

## POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### POSSIBLE IMPLICATIONS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE FIELD OF BIDDING AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS



Eduardo Azeredo Rodrigues<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho examina a influência do ativismo judicial e da judicialização da política no campo do exercício da discricionariedade e de outras formas de autonomia e liberdade de valoração na atuação administrativa, com especial atenção no âmbito das licitações e contratos administrativos. Parte-se da investigação acerca da própria definição de discricionariedade administrativa, sua evolução e principais limites de controle, assim como do exercício de liberdades e autonomias, especialmente no tocante às licitações e contratos administrativos; bem como da constatação de que, com um novo paradigma de construção e aplicação do Direito, passa a ocorrer um maior protagonismo ativo por parte do Poder Judiciário, inclusive com a judicialização da política. Verifica-se que tal ativismo tem possíveis implicações no exercício das liberdades necessárias ao legítimo exercício das atividades administrativas, repercutindo no instituto das licitações e contratos administrativos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discricionariedade administrativa. Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Licitações e Contratos administrativos.

**ABSTRACT:** This research aims to examine the influence of judicial activism and the judicialization of politics in the field of the exercise of discretion and other forms of autonomy and freedom of appreciation in administrative action, with special attention in the context of public bids and administrative contracts. It starts with an investigation into the definition of administrative discretion, its evolution and main limits of control, as well as the exercise of freedoms and autonomies, especially with regard to public bids and administrative contracts; as well as the realization that, with a new paradigm of construction and application of the Law, the Judiciary Power starts to play a greater active role, including the judicialization of politics. It appears that such activism has been projected into the exercise of the freedoms necessary for the right to exercise administrative activities, with repercussions on the institute of public bids and administrative contracts.

**KEYWORDS:** Administrative discretion. Neoconstitutionalism. Judicial activism. Judicialization of Politics. Biddings and Administrative Contracts.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Discricionariedade Administrativa. Conceito e Evolução. 2. Evolução da Discricionariedade Administrativa no Âmbito das Licitações. 3. Ativismo Judicial e

---

<sup>1</sup>Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ e do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE-RJ). Doutorando em Direito pelo PPGDIN da UFF. Mestre em Direito Público pela Estácio de Sá. Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF. edazro@gmail.com

Judicialização da Política. 4. Principais Críticas a tais Fenômenos e os Limites de Controle. 5. Conclusões. Referências.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Administrative Discretion: Concept and Evolution. 2. Evolution of Administrative Discretion regarding Bidding. 3. Judicial Activism and the Judicialization of Politics. 4. Main Criticisms to such Phenomena and the limits to Control. 5. Conclusions. References.

## **Introdução**

Com a constatação de que se desenvolveu, após a Segunda Guerra Mundial, uma nova forma de criar e de interpretar o Direito, com a ascensão do fenômeno do Constitucionalismo, a opção por Constituições repletas de normas de grande conteúdo axiológico e com irradiação imediata de seus efeitos, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios e o surgimento de novas técnicas de interpretação, dentre outros inúmeros fatores, passou a ganhar destaque a atuação do Poder Judiciário, caracterizando o surgimento do ativismo judicial e da judicialização da política.

Por outro lado, o campo de liberdade conferido ao administrador público para fazer escolhas, no exercício da função administrativa, sempre foi objeto de extensas controvérsias e considerações acerca de suas definições, fronteiras e limites; já tendo sido considerado ilimitado, passando a ser compreendido como instrumento do dever de boa administração e, portanto, sujeito a limites e mecanismos de controle, especialmente por parte do Judiciário.

O método de pesquisa utilizado neste estudo é o hipotético-dedutivo, através do procedimento de pesquisa bibliográfica, tendo-se como problema o exame da tensão entre o aumento do aludido protagonismo judicial e a necessária liberdade para o desempenho da atividade administrativa, em especial nas licitações e contratações administrativas; e como hipótese a necessidade de se buscar um ponto de equilíbrio, para que não se suprima mas também não se deixe de exercer o devido controle sobre a discricionariedade administrativa.

Com efeito, na medida em que se verifica um maior protagonismo judicial, tais fronteiras entre o exercício da discricionariedade legítima e aquilo que se considera arbitrariedade passam a ser diretamente impactadas por tal postura no proferimento das decisões judiciais. No campo das licitações, muitas são as formas de subjetividades cometidas ao administrador público, desde a própria identificação das necessidades administrativas, a forma como serão supridas, até a concretização dos critérios que compõem as normas editalícias para a realização dos respectivos certames.

Este estudo inicia investigando a própria definição de discricionariedade e demais formas de liberdade na atuação administrativa, bem como sua evolução, não obstante a inesgotabilidade do tema, com a necessária delimitação do mesmo aos presentes objetivos, dando-se especial enfoque no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Na sequência, são identificados os aspectos do Neoconstitucionalismo atinentes aos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política impactantes não somente na legitimidade democrática como potencialmente também no exercício da discricionariedade e demais liberdades manejadas pelo administrador público, na definição de seus limites e fronteiras e nos seus mecanismos de controle.

Por fim, e partindo-se do entendimento segundo o qual o exercício de tais liberdades no exercício das atividades administrativas não pode ser ilimitado, mas também não pode ser extirpado por completo, o estudo identifica as possíveis implicações do ativismo judicial e da judicialização da política no âmbito das licitações e contratos administrativos, no sentido de que seja encontrado um ponto de equilíbrio para o devido exercício da discricionariedade em estrita consonância com os preceitos constitucionais norteadores da atividade administrativa, e com a consecução do direito fundamental à boa administração e o dever de alcançar a finalidade legal na genuína busca pela satisfação dos interesses públicos.

## **1. Discricionariedade Administrativa. Conceito e Evolução**

Discricionariedade é um tema complexo<sup>2</sup>, que vem sofrendo consideráveis evoluções e sobre os quais, na feliz metáfora de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup>, já se verteram rios de tinta, não pretendendo este ensaio fazer uma investigação teórica completa acerca deste fenômeno, cingindo-se às considerações necessárias para que se possa compreender as possíveis implicações do ativismo judicial no campo das liberdades de atuação cometidas aos agentes públicos no campo das licitações e contratos administrativos, incluindo-se pregoeiros e agentes de contratação em geral.

