

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

FERNANDO DE BRITO ALVES

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

É uma grande responsabilidade apresentar os anais do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” do XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO que ocorreu em BELÉM-PA, entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019, que tentarei desincumbir com o maior esmero possível.

Existem muitas intersecções entre o Direito Administrativo e a Gestão Pública, mas gostaria para os fins a que se propõem uma apresentação resgatar uma qualquer reflexão crítica sobre o tema deve partir da compreensão de que o direito administrativo não é o direito que regula a burocracia, nem, tampouco que as relações entre o direito administrativo e a gestão pública se esgotam na implementação das metodologias do new public management.

Quanto ao primeiro aspecto, diversos autores, como Hannah Arendt (no texto ‘Da violência’), por exemplo, consideram que as burocracias plenamente desenvolvidas se constituem verdadeiras zonas de indistinção, a burocracia é a forma de poder onde todos são privados de liberdade política, do poder de agir, já que o governo de ninguém não é a ausência de governo, onde todos são igualmente destituídos de poder temos uma tirania sem tirano.

Ao contrário, o direito administrativo que emerge dos colapsos das ditaduras da segunda metade do século passado na América Latina, surge comprometido com novas concepções de gestão pública, preocupada com a promoção de uma cultura republicana e a consolidação da democracia, além da modernização do Estado, promovendo transformações verticais (nas estruturas administrativas estatais), mas também horizontais (possibilitando um melhor acesso às instituições públicas e a participação popular).

Quanto ao segundo, embora em moda na década de 1990, o new public management reduzia as relações entre o direito administrativo e a gestão pública à adoção de um modelo gerencial de estado, como se as ações do Estado pudessem ser medidas por razões privadas, e por seu potencial resultado financeiro superavitário, independentemente da implementação de políticas públicas, da promoção da igualdade, da redução da pobreza e consequentemente da consolidação da democracia.

Foi muito gratificante coordenar o Grupo de Trabalho, tendo em vista que todos os autores assumiram essa perspectiva crítica e propuseram uma reflexão sofisticada sobre os temas que abordaram.

Uma questão interessante foi a presença de estudos de caso, como foram os artigos: i) “Da revolta da vacina ao século XXI – políticas públicas para a saúde e seus enfrentamentos em relação ao combate ao *aedes aegypti*”, que faz um estudo de caso sobre as políticas de controle da dengue no município de Iporá-GO desde o ano de 2016; ii) “A nova metodologia da média regional de cargos comissionados implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: um reflexo da teoria da complexidade?”, que faz uma análise crítica da metodologia utilizada pelo TCE/SP a partir de um caso de Jaú-SP; iii) “Bloqueio em conta pessoal de gestor público: um estudo das possibilidades de responsabilização em tutela antecipada”, que faz a análise de decisão judicial que bloqueou conta pessoal de gestor da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará; iv) “Esvaziamento da atividade típica estatal das agências reguladoras pela delegação do núcleo intangível do poder de polícia e corresponsabilidade estatal no dano superveniente: estudo de caso da barragem de Brumadinho”, que aborda a corresponsabilidade estatal nos casos em que as agências reguladoras transferem aos fiscalizados – jurisdicionados – parcelas intangíveis de seu ciclo de polícia. É de se destacar que mesmo nas abordagens mais teóricas, foi possível perceber uma preocupação com a aplicabilidade dos institutos e a efetividade do direito.

Ademais, foram apresentadas revisões bibliográficas interessantes como: i) “Contratação irregular de servidores temporários como ato de improbidade administrativa”, que ocorre com alguma frequência em todos os rincões do país; ii) “Confidencialidade na autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, que aborda questões relacionadas às obrigações de transparência da administração pública; iii) “A importância da participação e do controle social para a repulização da administração pública brasileira” sobre accountability e participação popular; iv) “Controle judicial dos atos administrativos discricionários e a separação dos poderes” e v) “A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa”, ambos sobre discricionariedade administrativa; vi) “A inovação do § 3, do art. 27 da Lei 13.303/2016: como interpretar e aplicar?” sobre a Lei das Estatais e contratos de patrocínio, e por fim, vii) “O atual desequilíbrio do pacto federativo brasileiro, os reflexos econômicos e os obstáculos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais” sobre a evidente necessidade de se repensar o pacto federativo já que os municípios possuem inúmeros encargos além de suas capacidades financeiras de fazer frente às suas obrigações.

