitucionais, ao regime democrático e, principalmente, à população brasileira, real titular do poder.

Referências bibliográficas

AMANDO DE BARROS, Laura M. Participação e fomento nos conselhos deliberativos. São Paulo: Saraiva, 2015.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. UC David Law Review, vol. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260. Disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em 05/08/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-ago-13/laura-barros-democracia-constitucionalismo-abusivo/>