

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; José Sérgio Saraiva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-936-0

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I reuniu-se no VII Encontro Virtual do CONPEDI, que ocorreu de 24 a 29 de junho de 2024 no formato síncrono, com a temática "A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade".

Uma temática mais do que extremamente oportuna - na verdade, realmente necessária, em especial após o terrível período de isolamento social, com todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, do que decorre o relevo do debate da pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade, inclusive a partir de um novo olhar para a sustentabilidade e para os problemas advindos da exploração desenfreada dos recursos naturais no planeta - o que vem agora reforçado pelas catástrofes climáticas que tristemente assolaram o Rio Grande do Sul agora em maio de 2024. Há uma série de problemas e questões que esperam respostas e propostas de solução, a perpassar necessariamente pela discussão sobre a regulação e limites dos avanços da ciência e das inovações em prol da preservação da vida no planeta.

Neste contexto, o evento proporcionou aos participantes uma perspectiva multidimensional do Direito, capaz de incorporar os aspectos positivos da intensa revolução informacional de forma integrada com os objetivos do desenvolvimento sustentável, o que ficou também evidenciado a partir dos debates, trocas e contribuições dos participantes do nosso Grupo de Trabalho (GT), sendo que os artigos do GT Direito Administrativo e Gestão Pública I gravitaram em torno das seguintes temáticas:

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER-DEVER DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE
2. ATO ADMINISTRATIVO E CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE EM HARMONIA COM A INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES
3. CONVOCAÇÃO DE PRESIDENTES E DIRETORES DE AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER LEGISLATIVO — INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

4. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA E DA LITIGIOSIDADE EXCESSIVA.

5. QUALIFICANDO A LEGISLAÇÃO: A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA ADVOCACIA PÚBLICA NA ELABORAÇÃO DE NORMAS

6. CRIMES DE COLARINHO BRANCO: A IMPUNIBILIDADE E SELETIVIDADE NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

7. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ASPECTO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

8. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE REPRESSIVO NA DEFESA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS: A NOVA LEI 14.230/21 COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO BRASIL

9. DA UTILIZAÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO DE CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

10. DESAPROPRIAÇÃO “DE BAIXO PARA CIMA” DE BENS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

11. DESAPROPRIAÇÕES: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES NO DECRETO-LEI 3.365/41 PELAS LEIS 14.421/22, 14.620/23 E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

12. O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO SOB O VIÉS JUDICIAL, COM A OBSERVAÇÃO DE SUAS ESPECIFICIDADES PROCEDIMENTAIS

13. LICITAÇÕES ELETRÔNICAS - AVANÇOS TECNOLÓGICOS E DESAFIOS A SEREM SUPERADOS: UMA ANÁLISE DO SISTEMA CATMAT/CATSERV

14. A ANÁLISE SUBJETIVA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA PARA JULGAMENTO DE HABILITAÇÃO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS E O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

15. ATIVISMO CONTROLADOR: UM ESTUDO COMPARATIVO A PARTIR DO ACÓRDÃO Nº 1211/2021 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

16. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CASO DO GESTOR FALECIDO

17. LINDB - ART. 20 - VALORES, PRINCÍPIOS E REGRAS - O CONSEQUENCIALISMO NA DECISÃO DE ORIGEM ABSTRATA - A ACEITAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

18. POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO NO BRASIL: ESTUDO DE CASO DO PROGRAMA CONEXÃO DO FUTURO NO MUNICÍPIO DE SAQUAREMA-RJ.

19. DO DESCUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PELO MEC E PELO INEP NAS DENÚNCIAS CONTRA FACULDADES POR IRREGULARIDADES NO ENADE

20. PROTEÇÃO DE DADOS E SEU CONFLITO APARENTE NAS TROCAS DE INFORMAÇÕES ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS BRASILEIROS

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e autoras e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), Passo Fundo (RS) e Franca (SP), julho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. José Sérgio Saraiva – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no VII Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram

selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATO ADMINISTRATIVO E CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE EM HARMONIA COM A INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES

ADMINISTRATIVE ACT AND CONTROL OF DISCRETION IN HARMONY WITH THE INTERDEPENDENCE OF POWERS

Marcos Vinícius Tombini Munaro ¹

Valter Foletto Santin ²

Ilton Garcia Da Costa ³

Resumo

A Constituição Federal de 1988 apresenta em seu art. 2º a independência e a harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A par disso estuda-se a possibilidade de controle judicial dos atos discricionários na atividade administrativa, com vistas a melhor efetivar a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito. Com o avanço da constitucionalização do direito administrativo e com a maior judicialização da política, passou-se a admitir a interferência judicial na escolha realizada pelo gestor público, desde que seja com o objetivo de fazer respeitar a Constituição e as demais previsões do Direito, em sentido amplo. Mas, embora se aceite tal possibilidade, não se admite a completa substituição do ato administrativo por um juízo de valor, ou seja, nas situações de interferência no ato administrativo, esta é admitida apenas no aspecto jurídico, desde que seja para evitar restrições indevidas nos direitos dos administrados, quando há desarmonia com as demais previsões do sistema jurídico. Portanto, passou-se a permitir uma maior efetivação dos direitos e garantias fundamentais na relação: Administração Pública versus indivíduo, permitindo ao Judiciário rever atos administrativos desproporcionais, desarrazoados, ou incongruentes, não sendo mais admissível acobertar atividades de agentes públicos contrárias ao direito fundamental da boa administração. A pesquisa utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica, em livros e revistas especializadas, eletrônica, em material disponível no ambiente virtual, e documental, em legislação, em livros, revistas e periódicos.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Processo Civil e Cidadania – UNIPAR. Advogado. Procurador Legislativo. Professor do Centro Universitário Assis Gurgacz-FAG

² Professor do Mestrado e Doutorado da UENP (Jacarezinho-PR, Brasil). Doutor em Direito USP-SP. PósDoutor (Coimbra, Portugal). Líder do GP Políticas públicas e direitos sociais. Procurador de Justiça (SP). Email: santin@uenp.edu.br

³ Doutor e Mestre em Direito PUC-SP, Mestre em Administração, Matemático, Advogado, Líder do Grupo de Pesquisa GpCERTOS, Professor no Doutorado e Mestrado da UENP. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br

Palavras-chave: Atos administrativos, Discricionariiedade, Controle judicial, Harmonia dos poderes, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Federal Constitution presents in its art. 2nd independence and harmony between the Legislative, Executive and Judiciary powers. In addition, the possibility of judicial control of discretionary acts in administrative activity is studied, with a view to better implementing the Federal Constitution and the Democratic Rule of Law. With the advancement of the constitutionalization of administrative law and the greater judicialization of politics, judicial interference in the choice made by the public manager began to be admitted, as long as it is with the objective of ensuring respect for the Constitution and other provisions of the Law, in broad sense. However, although this possibility is accepted, the complete replacement of the administrative act by a value judgment is not permitted, that is, in situations of interference in the administrative act, this is permitted only in the legal aspect, as long as it is to avoid undue restrictions on rights of those administered, when there is disharmony with the other provisions of the legal system. Therefore, it began to allow greater enforcement of fundamental rights and guarantees in the relationship: Public Administration versus individual, allowing the Judiciary to review disproportionate, unreasonable, or incongruous administrative acts, making it no longer permissible to cover up activities of public agents contrary to the fundamental right of good administration. The article uses the logical-deductive, explanatory method of approach, and has practical support through decisions from the top of the Judiciary. Furthermore, it is supported by bibliographical research in books, magazines and periodicals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative acts, Discretion, Judicial control, Harmony of powers, Limits

1. INTRODUÇÃO

O principal objetivo desta pesquisa é investigar a possibilidade e os limites do controle judicial dos atos discricionários do administrador público, considerando a sua atuação tanto no exercício típico quanto no atípico dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Busca-se aprofundar a compreensão sobre a discricionariedade do gestor público, destacando que embora haja uma margem de liberdade em sua atuação, esta deve sempre respeitar os preceitos legais e constitucionais que regem a Administração Pública. Além disso, são feitas análises práticas das deliberações judiciais, especialmente aquelas provenientes do Superior Tribunal de Justiça, as quais revelam uma mudança de paradigma ao permitir a intervenção em atos discricionários anteriormente considerados de livre escolha do gestor, agora sujeitos a controle judicial. Essa intervenção visa priorizar o fomento de direitos fundamentais essenciais, como saúde e educação, em detrimento de outras áreas, buscando assegurar uma melhor qualidade de vida mínima para a população e garantir o direito à boa administração.