Em Hart<sup>4</sup>, a discricionariedade estava ligada à textura aberta do direito, embora sempre com um núcleo significativo estabelecido<sup>5</sup>, e não ao fato de haver uma norma secundária outorgando-lhe tal liberdade (como num jogo em que o marcador de pontos tem ampla liberdade

---

<sup>2</sup> SADDY, 2020, op. cit., p. 34.

<sup>3</sup> MELLO, op. cit., p. 9.

<sup>4</sup> HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 155-161.

<sup>5</sup> Ibid., p. 158.

para ditar as regras do jogo), o que se depreende de suas considerações sobre a própria falibilidade de uma decisão judicial.

Para Dworkin<sup>6</sup>, o termo discricionariedade é sempre relativo<sup>7</sup>, e só faz sentido quando alguém recebe liberdade para tomar decisões baseadas em algum padrão de autoridade, como num espaço vazio circundado por uma faixa de restrições<sup>8</sup>, mas pode ser tomado em vários sentidos, como por exemplo, num sentido mais forte, como no exemplo do sargento que recebe uma ordem de seu superior para escolher cinco homens para uma dada missão; ou mais fraco, na hipótese da ordem ser para escolher os cinco homens mais experientes, situação na qual esta última ordem pretende evidentemente dirigir a sua decisão de escolha<sup>9</sup>. Desde tal concepção, observa-se que o exercício da discricionariedade encontra a ideia de necessidade de conformação, mesmo na discricionariedade forte.

Fazendo um análise evolutiva do fenômeno da discricionariedade, Maria Sylvia di Pietro<sup>10</sup> pontifica que, no estado de polícia, dado que praticamente toda fonte de Direito confundia-se na pessoa do monarca, a Administração Pública não estava vinculada a qualquer norma limitadora, caracterizando-se o verdadeiro império do arbítrio, que começou a ser conformado ao princípio da legalidade, embora ainda de forma restrita, no período do Estado Liberal de Direito, mas ainda sem que se admitisse sua submissão ao controle judicial<sup>11</sup>. No período do Estado Social de Direito, o princípio da legalidade ganha novos contornos, fazendo com que a Administração Pública só pudesse fazer o que estivesse expresso na lei, substituindo-se a doutrina da vinculação negativa<sup>12</sup> pela da vinculação positiva da Administração Pública à lei<sup>13</sup>.

Classicamente, desde então, no Direito Administrativo o poder discricionário é considerado um dos principais poderes administrativos<sup>14</sup> dado que fazer escolhas é a essência da função de administrar, e consiste em uma margem de liberdade cometida ao administrador público, sempre relativa e limitada<sup>15</sup>, para que este faça juízos de valor quanto à conveniência

---

<sup>6</sup> DWORKIN, op. cit., p. 50.

<sup>7</sup> Ibid., p. 51.

<sup>8</sup> Loc. cit.

<sup>9</sup> Ibid., p. 52.

<sup>10</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 7.

<sup>11</sup> Ibid., p. 14.

<sup>12</sup> SADDY, 2020, op. cit., p. 94.

<sup>13</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 24.

<sup>14</sup> Se bem que Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que a lógica do Direito Administrativo é a de que o dever precede a ideia de poder, que é meramente instrumental ao cumprimento das finalidades legais a serem alcançadas; daí porque o correto seria se referir ao fenômeno como *dever discricionário*. MELLO, op. cit., p. cit. p. 14-16. SADDY, 2020, op. cit., p. 231-235.

<sup>15</sup> É clássica a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, uma vez que “discricionariedade é a liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é a ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder”.

e oportunidade, no tocante aos motivos, como também à escolha dos objetos.

André Saddy<sup>16</sup>, após percuciente análise do fenômeno da discricionariedade administrativa e de suas múltiplas concepções inferidas pelos filósofos do Direito e administrativistas, também propõe o seguinte conceito, como sendo relativo e atrelado à obrigação de atender com excelência ao interesse público:

...discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos.

A discricionariedade existe, pois, pela impossibilidade de se conhecer, de antemão, a solução que melhor atenderá à concretização dos fins buscados pelo ordenamento jurídico, no momento da realização da situação em concreto<sup>17</sup>, além de evitar o automatismo<sup>18</sup> que ocorreria se os agentes tivessem simplesmente de aplicar o estabelecido. Daí porque, em sua gênese, a discricionariedade estabelece uma íntima relação com o princípio da eficiência<sup>19</sup>, dado que só se comete ao administrador público tal liberdade para que o mesmo possa fazer uma melhor adequação de suas decisões às circunstâncias existentes no momento de sua implementação prática.

Disso avulta que se, de fato, houver, no momento da execução do ato, uma melhor alternativa, mesmo que, em abstrato, o legislador tenha concebido mais de uma opção, está evidentemente obrigado o administrador público, em nome da eficiência, a escolher tal alternativa<sup>20</sup>, não havendo verdadeiramente discricionariedade, razão porque a discricionariedade em abstrato é sempre maior ou igual que a discricionariedade em concreto<sup>21</sup><sup>22</sup>; percebendo-se, também, que a eficiência, no momento da aplicação do ato, é um limitador

---

MEIRELLES, loc. cit. Neste sentido, “a arbitrariedade opera quando se ultrapassam os limites do exercício da discricionariedade”. SADDY, 2020, op. cit. p. 315. Ademais, sempre com fundamento na lei, que delimita o seu exercício, a discricionariedade não reside em todos os elementos do ato administrativo, podendo ser encontrada pacificamente nos elementos motivo e objeto, ao passo que há controvérsias com relação à existência de discricionariedade nos elementos forma e finalidade. DI PIETRO, op. cit. p. 73-80.

<sup>16</sup> SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, p. 170.

<sup>17</sup> MELLO, op. cit., p. 42-43.