Os autores demonstraram uma sensibilidade singular com uma reflexão crítica e a apresentação de proposições para a melhoria técnica do direito administrativo com vistas a possibilidade de no futuro termos um Estado mais eficiente, mas não menos sensível com as demandas concretas dos mais pobres.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

JUDICIAL CONTROL OF DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTS AND THE SEPARATION OF POWERS

Wellington Henrique Rocha de Lima ¹
Raphael Prieto dos Santos ²

Resumo

O presente artigo tem como escopo a análise dos atos administrativos, os quais são classificados de diversas formas, entre elas estão os vinculados e os discricionários. Enquanto os primeiros devem estar estritamente atrelados ao que manda a lei, os últimos possuem uma margem de liberdade para atuação do administrador. Através do método dedutivo analítico se faz uma análise imperiosa da administração pública e suas funções precípua do poder executivo. A problemática se constrói devido ao controle judicial da discricionariedade dos atos administrativos emanados pela administração pública e se ele é prejudicial ou não a separação dos poderes.

Palavras-chave: Ato administrativo, Separação dos poderes, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as its scope the analysis of administrative acts, which are classified in several ways, among them are the bound and the discretionary ones. While the former should be strictly tied to the law, the latter have a margin of freedom for the administrator to act. Through the analytical deductive method an imperative analysis is made of the public administration and its primary functions of the executive power. The problem is built due to the judicial control of the discretionary administrative acts issued by the public administration and whether it is harmful or not the separation of powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative act, Separation of powers, Public administration

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Docente do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Advogado.

² Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de desde a idade antiga vislumbrar a separação dos poderes, foi Montesquieu que melhor desenvolveu essa ideia. O pensador francês indicou separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, o primeiro administraria a coisa pública, o segundo produziria as leis e o terceiro julgaria conforme as leis. As ideias de Montesquieu perduraram no tempo (sofrendo alguns aprimoramentos) e adotadas nas Cartas Políticas mundo a fora, inclusive na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Pelo método dedutivo analítico, traça-se uma conceituação básica por meio dos referenciais teóricos e legislativos pátrios quanto à discricionariedade dos atos dos gestores públicos frente à Administração Pública, bem como de maneira descritiva argumentativa se constroem hipóteses para resolutividade das demandas envolvendo a interferência judicial na esfera administrativa.

O poder executivo enquanto administração pública externa seus anseios por meio de atos administrativos, nos moldes definidos em lei. Tais atos possuem as mais diversas classificações, dentre elas a classificação segundo o grau de liberdade do agente, que é dividido em vinculados e discricionários. Vinculados são aqueles atos em que o agente não tem margem de escolha, já discricionários o agente tem uma margem de escolha levando em consideração oportunidade e conveniência.

Desta forma, nascem alguns questionamentos: os atos discricionários seriam passíveis de controle judicial? E mais importante: se a resposta do questionamento anterior for afirmativa, tal controle não seria uma violação a separação dos poderes prevista na Magna Carta Brasileira?

Assim o presente artigo busca encontrar respostas para essas perguntas, por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando livros e artigos que versem sobre direito administrativo, sendo abordadas linhas gerais dos atos administrativos e os atos vinculados e discricionários, passando por uma análise sobre a separação dos poderes e culminando num tópico que abordará o controle jurisdicional dos atos discricionários e a separação dos poderes.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Linhas Gerais

O ato administrativo pode ser considerado como uma forma de exteriorização da vontade do Estado através da administração pública, sempre com observância no ordenamento jurídico vigente.

De conseguinte, cuida-se o ato administrativo de um ato jurídico por meio do qual os agentes públicos, no desempenho de uma determinada função administrativa, exteriorizam, com observância das normas legais, sob certa forma e com autoridade: o querer do Estado, consistente em, juridicamente, criar, reconhecer, enunciar, modificar e extinguir vantagens ou impor obrigações. (CUNHA JR, 2015, p. 103).