O método utilizado na abordagem é o hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica, em livros e revistas especializadas, eletrônica, em material disponível no ambiente virtual, e documental, em legislação, em livros, revistas e periódicos.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS: VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 368) conceitua ato administrativo como sendo a declaração do Estado ou quem lhe faça as vezes, na qual se exercem prerrogativas públicas complementando a vontade da lei, com vistas a lhe dar cumprimento, porém sujeitam-se a controle de legitimidade dos órgãos judiciais.

Ato vinculado é aquele que o conteúdo se encontra previamente contido na lei, não existindo margem de liberdade para o gestor público, sendo ele um mero executor da vontade legal, desde que a situação fática ou jurídica se amolde à previsão esculpida na norma, deve o administrador aplicá-la, sem exercer margem de liberdade e sem juízo de conveniência e oportunidade (BALESTERO, 2016, p. 576-577). No ato vinculado só existe uma única escolha ao agente público: aplicar o que lei objetivamente determina aplicar, sem dúvidas ou

controvérsias na concretização, aqui predomina as especificações legais em detrimento dos elementos livres de escolha (FRANÇA, 2000, p. 101).

Ao contrário, os atos discricionários são aqueles na qual a legislação autoriza o agente público a exercer a escolha da solução, para melhor satisfação do interesse público, ou seja, dentre as inúmeras alternativas, se escolhe a mais adequada na realização da finalidade pública (BALESTERO, 2016, p. 576-577). A discricionariedade existe subordinada ao respeito mínimo de juridicidade e interesse público, o juízo subjetivo do agente público é parcial e não total (FRANÇA, 2000, p. 101).

3. SEPARAÇÃO, INTERDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) apresenta em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, ou seja, nos apresenta um diálogo institucional dos poderes da República.

O fato de existir a divisão estatal em três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), não gera óbice para a apreciação judicial dos atos administrativos, tendo em vista que o mais adequado é a divisão de funções entre órgãos da administração pública, objetivando o melhor desempenho das atividades estatais, mormente porque os controles recíprocos são intrínsecos da própria atividade estatal. Os poderes são unos, só há uma divisão de atribuições (SANTIN, 2013, p. 138).

É a partir da interdependência orgânica dos poderes que se compõe as páginas do moderno constitucionalismo. Com a concretização da ideia de Constituição e plenitude das práticas e das instituições políticas, encontram os poderes a garantia do equilíbrio necessário ao diálogo, a separação dos poderes é desenvolvida como marco do constitucionalismo, sendo um mero valor pragmático das funções estatais. Na atualidade impera a permeabilidade dos três poderes de maneira que não há uma distinção rigorosa do Executivo, Legislativo e Judiciário (CHEVITARESE, 2015, p. 511)

O controle dos atos realizados pelo Poder Executivo e Legislativo por meio de ações judiciais é essencial para corrigir violações aos princípios fundamentais e proteger direitos. O Poder Judiciário desempenha um papel crucial nesse cenário, agindo como um mediador importante para corrigir excessos e arbitrariedades cometidos pelo poder público, sem que isso configure uma violação à separação de poderes. Essa função do Judiciário é compatível com o

sistema democrático, pois permite o controle das atividades dos poderes Legislativo e Executivo, garantindo a inafastabilidade da análise judicial em casos que envolvem direitos fundamentais, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (SALVADOR, SANTIN e COSTA, 2023, p. 9).

Logo, a atuação do Judiciário no controle dos atos administrativos é legitimada por meio da primazia do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF/88) e por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição, na qual a função jurisdicional é o instrumento para combater lesão ou ameaça a direito (SANTIN, 2013, p. 138).

4. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal aponta que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Portanto, o texto constitucional não deixa dúvidas sobre a possibilidade de existir controle jurisdicional sobre os atos da administração, sendo inegável ser admissível a resolução destes conflitos pelo Judiciário, como mecanismo fomentador do acesso à justiça. O ponto gerador de inquietações é qual conteúdo pode ser objeto de apreciação judicial e quais seria, os limites para estas interferências (COSTA e SANTOS, 2021, p. 323).

A discricionariedade é liberdade de ação sujeita aos limites do direito e não apenas aos limites da lei. Há de ser observado o princípio da legalidade de forma ampla, afastando a interpretação estrita, concebida pelo positivismo jurídico. Quanto mais abrangente o princípio da legalidade, atingindo o Direito como um todo, mais próximos estaremos do Estado de Direito propriamente dito (DI PIETRO, 2020, p. 168).