<sup>18</sup> DI PIETRO, op. cit. p. 62.

<sup>19</sup> Cf. RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O Princípio da Eficiência à Luz da Teoria dos Princípios: (Aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 149-164.

<sup>20</sup> André Saddy também diferencia a discricionariedade potencial da efetiva, destacando que “as alternativas ou opções dadas pela interpretação concederam apenas alternativas ou opções válidas ou inválidas”, e ainda que “se determinada alternativa ou opção é a “melhor” ou “ótima”, essa será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos”. SADDY, 2020, op. cit., p. 179-180.

<sup>21</sup> MELLO, op. cit., p. 36-41.

<sup>22</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 224.

do exercício da discricionariedade. Disto avulta que “somente haverá discricionariedade (efetiva) se todas as alternativas ou opções forem igualmente válidas, e isso somente é possível frente aos casos concretos”<sup>23</sup>.

Maria Sylvia di Pietro<sup>24</sup> pontifica que foi no Estado Democrático de Direito que se passou a limitar a atuação da Administração Pública, não somente à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores estatuídos expressa ou implicitamente na Constituição.

Juarez Freitas<sup>25</sup> faz importante observação no sentido de que a discricionariedade deve também ser exercida em consonância com os princípios constitucionais, adotando a noção de discricionariedade legítima:

Legítima será, então, a liberdade exercida em conformidade com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios e objetivos fundamentais da Constituição. Fora daí, cristalizar-se-á, em maior ou menor grau, a desprezível e abominável arbitrariedade por ação ou omissão.

Esta margem de liberdade, portanto, existe para que possam ser feitas as melhores escolhas, à luz das circunstâncias existentes no momento da atuação administrativa, e somente pode ser validamente exercida com a observância do direito fundamental à boa administração, razão pela qual se concebe o seguinte conceito de discricionariedade legítima:

...pode-se conceituar discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não a mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.<sup>26</sup>

Considera-se também que não somente a legalidade e os limites de opções legais, mas também outros princípios, como a razoabilidade, servem de baliza ao exercício da discricionariedade administrativa<sup>27</sup>, trocando-se a compreensão de limitação à legalidade pela de limitação à juridicidade<sup>28</sup>.

André Saddy<sup>29</sup> preleciona que a legalidade, a legitimidade e a licitude, que convergem

---

<sup>23</sup> SADDY, 2020, op. cit., p. 181.

<sup>24</sup> DI PIETRO, op. cit. p. 38.

<sup>25</sup> FREITAS, op. cit., p. 24.

<sup>26</sup> Ibid., p. 24.

<sup>27</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 207-214.

<sup>28</sup> SADDY, 2020, op. cit., p. 58.

<sup>29</sup> SADDY, 2018, op. cit., p. 40.

para alcançar os interesses públicos, são os primeiros grande limitadores da discricionariedade, aos quais se acrescentam a concepção de boa administração, e de administração eficiente e de resultado, todas fins soberanos, imperativos, intransferíveis, impostergáveis e indisponíveis<sup>30</sup>.

Não se pode olvidar que, para além da discricionariedade, existem outros tipos de liberdades / autonomias no exercício das funções públicas, especialmente as de natureza administrativa, caracterizando tipos distintos de decisões discricionais, tais como a liberdade conformadora, a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e a apreciatividade<sup>31</sup>, sendo que a última estará presente, mesmo nos casos de discricionariedade mais limitada, pela eleição de subcritérios que atenderão aos critérios previamente estabelecidos pela norma<sup>32</sup>, sendo outorgada informalmente<sup>33</sup>, por não estar expressa na norma. Entretanto, para os fins aqui propostos é suficiente, apenas, tal constatação, remetendo-se o leitor, para um maior aprofundamento sobre as características e diferenças deste do instituto, à teoria sobre apreciatividade administrativa<sup>34</sup>.

## **2. Evolução da Discricionariedade Administrativa no Âmbito das Licitações**

Malgrado Marçal Justen Filho<sup>35</sup> afirme que “no campo específico das licitações, a lei determina que a discricionariedade da Administração deverá ser progressivamente exaurida”, ainda assim são muitas as atividades caracterizadas pela subjetividade ou autonomia valorativa no âmbito das licitações e contratos administrativos, a começar pela própria decisão de licitar<sup>36</sup>, bem como na identificação das necessidades e descrição dos objetos a serem licitados, o momento em que se deflagrará o procedimento licitatório, como também a definição das normas editalícias e eleição dos critérios de seleção da melhor proposta, na elaboração do instrumento convocatório, assim configurada como liberdade conformadora<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 42.

<sup>31</sup> SADDY, 2020, op. cit., p. 190.

<sup>32</sup> Ibid., p. 191.

<sup>33</sup> Ibid., p. 192.

<sup>34</sup> Cf. SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, loc. cit., item 12.5.

<sup>36</sup> Observa-se, aqui, um exemplo típico de discricionariedade de atuação, em contraposição a um outro tipo discricional: a discricionariedade de eleição, na qual a lei faculta apenas a escolha de uma dentre várias alternativas. SADDY, 2020, op. cit., p. 185-188.

<sup>37</sup> Ibid., p. 76.

Ademais, nos casos de contratação direta, especialmente por dispensa, não está proibido o administrador público de licitar; logo, poderá exercer, também, um juízo de decisão acerca da decisão de licitar ou realizar uma contratação direta.

Desde o advento do pregão, verifica-se, no campo das licitações e contratos administrativos, um crescente aumento no campo das atividades discricionais exercidas pelos agentes públicos, especialmente pregoeiros e agentes de contratação.

De fato, uma das principais críticas que sempre se lançou à Lei nº 8.666/1993 foi a de ser excessivamente burocrática e formalista<sup>38</sup>, engessando a atuação do administrador público.