Conforme Mello (2009) entende-se como ato administrativo, *em stricto sensu*, a manifestação unilateral estatal enquanto exerce suas prerrogativas conforme mandamentos previstos na legislação com o fito de complementar concretamente lei, ou mesmo, a Carta Política do Brasil, para que sejam cumpridos.

O ato administrativo conta com cinco atributos: presunção de legitimidade (Assim o ato administrativo sempre terá uma presunção, ainda que relativa, que está em conformidade com o ordenamento jurídico), coercibilidade (cria de forma unilateral obrigações aos administrados, independente de sua vontade ou de permissão judicial), exigibilidade (atos administrativos são exigíveis, caso haja desrespeito aos mesmos, deverá haver a aplicação de sanções sem necessidade de manifestação do judiciário para tal), autoexecutoriedade (os atos administrativos não necessitam de autorização do poder judiciário para serem executados) e tipicidade (ato administrativo deve estar previsto em lei observando a finalidade prevista na mesma).

No que tange a perfeição e validade do ato administrativo Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

O ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto o ato perfeito é o que completou o ciclo necessário a sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo de formação está concluído. O ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas. (MELLO, 2009, p. 382).

Já no que se refere à eficácia do ato administrativo, o supramencionado autor destaca que:

O ato administrativo é eficaz quando está disponível para a produção dos seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade. (MELLO, 2009, p. 383).

A extinção dos atos administrativos segundo Oliveira (2015) pode acontecer de forma: natural; objetiva, subjetiva, por manifestação de vontade da administração e por manifestação de vontade do particular.

Ainda conforme Oliveira (2015) a extinção natural se dá quando o ato produz todos seus efeitos; objetiva se dá quando o objeto do ato se perde; subjetiva se dá com o esvanecimento do beneficiário; A extinção por vontade da administração ocorre com a caducidade (o ato não é admitido pela nova lei vigente), cassação (não cumprimento dos requisitos definidos pela administração ou por ilegalidade pelo beneficiado do ato), anulação (quando há incompatibilidade do ato com o ordenamento jurídico vigente), revogação (se dá em caráter de conveniência e oportunidade); a extinção pela vontade do particular se dá pela recusa (extingue-se o ato antes do mesmo produzir efeitos) e pela renúncia (ato unilateral do indivíduo).

Existem diversas formas de classificar os atos emanados pela administração pública. Essas classificações podem levar em consideração a formação do ato, os destinatários do ato, os efeitos do ato e grau de liberdade da administração na prática do ato. É possível que se encontre na doutrina outras formas de classificação do ato administrativo, mas para fins do presente estudos, o foco será nos atos que levam em consideração o grau de liberdade da administração na prática do ato, que são: os atos vinculados e os atos discricionários.

Em linhas gerais os atos vinculados, são aqueles que não dão nenhum tipo de liberdade à administração e ao agente, devendo o ato ser praticado conforme a lei manda. Já o ato discricionário possui certo ensejo para a liberdade da administração pública, mas dentro de balizas previstas em lei.

Por ser ponto nevrálgico do artigo, os atos vinculados e discricionários serão estudados a seguir com maior profundidade.

2.2. Atos Vinculados e Discricionários

Atos vinculados são aqueles que devem praticados com estrita observância daquilo que dita a lei, sendo a única “saída” admissível perante certa situação fática, não existindo qualquer espaço para subjetividade. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva nenhuma. (MELLO, 2009, p. 424).

O supramencionado autor em sua obra ainda traz como exemplo de ato administrativo judiciário vinculado a aposentadoria compulsória:

Se funcionário completou 70 anos – situação de objetividade absoluta, insuscetível de qualquer dúvida ou apreciação subjetiva-, o poder público está obrigado a aposentar o funcionário. Isto é, a lei já previu antecipadamente com rigor incontrovertível tanto a situação de fato que dá margem ao ato quanto o conteúdo do ato, que só pode ser no sentido de aposentar (MELLO, 2009, p. 425)

Desta forma a legislação vincula a administração ou o agente de forma insofismável ao que lei manda, impossibilitando sejam feitas escolhas diferentes daquelas previstas no ordenamento jurídico, sendo praticado ato contrário ao previsto ele será considerado ilegal, passível de apreciação pelo judiciário.