O controle jurisdicional do ato administrativo limitado a legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do mérito (motivo e objeto) é ponto não mais aplicável. Hodiernamente não só os princípios constitucionais gerais, como também os específicos (eficiência, moralidade e sobretudo a razoabilidade-proporcionalidade legitimam a atuação judicial controlar a discricionariedade administrativa, desde que com contenção e prudência (BARROSO, 2020, p. 362).

Em idêntico sentido, Eduardo Cambi (2021, p. 322) confirma que a discricionariedade administrativa tradicional de que os juízes se limitavam à análise de legalidade do ato administrativo (competência, finalidade e forma) é página superada, autorizando-se o controle

judicial do motivo e do objeto. A discricionariedade administrativa deve ser relativa, a liberdade conferida ao administrador somente pode ser exercida na exata obediência da extensão, medidas e modalidades necessárias para a busca das finalidades constitucionais.

Inexistem atos administrativos que sejam blindados à rede de princípios e direitos fundamentais, sob pena de cometimento de falácia relativista ou entropia antijurídica, posto que a invalidação ou anulação dos atos administrativos pode ser realizada tanto pela Administração, como pelo Judiciário, ao passo que a revogação é atribuição exclusiva da Administração Pública (FREITAS, 2013, p. 385).

Ainda que sejam utilizadas expressões abertas ou genéricas, a exemplo de: notável saber, pobreza, situação urgente, reputação ilibada, entre outras, o agente público vincula-se aos campos de certeza positiva ou negativa, sendo defeso atribuir entendimento arbitrário, desarrazoado, discrepante do senso comum ou incongruente com a situação fática, temporal ou espacial. Não basta mais apenas o respeito aos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, impondo-se um plus que é o respeito aos direitos fundamentais. Em síntese, o juízo de conveniência e oportunidade, atributo essencial dos atos administrativos discricionários, necessita ser enraizado na observância dos direitos fundamentais (CAMBI, 2021, p. 322-325).

Passou-se a denominar princípio da sindicabilidade a possibilidade do Judiciário controlar a legitimidade dos atos administrativos praticados pelo gestor público (MAZZA, 2012, p. 123), ou princípio da constitucionalidade permitir este controle em respeito às normas constitucionalmente estabelecidas (CARVALHO, 2008, p. 52). Essa intervenção direta ou indireta, também é denominada de judicialização das políticas públicas, porque o Judiciário não está invadindo a esfera de outros Poderes ou a discricionariedade, mas apenas exercendo o seu papel de intérprete da Constituição, para garantir “o núcleo essencial direitos fundamentais ou o mínimo existencial indispensável para a dignidade da pessoa humana” (DI PIETRO, 2020, p. 1696).

A autoridade administrativa não desfruta de liberdade irrestrita para escolher ou deixar de escolher, porque todos estes atos, negativa ou mediatamente, são judicialmente controláveis, inclusive admite-se até o combate judicial das condutas omissivas. Toda atuação administrativa, vinculada ou discricionária, só é legitimada se respeitar o conjunto de princípios constitucionais, em especial o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz (FREITAS, 2013, p. 396-397).

Juarez Freitas (2013, p. 397) aponta que nas relações administrativas há de imperar o direito fundamental da boa administração pública, gerando maior aprofundamento da sindicabilidade dos atos administrativos, o ato precisa estar harmonizado não apenas com as regras do sistema e sim alinhado com o complexo sistema de princípios constitucionais.

Ora, esvaziaria o próprio sistema admitir que a discricionariedade administrativa, nas questões jurídicas, pudesse ser apreciada por parâmetros extrajurídicos, sem vinculação à Constituição e aos processos democráticos. No Estado Constitucional, os poderes são limitados e vinculados à Constituição Federal de 1988, não só em relação a forma e procedimento dos atos, como também em seu conteúdo. A única forma de admissão da discricionariedade administrativa seria em questões não jurídicas, a exemplo da definição do nome de uma rua, sendo plenamente possível o controle meritório do Judiciário sobre questão jurídica (CORNETTA, 2014, p. 247).

A Administração Pública paritária (par a par com o cidadão) nasce da nova posição constitucional, passando a ter maior subordinação à Constituição e ao ordenamento infraconstitucional, melhor integração dos particulares com a Magna Carta e com o ordenamento do Estado via reconhecimento dos direitos fundamentais oponíveis contra o gestor público. A Administração passa a ser limitada pelos direitos e garantias fundamentais, figurando em igualdade com os cidadãos, lembrando que os direitos fundamentais pertencem aos particulares, permitindo a sua oponibilidade contra os particulares ou contra os órgãos públicos (CORNETTA, 2014, p. 247-248).