A Lei nº 10.520/2002 veio a lume justamente com o propósito de conferir uma maior eficiência às contratações públicas, trazendo várias inovações, à época, como a inversão das fases de julgamento e habilitação<sup>39</sup>, a utilização dos recursos da tecnologia da informação<sup>40</sup>, a condução unipessoal dos certames<sup>41</sup>, a adoção do princípio da oralidade<sup>42</sup>, a concentração dos atos numa única sessão pública<sup>43</sup>, com apenas um recurso ao final do procedimento<sup>44</sup>, dentre outras.

Na ocasião, foi constatado o aumento exponencial da margem de liberdade conferida pelo legislador para que o pregoeiro pudesse exercer determinados juízos de valor na condução dos certames, por exemplo na possibilidade de analisar a aceitabilidade das propostas<sup>45</sup>, decidindo motivadamente sobre tanto<sup>46</sup>, como também na possibilidade de negociar diretamente com os proponentes<sup>47</sup>, para obtenção de melhores condições, verificando-se um grau de liberdade e de valoração que a comissão permanente de licitação não detinha, no regime da Lei nº 8.666/1993.

Como afirmado alhures, discricionariedade tem íntima relação com a concretização da ideia de eficiência em sua origem<sup>48</sup>, dado que as possibilidades de eleição ou decisão no momento da prática, conferidas antecipadamente ao administrador público, existe tão somente

---

<sup>38</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a Lei 8.666/93 sempre foi tida como “paquidérmica”, ultrapassada e avessa ao uso das novas tecnologias”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 521.

<sup>39</sup> Art. 4º, inciso XII da Lei nº 10.520/2002.

<sup>40</sup> Art. 2º, §1º da Lei nº 10.520/2002.

<sup>41</sup> Art. 3º, inciso IV da Lei nº 10.520/2002.

<sup>42</sup> Art. 4º, incisos VIII e XVIII da Lei nº 10.520/2002.

<sup>43</sup> Art. 4º, incisos VI, VII e VIII da Lei nº 10.520/2002.

<sup>44</sup> Art. 4º, inciso XVIII da Lei nº 10.520/2002.

<sup>45</sup> Art. 3º, inciso IV da Lei nº 10.520/2002.

<sup>46</sup> Art. 4º, inciso XI da Lei nº 10.520/2002.

<sup>47</sup> Art. 4º, inciso XVII da Lei nº 10.520/2002.

<sup>48</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 154.

para que sejam feitas as melhores escolhas; não fosse este o propósito, o próprio legislador o teria feito antecipadamente, mesmo sem a capacidade de antever o futuro<sup>49</sup>.

Na Lei nº 14.133/2021, também se verificam diversos exemplos de decisões a serem tomadas pelas autoridades e agentes públicos incumbidos da fase preparatória, a exemplo da possibilidade de convocação de audiências públicas<sup>50</sup>; da adoção do chamado orçamento reservado<sup>51 52</sup>; das decisões motivadas, com a exposição dos benefícios decorrentes, de proceder à fase de habilitação antes do julgamento das propostas<sup>53</sup>; de adoção da forma presencial, em detrimento da eletrônica<sup>54</sup>; e da excepcional decisão de indicar marcas ou modelos, vedar a contratação de determinadas marcas e produtos, ou solicitar, motivadamente, carta de solidariedade do fabricante, nas hipóteses e nos termos preconizados em seu art. 41; dentre outras.

A Administração também poderá, a seu critério e serviço, admitir a participação do autor dos projetos ou empresas responsáveis pela elaboração do mesmo no apoio das atividades de planejamento da contratação, da execução da licitação ou de gestão de contrato, supervisionados por agentes públicos<sup>55</sup>.

No que diz respeito especificamente à atuação dos agentes de contratação, a Lei nº 14.133/2021 também lhes conferiu competência para “tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”, na exata dicção de seu art. 8º, do que se infere haver ampla margem de discricionariedade e de apreciatividade, na medida em que o dispositivo adotou tipos abertos e conceitos jurídicos indeterminados em sua redação.

Infere-se, portanto, o aumento gradativo da concessão de discricionariedade no campo das licitações, com o advento da Lei nº 10.520/2002 e recentemente da Lei 14.133/2021, o que potencialmente pode criar uma zona de atrito com fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política, que serão examinados adiante.

---

<sup>49</sup> MELLO, 2006, op. cit. p., 32-33.

<sup>50</sup> Art. 21 da Lei nº 14.133/2021.

<sup>51</sup> Art. 24 da Lei nº 14.133/2021.

<sup>52</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello adverte para se ter cuidado com a expressão “orçamento sigiloso”, posto que, nos termos do inciso XXXIII do art. 5º da Carta Magna as hipóteses de sigilo estão condicionadas às determinadas informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. MELLO, 2021, op. cit., p. 529.

<sup>53</sup> Art. 17, §1º da Lei nº 14.133/2021.

<sup>54</sup> Art. 17, §2º da Lei nº 14.133/2021.

<sup>55</sup> Art. 14, §2º da Lei nº 14.133/2021.

### 3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Por sua vez, os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, que encontram propício ambiente de desenvolvimento dado às mudanças no plano da construção e aplicação do direito decorrentes do Neoconstitucionalismo, potencialmente interferem no exercício da discricionariedade administrativa e das funções que devem ser exercidas pelos agentes de contratação, no âmbito das licitações públicas.

Miguel Carbonell<sup>56</sup> faz uma análise do fenômeno, destacando que o mesmo se desenvolveu no Pós-Guerra, de forma multifária, referindo-se, portanto, no modo plural, aos (neo)constitucionalismos<sup>57</sup>, destacando a sua inegável correlação com um protagonismo mais acentuado por parte do Judiciário, não obstante algumas reações em contrário que tal prática receba

No Brasil, o fenômeno da publicização da esfera privada, com a infiltração da justiça no campo do direito e com a jurisdicização das relações sociais, pode ser associado ao *Welfare State*<sup>58</sup>, investindo o Judiciário no papel de “legislador implícito”<sup>59</sup>, dado ao próprio caráter da lei no Estado Social.