Noutra senda, há casos que legislador abriu mão de “amarrar” totalmente o administrador público, permitindo que esse escolhesse entre cláusulas balizadas em lei. Quando a administração pratica um ato nesses moldes, ele será chamado de ato administrativo discricionário. Mais uma vez se utilizando conceito do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello entende-se:

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. (MELLO, 2009, p. 424).

Os atos administrativos discricionários nasceram levando em consideração que o legislador não consegue prever todas as situações que poderiam acontecer no cotidiano da administração.

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente. (MEIRELLES; BURLE FILHO; BURLE, 2016, p. 193).

O mérito administrativo segundo Oliveira (2015) é o cerne do ato discricionário, já que atos vinculados não possuem mérito. Ele é a liberdade concedida pelo poder legislativo à administração pública para que esta pondere as razões e eleja a matéria do ato discricionário.

São dois os elementos fundamentais do ato administrativo discricionário: a oportunidade e conveniência. Assim ao praticar o ato o agente deve observar esses dois fatores. A lei que regula o ato discricionário também deve ser observada pelo administrador, visto que em caso de transgressão da mesma o ato será considerado ilegal.

Caso não houvesse essa liberdade concedida pelo legislador, a administração pública ficaria presa a conceitos determinados em lei e que nem sempre atender o bem-estar coletivo do qual a administração pública é responsável.

Do poder executivo depende especialmente o funcionamento de todos os serviços públicos, da saúde, da ordem e segurança coletiva, da vida, da subsistência, do bem-estar social de todos os cidadãos. Como realizar essa finalidade, se todos os seus atos se toda a sua atividade sofrer a continua fiscalização do judiciário, com o seu critério rígido de apreciação dos fenômenos jurídicos, sem a capacidade de encarar as questões administrativas, por seu aspecto superiormente político, tendo em vista apenas os interesses superiores do Estado? (CAVALCANTI, 1964, p. 247).

Por vezes a discricionariedade é confundida com conceitos indeterminados, estes são dúvidas provocadas pela redação legislativa sendo possível aceitar interpretações diversas.

Os conceitos indeterminados, assim compreendem, localizam-se no antecedente ou suporte fático da norma, enquanto a discricionariedade está no plano da consequência ou dos efeitos jurídicos. Daí não serem expressões sinônimas "discricionariedade" e "conceito indeterminado", eis que a discricionariedade é a liberdade de decidir entre indiferentes jurídicos, enquanto o conceito indeterminado é um caso de aplicação da lei. (ROMAM, 2009, p. 61).

Os atos administrativos discricionários encontram seus limites na própria, visto que como já mencionado anteriormente, ela dá apenas uma margem de escolha para o administrador. Além dos limites legais, a discricionariedade dos atos administrativos encontram limites no interesse público e nos princípios gerais do direito. Assim a discricionariedade não é e nunca será uma carta branca para o administrador público.

3 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Apesar de modernamente a questão da separação dos poderes ter ganhado notoriedade com Montesquieu, ela tem sido gestada desde a Grécia antiga, por pensadores como Aristóteles e Platão. Séculos depois escritores como Maquiavel e John Locke também trabalharam com a ideia da não concentração de poderes.

A história registra que desde a antiguidade clássica, segundo a doutrina, Aristóteles já teria identificado a existência de três funções do Estado. As três funções de que falava Aristóteles eram: função consultiva, que se pronunciava acerca da guerra e da paz e sobre as leis, função Judiciária que solucionava as controvérsias das leis e uma terceira função sobre Assuntos da Administração, que deveria ser exercida por um magistrado, de tal forma que tudo aquilo que não estivesse compreendido nas duas funções anteriores, estaria nos assuntos da administração. [...] A partir dos séculos XVII e XVIII, contudo, a discussão sobre a Tripartição de Poderes foi retomada, primeiro por Locke e Bolinbroke e depois aperfeiçoada por Montesquieu, [...]. (RODRIGUES, 1995, p. 16).

Entretanto Montesquieu é quem concebeu a tripartição dos poderes da forma mais similar da que é observada hoje em dia. Em sua obra “O Espírito das Leis”, ele apresenta uma ideia que visa travar o poder absoluto nas mãos de uma só pessoa, para isso os poderes legislativo, executivo e judiciário deverão estar separados, visto que a concentração do poder, historicamente, já se provou perigosa. “Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude tem limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” (MONTESQUIEU, 2004, p. 169).