Sob este manto infere-se que o Poder Judiciário desempenha o papel de intermediário entre a sociedade e a Administração Pública, sendo sua intervenção uma medida para corrigir omissões, ineficiências, ilegalidades e inconstitucionalidades nos atos administrativos. Essa intervenção não deve ser vista como algo negativo, pois é crucial para garantir os direitos dos cidadãos. A escolha do administrador tem impacto significativo em diversos direitos da sociedade, e muitas vezes, em nome da discricionariedade, tais direitos acabam sendo negados à população (SALVADOR, SANTIN e COSTA, 2023, p. 16).

5. COMO OS JULGADORES DEVEM AGIR COM A DISCRICIONARIEDADE?

Ao se deparar com escolhas discricionárias da Administração Pública, como devem agir os julgadores?

Primeiramente, devem decidir, não podem se furtar da análise meritória, por superação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito. Em segundo lugar, a aplicação pura dos princípios inseridos no direito administrativo, explícita ou implicitamente, não resolve a obrigação de exercer jurídica, sendo os princípios um dos inúmeros quesitos a qual necessitam serem analisados. Após, o julgador necessita realizar a aplicação dos testes de legalidade, para decidir por manter ou anular a decisão administrativa, entendo que os mesmos critérios usados para o gestor público realizar as escolhas discricionárias à legalidade devem servir para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (PEREZ, 2018, p. 326-327).

Noutro giro, devemos repensar o papel do Poder Judiciário, com vistas a defender o seu papel transformador, o Estado precisa deixar de ser o ordenador e promovedor, para assumir uma função de transformação social, até porque não é mera retórica que a Constituição Federal tenha inserido em seu artigo 3º o objetivo de erradicar a pobreza e para tanto necessita-se da plena efetivação das políticas públicas. Não será a iniciativa privada que irá realizar a redistribuição da renda e incentivar a redução das desigualdades sociais, mas sim o Estado, em seu modelo Constitucional de Direito, devemos deixar de lado as desconfianças estatais e partir para a ideia de que o Estado pode e deve ser o fomentador do cumprimento dos direitos fundamentais (STRECK, 2017, p. 234).

O Estado deve ser prestador de serviços públicos com ampla eficiência, qualidade e respeito aos requisitos legais, em especial obedecendo a cortesia, objetivando atingir as finalidades públicas em favor do povo e do cidadão, como forma de contrapartida pela arrecadação compulsória dos tributos. Inclusive, o serviço público é tão importante que deve ser considerado mais um direito humano ou fundamental, na busca de uma ampliação da qualidade de vida da população, um padrão mínimo. Inserir o serviço público como direito humano ou fundamental é política de ação afirmativa, na qual busca reduzir as desigualdades sociais e melhorar a qualidade e efetivação dos direitos sociais e do mínimo existencial (SANTIN, 2019, p. 147).

Devemos apostar nas ideias que permitam a plena satisfação da riqueza humana, entendida como o desenvolvimento da capacidade e possibilidade de condições que permitam a satisfação, pois não são todas as teorias e direitos que desenvolvem os seres humanos. Lutemos por teorias e direitos que recorram ao homem concreto, desenvolvendo a riqueza humana e sonhando com conteúdos matérias de aprofundamento participativo e decisório de democracia,

porque a consolidação da democracia ocorre com mais democracia (HERRERA FLORES, 2009, p. 194-195)

A constitucionalização do Direito trouxe reflexos imensuráveis na administração pública, em especial lastreando a conduta administrativa do gestor, positivando princípios norteadores da administração pública, trazendo um extenso rol de direitos fundamentais a qual necessitam ser observados, impedindo o abuso Estatal em face dos indivíduos. A mera ideia de que a Administração Pública deve respeitar ao princípio da legalidade merece uma releitura e ampliação para também que devem ser respeitadas as regras e princípios constitucionais denominados juridicidade (PELISSER, 2017, p. 18).

Assim, o ato administrativo realizado pela administração pública é passível de ter sua discricionariedade controlada pelo Poder Judiciário, anulando-o, se necessário, para fazer com que a atuação do gestor seja pautada no respeito à Constituição Federal, principalmente aos direitos fundamentais. A análise baseada em conveniência e oportunidade pertence apenas ao administrador, ou seja, o Judiciário não poderia realizar a escolha, sob pena de contaminar a função fiscalizatória do ente judicial (DESTRO, 2018, p. 61).