Daniel Sarmento<sup>60</sup> também identifica, no Brasil, a emergência de um novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos tribunais, identificando os seguintes fenômenos relacionados: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e utilização de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, argumentação, etc.; constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais para todos os demais ramos do Direito, sobretudo no tocante aos direitos fundamentais; reaproximação entre Direito e Moral<sup>61</sup>, com maior penetração da Filosofia nos debates jurídicos; judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder dos demais poderes clássicos de Estado para o Judiciário. Tal mudança de paradigma associa-se a um processo histórico ligado

---

<sup>56</sup> CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para El Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2009, p. 9.

<sup>57</sup> Destaca-se que o termo não é utilizado no debate constitucional norteamericano nem no alemão, tratando-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, com grande reverberação no Brasil. SARMENTO, loc. cit.

<sup>58</sup> VIANNA, Luiz Jorge Werneck et al. Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 16-17.

<sup>59</sup> Ibid., p. 21.

<sup>60</sup> SARMENTO, loc. cit.

<sup>61</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Orfã”. In: Novos Estudos n° 58, novembro. São Paulo: CEBRAP, 2000, p. 186.

a fenômenos que ocorreram na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra, reverberando com nuances próprias em países do terceiro mundo, inclusive o Brasil, superando uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, até então prevalente.

Um certo inconformismo, com a percepção de que maiorias políticas poderiam justificar regimes como o nazismo, fez com o que as constituições fortalecessem e transferissem para a jurisdição constitucional o papel de resgatar a proteção dos direitos fundamentais, deixando de ser meramente procedimentais e passando a conter normas de alto teor axiológico, regendo uma variedade de temas, com imediata irradiação de efeitos<sup>62</sup>.

Ademais, com ampla abertura e indeterminação semântica, pelo uso de espécies normativas de baixa densidade jurídica, reduziu-se a necessidade de mediação legislativa<sup>63</sup>, acentuando-se a atuação hermenêutica por parte do Judiciário na tarefa de proteção dos direitos fundamentais e da aplicação em geral do Direito, com o uso de novas técnicas de interpretação e solução de antinomias jurídicas.

Vanice Regina Lírio do Valle<sup>64</sup> identifica, no Brasil, um protagonismo de caráter mais ativo por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente após a Emenda Constitucional nº 45, passando o referido órgão a definir os limites de sua própria competência constitucional<sup>65</sup>, sendo notório o novo papel de liderança institucional do mesmo no arbitramento dos atuais conflitos políticos nacionais<sup>66</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>67</sup> registra que o fenômeno se apresenta em diferentes partes do mundo e em épocas distintas, citando que: no Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre os testes estadunidenses com mísseis em solo canadense; nos Estados Unidos, nas eleições presidenciais de 2000, o julgamento pela Suprema Corte do caso Bush v. Gore foi capítulo de destaque; o papel de preservação de um Estado laico, contra os avanços do fundamentalismo islâmico pela Corte Constitucional da Turquia; a restituição do mandato de um presidente destituído por *impeachment* pela Corte Constitucional da Coreia, dentre outros.

O primeiro aspecto, de invalidar atos de outros poderes cuja constitucionalidade seja defensável, mesmo nas hipóteses de casos difíceis<sup>68</sup>, nos quais o ordenamento não forneça uma

---

<sup>62</sup> SARMENTO, loc. cit.

<sup>63</sup> BARROSO, 2012, op. cit., p. 27.

<sup>64</sup> VALLE, op. cit., p. 15.

<sup>65</sup> Ibid., p. 16. KMIIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. In: California Law Review. Vol. 92. N. 5. California: California Law Review, Inc, 2004, p. 1445.

<sup>66</sup> VALLE, op. cit., p. 18.

<sup>67</sup> BARROSO, 2012, op. cit., p. 23.

<sup>68</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-203.

solução preconcebida, atrita indiscutivelmente com o princípio da separação dos poderes<sup>69</sup>, evidenciando um desbalanceamento no equilíbrio natural que deve haver entre os mesmos, assim como no sistema de *check and balances*.

O segundo aspecto, de não aplicação de precedentes, denota um comprometimento da doutrina do *stare decisis*<sup>70</sup>, na qual, principalmente nos países de tradição *common law*, deve haver tanto a verticalização como horizontalização dos precedentes, exceto se houver espaço para aplicação de *overruling*, *overriding* ou mesmo de *distinguishing*<sup>71</sup>.

O terceiro aspecto, de intromissão na atividade legislativa, esbarra nitidamente na própria noção de tripartição de funções, remontando toda discussão entravada de que o Poder Judiciário seria “a boca da lei”, reduzindo-o à tarefa de mero aplicador do direito, sem qualquer função inovadora<sup>72</sup>. Ademais, esbarra, também, na questão da legitimidade democrática, dado que o Judiciário não é um poder eleito, que atua como representante do povo.

Para a identificação do quarto aspecto, de utilização de novos cânones hermenêuticos e metodológicos, a dificuldade que se coloca é a própria definição dos parâmetros minimamente aceitáveis, dado que são muitas as discussões sobre a correta metodologia de interpretação constitucional<sup>73</sup>.

O quinto aspecto esbarra no problema da verificação empírica, dado que seria impossível verificar de antemão qual seria a verdadeira vontade inspiradora do julgador<sup>74</sup>, além de outras possíveis inferências, como a de que teria havido ausência de imparcialidade do mesmo<sup>75</sup>, na medida em que estaria pré-determinado a um dado resultado.

A judicialização da política é fenômeno que guarda estreita relação com o ativismo judicial, podendo ser expresso da maneira normativa, dada à evolução do constitucionalismo e à compreensão da supremacia da Constituição, e de maneira analítica, através de um ambiente

---

<sup>69</sup> VALLE, op. cit. p. 21.

<sup>70</sup> Ibid., p. 22.

<sup>71</sup> SANTOS, Henrique Castro. Técnicas de Superação de Precedentes no Novo CPC. In: SAJ ADV. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/superacao-de-precedentes/>. Consulta em: 10 ago. 2022.