As ideias do pensador francês atravessaram o atlântico e chegaram aos Estados Unidos da América, sendo um dos primeiros países a adotarem a separação dos poderes na Carta Política. Além disso, o país da América do Norte apresentou o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), aprimorando a ideia de Montesquieu.

A Constituição Americana, além da adoção do princípio da Separação de Poderes, preocupou-se em criar mecanismos para aplicá-lo, encontrando na desconcentração do poder uma maneira prática de coibir o seu exercício tirânico. Essa inovação é conhecida como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Pelo sistema de freios e contrapesos os poderes são repartidos de forma equilibrada entre os diferentes órgãos que não podem ultrapassar os limites estabelecidos na Constituição porque são eficazmente detidos e contidos pelos demais Poderes. (COSTA, 2015, p. 21).

Desta forma, o surgimento do sistema de *checks and balances*, aprimorou as ideias de separação dos poderes de Montesquieu, visto que com tal sistema os poderes seriam limitados uns pelos outros quando houvesse extrapolações de suas respectivas balizas.

No Brasil a separação dos poderes é encontrada desde a Constituição do Império de 1824, onde havia quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, sendo este último exercido pelo imperador, que poderia controlar todos os outros. “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” (BRASIL, 1824).

Desde a independência a separação dos poderes está nas Cartas Políticas brasileiras, salvo em períodos ditatoriais onde foram extintas ou mitigadas, como aconteceu na era Vargas e após o Golpe Militar de 1964.

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 2º a existência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de forma independente e harmônica entre si. Essa independência da liberdade para que cada um dos poderes exerçam as atribuições que lhes são inerentes sem qualquer tipo de autorização ou permissão dos outros poderes. Já harmonia, segundo José Afonso da Silva (2010) está relacionada a polidez e consideração que um poder

tem para com no que diz respeito a suas atribuições. Mas isso não seria absoluto uma vez que o sistema de freios e contrapesos permite que em dados momentos haja essa interferência em busca do bem social evitando atitudes despóticas entre os poderes e em detrimento do povo.

No Brasil, o poder executivo tem como função precípua praticar atos de governo e de administração pública, sendo sua atividade pautada dentro das leis criadas pelo poder legislativo. De forma atípica o executivo pode praticar funções que seria tipicamente do legislativo e do judiciário. Quanto o chefe do executivo promulga decretos ele estará, de certa forma, legislando. Ao julgar recursos administrativos, o agente do executivo estará praticando uma atividade que tipicamente seria do judiciário.

O legislativo tem como campo de atuação principal a confecção de leis e a fiscalização do poder executivo. A competência para legislar está prevista entre os art.22 a 24 da Constituição Federal de 1988. Atipicamente o legislativo exercerá funções características do executivo quando tomar decisões sobre a organização de seus funcionários como na concessão de férias dos mesmos. Terá uma função tipicamente jurisdicional quando, por exemplo, o congresso nacional julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade.

O judiciário tem o monopólio da jurisdição, desta forma ele julgará sempre que for provocado o caso concreto conforme as leis. Atipicamente ele exercerá funções do executivo na administração de seus funcionários (concessão de licenças e férias) e terá função legislativa quando editar portarias ou mesmo seu próprio regimento interno.

Por último, insta salientar que a separação dos poderes é um *clausula pétrea* (art. 60, § 4º, III, CF/88), ou seja, ela não poderá ser modificada nem mesmo através de emenda constitucional.

4 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A fórmula da separação associada às ideias de independência e harmonia entre os Poderes foi consagrada no texto constitucional brasileiro, consoante dispõe o art. 2.º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, tudo a confirmar a democracia brasileira (DA SILVA, 2011, p. 43-71).

Evidencia-se uma imensa crise que abate a sociedade brasileira, qual seja, a crise de legitimação dos poderes, pois os membros do Poder Judiciário não são eleitos, não são escolhidos pelo povo. Isso não diminui a legitimidade fornecida pelo Estado para que aqueles

tomem decisões importantes, longe de se afirmar isso. Ocorre que essas decisões, sem o cunho legitimador do voto popular, geram questionamentos cada vez mais intensos (COSTA; LEHFELD, 2013, p. 31-53).