Contudo, se nota que houve evidente superação, em relação à impossibilidade do Judiciário intervir nos aspectos de escolha do ato administrativo discricionário, vez que cada vez mais o Judiciário tem procurado intervir neste aspecto.

Diante da falta de políticas públicas eficazes ou ante a existência de violação de direitos fundamentais por políticas públicas inapropriadas ou ineficientes, inegável a real necessidade de aceitar a interferência judicial, ainda que em caráter complementar, objetivando sanar a falha, com vistas a efetivar o direito da boa administração (COSTA e SANTOS, 2021, p. 325).

O direito fundamental à boa administração encontra respaldo constitucional, estando associado à prestação eficiente dos serviços públicos em conformidade com seus requisitos e princípios. A ineficiência na prestação desses serviços compromete esse direito essencial do cidadão. Para que o serviço público atenda ao direito fundamental à boa administração, é necessário que observe seus requisitos e os princípios da Administração Pública, adotando medidas como transparência, desburocratização, disponibilização de informações compreensíveis, integração entre instituições, simplificação e eliminação de formalidades desnecessárias nos procedimentos, facilitação do acesso, interoperabilidade entre prestadores e instituições, respeito às pessoas com limitações, promoção da tecnologia e inovação, buscando sempre o melhor resultado com custo adequado (LOUREIRO, SANTIN e COSTA, 2022, p. 693).

Portanto, se mostra possível apontar que o controle judicial em face das políticas públicas é legitimado nos seguintes casos: 1) provocação da tutela jurisdicional, em casos de negligência ou ineficiência da Administração Pública; 2) má gestão ou gestão ineficiente; 3) solicitação do Ministério Público para consagrar direitos difusos e coletivos; 4) dar eficácia aos direitos fundamentais, tendo em vista, sob uma análise extensiva, ser atribuíção judicial a função de guardião do sistema democrático (COSTA e SANTOS, 2021, p. 326-327).

6. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE COMO MECANISMO DE CONTROLE

A razoabilidade e a proporcionalidade não estão positivadas expressamente na Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas de acordo com Eduardo Cambi (2021, p. 585) estes postulados encontram fundamento no artigo 5º, LIV, da Magna Carta, ao prever a garantia do devido processo legal em seu sentido substancial (*substantive due process of law*). Entretanto, se encontram inseridas na Lei Federal nº 9.784 de 9 de janeiro de 1999, ao dispor no artigo 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

O postulado da proporcionalidade é mais amplo do que o da razoabilidade, sendo possível a diferenciação da razoabilidade e da proporcionalidade em decorrência da sua origem e estrutura. A razoabilidade surge da experiência jurídica norte-americana, amparada no devido processo em sentido substancial, ao passo que a proporcionalidade deriva da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. A proporcionalidade consiste em estrutura formal de conteúdo neutro e possui estrutura racionalmente definida em três elementos principais e independentes: adequação, necessidade e proporcionalidade, enquanto a razoabilidade exige condições materiais para aplicação individual da justiça, observando situações pessoais e individuais antes de verificar as consequências normativas (CAMBI, 2021, p. 581).

Sob esta ótica, a proporcionalidade abre mais espaço para incorporar qualquer conflito em um procedimento aberto, enquanto de outro lado serve para fechar as portas do subjetivismo nas decisões judiciais, pois utiliza procedimento que faz o julgador expor sua argumentação em uma rede de etapas, na qual se espera uma pertinente fundamentação para superar os subtestes (BUENO, 2015, p. 81).

Admite-se que há doutrina que objetiva diferenciar proporcionalidade da razoabilidade, mas devemos ter em mente que são conceitos próximos para serem intercambiáveis, tendo em vista ambos abrigarem os mesmos valores subjacentes de justiça, racionalidade, adequação, senso comum e afastamento dos atos arbitrários (BARROSO, 2020, p. 250-251).

De mais a mais, foi conferido ao ao Judiciário, bem como aos demais órgãos de controle, a possibilidade de controlar e examinar aspectos antes vedados ao Poder Judiciário, tais como a proporcionalidade, a razoabilidade, a segurança jurídica, entre outros princípios inseridos no ordenamento jurídico, utilizados para controlar os atos administrativos, mormente após a constitucionalização dos princípios da Administração Pública. Esse movimento só reforça a máxima da Administração Pública dever respeito não só à lei, mas ao Direito (DI PIETRO, 2020, p. 115).