<sup>72</sup> Destaca-se que esta noção vem sendo relativizada, como se verifica, por exemplo, em Hart, quando afirma que a discricionariedade do aplicador pode mesmo decorrer da própria imprecisão e vagueza natural que caracterizam a linguagem, caracterizando uma textura aberta, seja nos precedentes, seja na própria legislação, para a comunicação de padrões de comportamento. HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian Lisboa, 2001, p. 140-141.

<sup>73</sup> VALLE, op. cit. p. 23.

<sup>74</sup> Ibid., p. 24.

<sup>75</sup> Observa-se que, não é pelo fato de que o julgador exerça determinada função processual, mas sim porque haveria, neste caso, um dado de interesse no resultado final, caracterizando ausência de alheação, nas palavras de Antônio de Passos Cabral. CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Imparcialidade. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial. Salvador, 2008, p. 101.

propício para sua consolidação<sup>76</sup>, e pode interferir sensivelmente no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Como principais condições para o seu surgimento e consolidação, Ernani Rodrigues de Carvalho<sup>77</sup> cita o sistema político democrático, com a separação dos poderes<sup>78</sup>, e bem assim a possibilidade do uso dos tribunais por grupos políticos, especialmente os de oposição<sup>79</sup>, perdedores na arena política<sup>80</sup>, aliado às dificuldades de articulação das instâncias de representação democrática<sup>81</sup>.

Não somente no tocante à questão da judicialização da política, mas o próprio fenômeno da hiper judicialização<sup>82</sup>, com a constatação empírica do crescente número de processos levados ao Judiciário<sup>83</sup>, decorrente da ampliação das formas de acesso à justiça<sup>84</sup>, e não obstante os entraves operacionais que ainda encontra<sup>85</sup>, se contextualizam num cenário de um protagonismo ativo por parte do referido poder, concebendo-se a chamada *juristocracia*<sup>86</sup>, com progressiva transferência de poderes do Legislativo para o Judiciário, bem como a formação de grupos com atuação estratégica e corporativista, em defesa de suas estruturas institucionais, consistindo na tese da preservação hegemônica<sup>87</sup>.

Por outro lado, e não obstante as demais consequências, pode-se aventar com um aspecto positivo da judicialização da política a redução de custos, pela retirada de temas polêmicos e controvertidos do debate público, cujo consenso dificilmente seria atingido pelas vias democráticas regulares<sup>88</sup>.

---

<sup>76</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. E, Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. In: Revista de Sociologia e Política, n. 23. Curitiba: UFPR, 2004, p. 116.

<sup>77</sup> Idid., p. 117.

<sup>78</sup> Idid., p. 118.

<sup>79</sup> Idid., p. 119-120.

<sup>80</sup> SARMENTO, loc. cit.

<sup>81</sup> CARVALHO, op. cit., p. 120.

<sup>82</sup> Ibid., p. 121.

<sup>83</sup> No ano de 2019, em todo Poder Judiciário, relata-se o ingresso de 30,2 milhões de processos, tendo finalizado o ano com um quantitativo de 77,1 milhões de processos em tramitação. Cf. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 93 e p. 5.

<sup>84</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

<sup>85</sup> Kim Economides, aventando a necessidade de uma quarta onda de acesso à justiça, examina os problemas sociais e econômicos de acesso às carreiras jurídicas, bem como o perfil ético-profissional dos operadores jurídicos, com suas implicações no acesso à justiça, assim como a própria definição contemporânea da noção de justiça. ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves, et al. Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

<sup>86</sup> Cf. HIRSCH, Ran apud VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: Laboratório de análise jurisprudencial. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33.

<sup>87</sup> VALLE, op. cit., p. 34.

<sup>88</sup> VALLE, loc. cit.

No Brasil, além do processo de redemocratização a coexistência de métodos de controle difuso e concentrado, combinando aspectos do sistema americano com o europeu<sup>89</sup>, e ainda com um vasto rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade<sup>90</sup>, com a conjunção de um sistema de jurisdição constitucional complexo<sup>91</sup>, associada às modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 45 e pela própria mudança de composição do Supremo Tribunal Federal após 2003, favoreceram o crescente processo de judicialização da política<sup>92</sup>. Neste sentido, destaca-se a clara adoção desta postura ativista no voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 1.351/DF<sup>93</sup>:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Ademais, fatores sociais, como os escândalos de corrupção e a descrença com relação à política de um modo geral, fazem depositar no Judiciário a expectativa para a solução dos problemas da nação; aliados a outros fatores, como a exposição midiática (seja pelo televisionamento das sessões plenárias do STF, seja pela própria atuação isolada de alguns ministros), aumentam este protagonismo ativo no debate público<sup>94</sup>.

#### **4. Principais Críticas a tais Fenômenos e os Limites de Controle**

Daniel Sarmento<sup>95</sup> levanta, de um modo geral, três grandes objeções ao neoconstitucionalismo, sendo a primeira a de que o pendor judicialista é antidemocrático<sup>96</sup>, dado que o Poder Judiciário não é integrado por membros eleitos, e uma concentração de

---

<sup>89</sup> BARROSO, 2012, op. cit., p. 24.

<sup>90</sup> SARMENTO, loc. cit.

<sup>91</sup> VALLE, op. cit., p. 36.

<sup>92</sup> Ibid., p. 37.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.351/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento 07 dez 2006. Publicação 29 jun. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90910/false>. Consulta em: 10 ago. 2022.

<sup>94</sup> SARMENTO, loc. cit.

<sup>95</sup> SARMENTO, loc. cit.