Entretanto, a grande questão é saber, mormente em sociedades plurais como a brasileira ou norte-americana, como e quem deve definir o que é justo, certo ou errado. Isto, pois, não parece ser possível relegar o problema a uma mera questão de escolha ou de convicção pessoal do julgador, como se este fosse uma espécie de “senhor dos sentidos”, legitimado a, de forma individual e solipsista, impor à toda coletividade o seu senso de justiça (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 21-47).

Uma vez analisado o contexto histórico que originou o ativismo judicial, necessário alguns apontamentos acerca do mesmo. De fato, o que se convencionou chamar de “ativismo judicial” compreende um fenômeno jurídico de proporção surpreendente no Brasil, levando-se em consideração a quantidade e substancialidade de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (CANELA JUNIOR, 2011).

Efetivamente, tendo por norte o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da CF/1988, o judiciário brasileiro tem se utilizado de princípios e direitos contemplados na Lei Maior para contornar as omissões do executivo e legislativo, de modo a conferir soluções mais justas e adequadas ao caso concreto (BRASIL, 1988).

Um breve estudo acerca do tema é suficiente para que se perceba a polêmica frente a sua definição. Schlesinger, o primeiro autor a utilizar o termo, declara que apesar de seu caráter politicamente progressista, o ativismo judicial poderia resultar em uma ameaça às instituições democráticas, preconizando que as decisões relativas aos direitos fundamentais e a política social deveriam ser apenas tomadas pelos poderes compostos por representantes eleitos democraticamente (DIMOULIS, 2011, p. 461).

Sob uma perspectiva acerca do fenômeno ativista, a erupção do ativismo jurídico somente pode ser bem compreendida quando interpretada como um movimento profundo, afirmando ainda que não se trata de transferência de soberania para o judiciário, mas sim da configuração de uma transformação da democracia (DWORKIN, 1999, p. 09-15).

De modo a rebater as opiniões contrárias ao movimento ativista, o argumento da infringência ao princípio da separação de poderes carece de uma exposição clara frente ao parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa de seu domínio próprio (BRANCO, 2011, p. 395)

A doutrina, em um passado não tão distante, entendia pela não possibilidade do controle de atos discricionários pelo Poder Judiciário, sendo vedada a revisão da escolha do administrador público.

Por muito tempo se firmou o entendimento segundo o qual ao Judiciário não era dado apreciar o ato praticado no uso do poder discricionário. Constituíra verdadeiro dogma a proibição de ser revisto judicialmente o critério de escolha do administrador público ao definir a providência adequada ao atendimento da finalidade legal. (CUNHA, 2012, p. 299).

O supramencionado autor explica sobre a necessidade da mudança de mentalidade na questão do controle judicial dos atos discricionários:

Ao se traçar os limites da atividade discricionária, distinguindo-a da mera atividade interpretativa, pretende-se evitar os abusos que a Administração Pública comete, corrigindo os atos que, conquanto revistam aparência de legalidade por praticados sob o pálio da discricção, traduzem verdadeiro arbítrio. (CUNHA, 2012, p. 301).

Ainda segundo Cunha (2012), quando o ato discricionário não atingir o interesse da coletividade será passível de revisão e anulação via judicial com o intuito de combater a arbitrariedade (desvio de poder) do agente ou da própria administração pública.

No entendimento de Mello (2008) a análise do ato discricionário pelo Judiciário é um dever de tal Poder, visto que é a verdadeira vontade do Direito no caso concreto. Seria uma forma de averiguar a liberdade da administração pública e garantir que o princípio administrativo e constitucional da legalidade seja respeitado.

Apesar do atual apoio de parte da doutrina, Alexandre Mazza (2012) discorda com a posição da possibilidade de revisão judicial dos atos discricionários, pelo menos no que se refere ao mérito, já que para ele só a legalidade poderá ser apreciado pelas cortes.

Superado esse entendimento da impossibilidade da revisão dos atos discricionários por parte do Judiciário, é possível visualizar pelo menos três formas onde o controle jurisdicional poderá incidir: juridicidade, motivos determinantes e no desvio de poder.