A discricionariedade indica a competência para determinar, dentro do universo de possibilidades jurídicas adequadas e compatíveis com a ordem jurídica, aquela mais adequada e necessária para ser aplicada ao caso concreto, sendo este tipo de atuação a preponderante na maior parte dos atos realizados pelo gestor no desempenho da função administrativa (MARÇAL, 2016, p. 261).

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade permitem ao Judiciário invalidar atos administrativos e legislativos quando: a) não são adequados os instrumentos empregados e os fins perseguidos; b) a medida é desnecessária, existindo meios alternativos com ônus melhor (vedação do excesso); c) desproporcionalidade em sentido estrito (o que se perde com a medida é maior do que os ganhos). O Judiciário não pode escolher as melhores políticas, mas pode bloquear as manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional (BARROSO, 2020, p. 253-254).

Assim, se nota grande importância dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, pois podem ser utilizados separadamente, como ocorre na Alemanha e nos Estados Unidos da América, ou usados em conjunto, como já acontece no Canadá. O cerne é que geram ganhos ao serem ligados com outras estruturas racionais e justificadoras desenvolvidas na teoria da argumentação, apresentando grandes avanços, em especial para a cultura da justificação no âmbito processual (BUENO, 2015, p. 120).

7. CASOS PRÁTICOS DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

No ano de 2022, o Ministro Humberto Martins, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão monocrática na demanda de suspensão de liminar e de sentença nº 3099/MA, suspendendo os efeitos de decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão que havia autorizado a realização de um show do cantor Wesley Safadão em 24/4/2022, no Município de Vitória do Mearim, com custo superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), adotando, em síntese, a seguinte fundamentação:

Nesse equilíbrio entre os elementos fáticos trazidos, o dispêndio da quantia sinalizada com um show artístico de pouco mais de uma hora, em município de pouco mais de trinta mil habitantes, justifica a precaução cautelar do juiz de primeiro grau, prolator da decisão inicial que suspendeu a realização do show logo no início do mês de abril.

E partindo-se dessa premissa, a esta altura, na véspera da data marcada, depois de mais de dez dias com a situação fática de que o show não se realizaria, realmente não se justifica a concessão da autorização sem que haja plena demonstração de que a realização do ato não prejudica demandas de saúde e escolares no município, que estão sendo questionadas judicialmente. Neste ponto, reside, no caso específico dos autos, a constatação de que há lesão à ordem pública e à econômica administrativas, a recomendar a concessão da suspensão pretendida.

Ante o exposto, defiro a suspensão dos efeitos da decisão do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no Agravo de Instrumento n. 0807821-03.2022.8.10.0000, restabelecendo a decisão do juiz de primeiro grau na Ação Civil Pública n. 0800283-36.2022.8.10.0140 na Comarca de Vitória do Mearim, até o trânsito em julgado do processo principal (BRASIL, 2022 a).

De igual modo, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Humberto Martins, suspendeu a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA) que havia liberado a realização dos shows previstos na “Festa da Banana”, no município de Teolândia, incluindo uma apresentação do cantor Gustavo Lima. Com a decisão do Ministro, em sede de pedido de suspensão de liminar nº 3123, foi deferido o pedido de “suspensão dos efeitos da decisão do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no Agravo de Instrumento n. 8022716-98.2022.8.05.0000, restabelecendo a decisão do juiz de primeiro grau na Ação Civil Pública n. 8000490-47.2022.8.05.0276”, para o fim de fazer voltar a valer a suspensão dos shows, que havia sido determinada por um juiz de primeira instância, atendendo a um pedido do Ministério Público (BRASIL, 2022 b).

Inclusive, em análise aos argumentos utilizados pelo juízo de primeiro grau, posteriormente confirmados pela instância superior, quanto à situação emergencial vivida pelo município de Teolândia, Bahia, o julgador pontuou:

Assim, tem-se que mesmo atos discricionários, como a alocação de receitas do ente federativo nas diversas necessidades experimentadas pela comunidade, demandam obediência a parâmetros mínimos a respaldar a sua vinculação aos princípios reinantes no ordenamento jurídico pátrio. [...] Verifico, em passant, que os gastos com o festejo se equivalem aos recursos públicos transferidos para o Município, pelo Poder Público Federal, a fim de viabilizar a reestruturação de toda uma comunidade que ainda experimenta as mazelas da catástrofe que acometeu a localidade no final de 2021. Tanto o é que o decreto que declarou a situação de emergência encontra-se em vigor, não tendo sido revogado por ato administrativo posterior. Se é verdade que o lazer é direito de todos e que deve ser assegurado e fomentado, principalmente em datas quando tradicionalmente a comunidade se reúne para comemorações, se impõe também observar que os gastos devem guardar correlação com a realidade financeira e orçamentária da cidade sob pena de se relegar todos os outros direitos à inefetividade completa (BRASIL, 2022 b).