<sup>96</sup> Luís Roberto Barroso também vê um risco para a legitimidade democrática, se mal exercida, destacando que a democracia não se resume ao princípio majoritário, mas também ao respeito aos valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. BARROSO, 2012, op. cit., p. 29.

poderes na jurisdição constitucional também representaria um caminho oposto à concepção de que existem outras instâncias legitimamente competentes para contribuir no processo de interpretação da Constituição<sup>97</sup>; a segunda a de que há excessiva valorização dos princípios, alguns extremamente vagos, como dignidade da pessoa humana, como única justificativa de solução dos casos concretos; e a terceira a de haver uma espécie de panconstitucionalização do Direito, ou seja, a Constituição deixa de ser vista como a *norma normarum* e dela passam a irradiar, direta, e imediatamente, efeitos jurídicos, passando a fecundar todo o sistema jurídico, o que também pode se revestir de um viés antidemocrático, na medida em que esvazia a atribuição do legislador infraconstitucional, com o risco de violação de liberdades individuais em nome de valores constitucionais.

Luís Roberto Barroso<sup>98</sup> aponta, ainda, o risco da politização da Justiça, destacando a tênue linha divisória entre Direito e Política, e ainda a pluralidade semântica da própria concepção de política.

Especificamente no que toca à possibilidade de intervenção no mérito administrativo, a atuação do Poder Judiciário e seus limites de controle sempre foi objeto de funda reflexão e evolução, desde o Período do estado Liberal, quando “a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial”<sup>99</sup>.

Pelo fato de haver entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação<sup>100</sup>, e na atuação da Administração Pública um dever de agir em busca de uma finalidade<sup>101</sup>, inicialmente foram estudadas as teorias de abuso de poder, segundo as quais o administrador público deixa de atuar em observância dos preceitos legais, seja por excesso de poder<sup>102</sup>, violando uma regra de competência, seja por desvio de finalidade<sup>103</sup>, ao trocar o fim público por um fim privado ou por outro fim público que não seja exatamente o buscado pela ordem jurídica<sup>104</sup>.

No tocante à atuação discricionária da Administração Pública, foi gradativamente sendo superado o dogma da insindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, assim

---

<sup>97</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

<sup>98</sup> BARROSO, 2012, op. cit., p. 29.

<sup>99</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 14.

<sup>100</sup> MELLO, 2006, p. 51.

<sup>101</sup> Ibid., p. 55.

<sup>102</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 112.

<sup>103</sup> Ibid., p. 112-113.

<sup>104</sup> MELLO, 2006, p. 64.

como a discussão acerca de se a discricionariedade seria ou não um poder ilimitado<sup>105</sup>, passando-se a identificar os limites da efetiva zona de liberdade em que pode legitimamente atuar o administrador público<sup>106</sup>, posto que já não se discute mais se deve ou não haver um controle desta liberdade, mas sim o alcance, o modo e a intensidade pela qual deve ser dar este controle<sup>107</sup>.

Denis J. Galligan<sup>108</sup> sustenta que o exercício da discricionariedade deve respeitar padrões como a racionalidade, a finalidade e a moralidade, e que o exercício do poder deve estar baseado em razões aplicadas de forma coerente, justa e imparcial, aproximando-se da concepção de que a vinculação gera para a Administração Pública o dever de atenção aos interesses públicos, que se concretiza com a observância da legalidade, da legitimidade e da licitude<sup>109</sup>.

Passa-se, nesta concepção, da noção de mero controle de legalidade dos atos administrativos para a de controle de juridicidade<sup>110</sup>, em que se impõe a observância de princípios, regras, teorias jurídicas, de modo a impedir o desvio da lei, dos valores consensualmente aceitos e da moralidade, encontrando-se a atuação administrativa sob o império da lei de do Direito<sup>111</sup>.

## 5. Conclusões

De posse da compreensão de que o exercício da discricionariedade e da apreciatividade administrativa, assim como as demais formas de subjetividade ou liberdade que são cometidas ao administrador públicos<sup>112</sup> nunca são ilimitadas<sup>113</sup>, porém encontram, em determinadas situações, limites mais rígidos e concretos, e em outras, mais tênues e penetráveis<sup>114</sup>, torna-se

---

<sup>105</sup> SADDY, 2018, p. 7-8.

<sup>106</sup> Ibid., p. 2.

<sup>107</sup> Ibid., p. 3.

<sup>108</sup> GALLIGAN, Denis J. apud SADDY, 2018, p. 12.

<sup>109</sup> SADDY, 2020, p. 198.

<sup>110</sup> FREITAS, op. cit., p. 130.

<sup>111</sup> SADDY, 2018, p. 19.

<sup>112</sup> Para uma análise das diferenças entre os tais limites: Cf. SADDY, 2018, p. 7-37.

<sup>113</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica, com clareza lapidar, que “a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos”, e ainda que a discricionariedade “não significa poder de opções livres, como as do direito privado”. MELLO, 2006, p. 47.

<sup>114</sup> SADDY, 2018, p. 22.

forçoso reconhecer que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política interferem diretamente nesta seara de penetrabilidade.

Se, por um lado, o manejo dessas liberdades não pode ser ilimitado, uma excessiva ampliação desses limites, pelo aumento do protagonismo judicial, pode comprometer o exercício de um poder conferido à Administração Pública como instrumento para a efetiva concretização das finalidades públicas.

Não obstante a ideia de que a atividade jurisdicional possa ser exercida com o máximo de racionalidade e objetividade, centrada na ideia de que o juiz Hércules<sup>115</sup> seria um julgador com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, e todas as controvérsias inerentes à teoria da única resposta<sup>116</sup>, a instrumentalização de formas de controle das subjetividades administrativas pelas vias da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade podem oferecer, mesmo com o máximo grau de racionalidade, uma certa margem de subjetividade que sempre é afetada por um protagonismo mais ativo por parte do julgador. Na medida em que o Poder Judiciário passa a atuar como uma instância moral<sup>117</sup>, esta percepção não implica somente na ampliação objetivas das funções do Judiciário, mas numa mudança de representação do própria ideia de Justiça no imaginário coletivo<sup>118</sup>, o que invariavelmente repercute no espaço de liberdade de atuação presente na esfera de competência dos demais poderes, interferindo, também, nas liberdades e autonomias que devem ser desempenhadas pelos agentes públicos na prática das licitações e contratos administrativos.