O ato jurídico discricionário deve estar pautado naquilo que o ordenamento jurídico exige e aceita. Segundo Oliveira (2015) esse princípio da juridicidade entende que as regras que regem os atos administrativo não sejam baseados apenas e tão somente nas leis, mas sim no direito como um todo, incluindo aquilo que a Carta Política brasileira prevê. Assim a juridicidade amplia o escopo do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

No que se refere aos motivos determinantes, o Judiciário julgaria a validade do ato pautado nos motivos expostos pelo administrador e se faticamente existe a necessidade da expedição de tal ato. Conforme Oliveira (2015), naqueles atos que não necessitam de

motivação, a realidade deverá ser observada. Além disso, se houver mais de uma motivação, se um dos motivos for ilegítimo, mas não afete os demais, não acarretará nulidade do ato administrativo discricionário, já que não houve qualquer tipo de perda.

O desvio de finalidade ou desvio de poder permite o controle jurisdicional nos casos de descordo do ato administrativo discricionário com a finalidade da lei. “não se pode decidir com base em motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, já que isso caracterizaria desvio de finalidade e, conseqüentemente implicaria a nulidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário.” (CAMBI, 2016, p. 307).

A anulação do ato administrativo discricionário, quando o ato for eivado de vício que coloque em risco a moralidade administrativa, sem a necessidade de comprovação da ilegalidade pode ser requisitada por meio de ação popular que é regulamentada pela lei 4.717/65 e ganhou status constitucional na Lei Maior do Brasil em 1988, sendo encontrada no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal.

O controle jurisdicional dos atos discricionários é importante na preservação da independência e harmonia dos três poderes. Caso não houvesse esse tipo de controle, a administração pública (exercida precipuamente pelo Poder Executivo) poderia não somente perpetrar atos discricionários contra o princípio da juridicidade, contra motivos determinantes ou com desvio de finalidade e poder, mas também poderia concentrar poderes nas mãos de um só poder, órgão ou agente, como já foi observado na história outrora.

Os governos autoritários costumam fortalecer os poderes do poder executivo, reduzindo os do judiciário. Após a Revolução de 1964, no Brasil, pelo ato institucional 1, de 9 abril daquele ano, autorizou o ‘Comando Supremo da Revolução’ e, em seguida, o Presidente da República a demitir ou dispensar, ‘mediante investigação sumaria’, os titulares de garantias vitaliciedade e de estabilidade, limitando o controle judicial ‘ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade’(art.7º, e §4º). Ainda mais radical foi o art. 6º do Ato Institucional, de 05.02.1966, que proibiu a apreciação dos atos praticados com fundamento nele próprio e nos respectivos juízes, restringindo a independência do poder judiciário e submetendo-o à mera posição de instrumento do poder executivo, é uma tendência aos regimes totalitários. (CAMBI, 2016, p. 309).

Como vislumbrado no excerto anteriormente, atos serviram de escopo para o enfraquecimento do judiciário e fortalecimento do executivo. No atual ordenamento jurídico vigente, dificilmente será possível visualizar algo parecido com o que aconteceu após o golpe e durante a ditadura militar. Entretanto é necessário olhar o passado para não cometer equívocos similares no futuro.

Por outro lado é necessária a parcimônia do Poder Judiciário ao analisar as questões que envolvam a discricionariedade da administração pública, exercida pelo poder executivo, uma vez que extrapolados os limites na apreciação jurisdicional, poderá haver uma ditadura da toga.

Assim o magistrado ao apreciar o ato discricionário deve verificar a juridicidade do ato discricionário proferido pela administração, bem como a ocorrência de desvio de poder ou finalidade e os motivos que levaram a administração enunciar tal ato.

O mérito do ato discricionário também não é passível de controle judicial, entretanto os princípios da proporcionalidade e razoabilidade limitam a oportunidade e conveniência, devendo o ato estar de acordo com esses princípios.

Há também a necessidade de observância por parte do julgador se o agente e a administração pública (Poder Executivo) atuou dentro das balizas previstas não lei que permitiu a emissão do caso a ser analisado através da tutela jurisdicional do Estado.

Assim é obvio que o poder judiciário, a instancias da parte, deverá invalidar atos que incorram em vícios apontados, pois nestes casos não há realmente discricção mas vinculação, ou a descrição não se entende até onde se pretendeu que existia, já que – repita-se- discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto. Discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discricção em face de uma especifica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda a sorte, estará sempre restringidas aos limites que a situação vertente comporta. (MELLO, 2008, p. 431)

Estando o ato discricionário nos termos previsto na legislação, levando em consideração forma, finalidade e competência, o judiciário não teria como anular o ato administrativo discricionário, sob pena de estar perturbando a harmonia e a independência dos poderes.

CONCLUSÃO

A administração pública demonstra suas pretensões por meio de atos administrativos de forma unilateral, tendo como características: a presunção de legalidade, coercibilidade, auto executoriedade, exigibilidade e tipicidade. Os atos administrativos discricionários existem pelo fato da lei não prever todas as situações possíveis dando margem para o administrador atuar segundo a oportunidade e conveniência no caso concreto.

A lei que baliza atuação da administração pública nos atos discricionários é produzida pelo legislativo, enquanto a própria administração pública é exercida pelo executivo, restando, tipicamente, ao judiciário julgar conforme as leis.

Por muito tempo era considerado um dogma a possibilidade de o judiciário exercer um controle jurisdicional na discricionariedade da administração pública. Apesar de até em dias hodiernos existirem algumas vozes contrárias a apreciação judicial de atos discricionários, verificou-se durante este estudo, que a melhor doutrina acredita que na possibilidade desse controle judicial, principalmente no tocante a desvio poder e finalidade, no princípio da juridicidade e na motivação.

A tutela jurisdicional do Estado poderá ser invocada quando o houver a inobservância da própria lei que previu o ato discricionário e suas balizas e quando o ato não respeitar princípios gerais do Direito.

No que se refere a uma possível interferência de um poder sobre outro no controle judicial dos atos administrativos discricionários, tal hipóteses deve ser afastada. Na verdade, o controle judicial desses atos é saudável para a separação dos poderes, levando em consideração o sistema de freios e contra pesos que não permitem que um poder invada outros poderes ou haja uma concentração de poderes.

Discorrer acerca do poder judiciário atualmente implica, invariavelmente, em apontar o fenômeno do ativismo. Tal panorama é resultado de uma construção histórica permeada por trocas de centro de poder. A promulgação da Carta Constitucional de 1988 corroborou, e muito, para que o movimento ativista ganhasse força. Isso porque em seus preceitos se evidencia o ideal de efetivação de acesso à justiça, bem como se apresenta extenso rol de direitos fundamentais a serem implementados pelo Estado Democrático.

Por fim, é necessário ressaltar que o controle dos atos discricionários via judicial deve ser exercido com cautela e não sendo possível por parte do julgador apreciar o mérito administrativo em si, sobretudo nos atos que direcionam políticas públicas básicas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. vol. 242. 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial**, In: Fellet, André Fernandes; Paula, Daniel Giotti de; Novelino, Marcelo (orgs.). *As novas*

faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 11 nov.2017

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CANELA JUNIOR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTI, T. B. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v.1.

COSTA, Kerton Nascimento; LEHFELD, Lucas de Souza. A intervenção do poder judiciário na administração dos recursos destinados à garantia do direito coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 85. 2013, p. 1271 – 1293.

COSTA, V. A Separação de Poderes: De Montesquieu a Bruce Ackerman, Uma Mudança no Paradigma. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** . n. 93. p. 15 – 35. Out. – Dez. 2015.

CUNHA, L. J. C. da. Controle Judicial do Poder Discricionário. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 3, p. 291 – 308, Nov. 2012.

DA SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante. Democracia e Ativismo Judicial. **Revista de Direito Privado**, vol. 46. 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: Fellet, André Fernandes; Paula, Daniel Giotti de; Novelino, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E.; BURLE, C. R. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis: As Formas de Governo, A Federação, A Divisão dos Poderes**. Trad. Pedro Vieira Mota. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Forense, 2015.

RODRIGUES, M. T. M. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 11, p. 16 – 30, Abr. – Jun. 1995

ROMAN, F. J. O Controle da Discricionariedade da Administração pelo Princípio Constitucional da Proporcionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 67, p. 52 – 106, Abr. – Jun. 2009.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.