São muitas as técnicas de contenção e controle administrativo no exercício das subjetividades exercidas pela Administração Pública<sup>119</sup>, quase sempre dependendo, por outro lado, de uma margem de liberdade de apreciação também por parte do julgador, no campo da interpretação, embora reine funda controvérsia acerca de se haveria certa discricionariedade no exercício da função jurisdicional<sup>120</sup>, o que também é afetada se adotada uma postura mais proativa por parte do Judiciário.

No campo das licitações públicas, a utilização de tipos abertos e de conceitos jurídicos indeterminados, como na própria definição da competência dos agentes de contratação, para *executar quaisquer atividades necessárias ao bom andamento do certame até a*

---

<sup>115</sup> DWORKIN, op. cit., p. 165.

<sup>116</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 167-171.

<sup>117</sup> MAUS, op. cit., p. 190.

<sup>118</sup> Ibid., p. 185.

<sup>119</sup> SADDY, 2018, p. 161-265.

<sup>120</sup> DI PIETRO, p. 68-69.

*homologação*<sup>121</sup>, não obstante todo o esforço teórico que se fez para diferenciação entre os fenômenos da discricionariedade e da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados<sup>122</sup>, abrirá ao ativismo a possibilidade de interferência, por mais objetividade e racionalidade que se tenha na delimitação da fluidez de tais conceitos. Ou seja, mesmo delimitando-se zonas de certeza positiva e negativa, com toda deferência ao campo de significação mínima<sup>123</sup> das expressões imprecisas, ainda assim, as fronteiras entre o que estaria nestas zonas de clareza e na parte central do conceito poderiam ser afetadas, por um maior protagonismo ativo por parte do aplicador da norma, comprometendo, em determinada medida, a atuação administrativa.

Tanto na fase preparatória quanto no próprio desenvolvimento do certame, muitas são as situações nas quais o ativismo poderá abrir uma maior margem de interferência indevida na liberdade de atuação dos agentes públicos, ensejando uma possível limitação do exercício de tais atividades. Desde questionamentos acerca de cláusulas editalícias, seleção dos critérios norteadores do certame, pertinência dos documentos e exigências atinentes aos requisitos de qualificação para habilitação nos certames, até a concretização, pelos agentes de contratação, dos atos que constituem a fase externa do procedimento licitatório, como análise dos documentos, avaliação e julgamento das propostas e exercício de quaisquer atos e atividades necessárias ao bom andamento do certame, fato é que, praticamente tudo, pode ser submetido ao controle judicial, sendo afetado por um maior ou menor grau de ativismo, por parte do julgador.

Portanto, como o exercício dessas liberdades e autonomias pelo administrador público são necessárias, a questão é identificar um ponto de equilíbrio, de modo que não se permita, por um lado, que o mesmo se transfigure em arbítrio, e por outro, que não sejam excessivamente reduzidas tais liberdades, a ponto de inviabilizar a justa medida para o cumprimento legítimo de tais prerrogativas, na melhor consecução dos fins buscados no princípio do Estado de Direito<sup>124</sup>, sendo contingente reconhecer que o ativismo judicial tente, ao mesmo de forma potencial, a influenciar na busca de tal equação.

Diante da constatação do inegável impacto do ativismo judicial no exercício da função administrativa, e não obstante a compreensão de que o exercício da discricionariedade e demais formas de liberdades pelo administrador pública não possa ser concebida como ilimitada, a solução é a busca pela maior objetividade e racionalidade possível no exercício das diversas

---

<sup>121</sup> Art. 8º, *in fine* da Lei nº 14.133/2021.

<sup>122</sup> MELLO, 2006, 22-32. SADDY, 2018, p. 190.

<sup>123</sup> MELLO, 2006, p. 29.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 16.

técnicas de contenção e controle judicial das subjetividades ou autonomias públicas, reduzindo-a aos limites que propiciem o respeito ao direito fundamental à uma boa administração<sup>125</sup> e a uma Administração Pública mais cidadã, com uma gestão mais eficiente e eficaz<sup>126</sup>.

No campo das licitações e contratos administrativos, tal racionalidade e objetividade deverão conduzir, efetivamente, às melhores decisões administrativas, no tocante ao momento de licitar, à definição do objeto e suas especificações e às normas e critérios eleitos na fase preparatória do certame licitatório, assim como, em sua execução, à escolha da melhor proposta, com igualdade de oportunidades para todos os concorrentes, sem restrições indevidas à competitividade e com observância de todos os princípios constitucionais norteadores, tudo em prol da melhor consecução dos interesses públicos e do direito fundamental à boa administração.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, p. 25-65.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *[Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais*. Vol. 5. n. 1. Rio de Janeiro: UERJ, CCS, 2012, p. 23-32.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Consulta em: 13 ago. 2022.

BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Consulta em: 9 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Consulta em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm). Consulta em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Consulta em: 20 ago. 2022.

---

<sup>125</sup> FREITAS, op. cit., p. 129.

<sup>126</sup> SADDY, 2018, p. 269.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.351/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento 07 dez 2006. Publicação 29 jun. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90910/false>. Consulta em: 10 ago. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para El Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. E, Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 23. Curitiba: UFPR, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves, et al. *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

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

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian Lisboa, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. ed. 2021. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.3>. Acesso em: 20 ago. 2022.

Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. In: *California Law Review*. Vol. 92. N. 5. California: California Law Review Inc, 2004, p. 1441-1447.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Orfã”. In: *Novos Estudos* nº 58, novembro. São Paulo: CEBRAP, 2000, p. 183-202.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O Princípio da Eficiência à Luz da Teoria dos Princípios: (Aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SADDY, André. *Discricionariedade e jurisdição Constitucional/Supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SADDY, André. *Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTOS, Henrique Castro. Técnicas de Superação de Precedentes no Novo CPC. In: *SAJADV*. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/superacao-de-precedentes/>. Consulta em: 10 ago. 2022.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso em: 18 ago. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: *Laboratório de análise jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 15-40.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck et al. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Recebido em: 20.12.2022

Parecer: 21.12.2022

Parecer: 23.12.2022

Parecer: 14.02.2023