O Ministro Humberto Martins, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, igualmente proferiu outra decisão monocrática na demanda de suspensão de liminar e de sentença nº 3131/GO, confirmado a concessão de liminar de tutela provisória de urgência cautelar, em caráter antecedente, deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na qual acolheu pedido do Ministério Público, para suspender eventos festivos e artísticos no Município de Cachoeira Alta, Estado de Goiás, na qual objetivam gastar R\$ 1.594.510,00 (um milhão quinhentos e noventa e quatro mil, quinhentos e dez reais), em um município pequeno, com cerca de 12.843 habitantes, na qual enfrentava deficiências de várias ordens, inclusive na saúde e educação (BRASIL, 2022 c).

Entre os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, para negar ao Município de Cachoeira Alta – Estado de Goiás, pequeno município do interior goiano com população estimada de 12.843 pessoas, segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a efetivação de gastos tão elevados para a contratação de eventos artísticos, se encontrava a falta de razoabilidade do gestor público, em especial porque:

A falta de razoabilidade na priorização de gastos excessivos com eventos artísticos, em detrimento da resolução de sérios problemas que assolam a população da Cachoeira Alta, como a ausência de rede coletora de esgoto e de estação de tratamento, objeto de ação judicial em tramitação desde 2014 (autos judiciais n. 0154752-53.2014.8.09.0020); a ausência de obras de infraestrutura essenciais de urbanismo em loteamentos no Município, objeto de acompanhamento extrajudicial pelo Ministério Público desde 2015 (autos extrajudiciais n. 201500277113, 201500287168, 201500287126 e 201600265601); e a necessidade de aquisição de materiais e insumos para o pleno funcionamento da Casa Lar do Município (Ofício CREAS n. 93/2022), entre outras (BRASIL, 2022 c).

O ponto em comum em relação aos julgados proferidos nas ações de suspensão de liminar e de sentença nº 3099 (MA), nº 3123 (BA) e nº 3131/GO, foi a falta de proporcionalidade

e razoabilidade entre as condições financeiras dos municípios, suas prioridades em termos de serviços públicos e os gastos despendidos com os eventos festivos e, ainda que se considere muito relevante a realização de eventos culturais pelo País, não se deve privilegiar o direito à cultura em detrimento de outros direitos fundamentais mais essenciais, como saúde e educação.

Em que pese as decisões exemplificativas acima destacadas terem sido proferidas em caráter monocrático, estas foram apresentadas para reforçar casos práticos cotidianos envolvendo shows e eventos de grande vulto realizado de forma indevida por pequenos municípios que não cumprem com a plena efetivação dos outros direitos sociais mínimos, como saúde e educação. De mais a mais, o inteiro teor das citadas deliberações é coerente ao ratificar o posicionamento existente há longa data nas turmas do STJ (Superior Tribunal de Justiça), no sentido de que a discricionariedade da administração pública não é absoluta e que os desvios podem ser objeto de controle do Poder Judiciário, porque a este cabe exercer o controle de sua legalidade, dos motivos e da finalidade dos atos administrativos. Isto se confirma de julgados colegiados com marcos temporais anteriores:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSUBSTANCIADA NO DESLOCAMENTO DE DELEGADOS E SERVIDORES PARA ATENDIMENTO AO PLANTÃO DE 24 HORAS EM DELEGACIA DE MENORES INFRATORES. CORTE DE ORIGEM QUE INTERPRETOU SER INDEVIDA A MEDIDA POR SUPOSTA INFRINGÊNCIA AO REGULAR EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA LEI 8.069/90 (ECA) E DAS REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. CONTROLE DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PROVIDO (BRASL, 2014).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA □ OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (BRASIL, 2003).

Assim, observa-se que constantemente o Superior Tribunal de Justiça vem reafirmando que a discricionariedade administrativa não é imune e pode ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, em especial nas situações que impliquem restrições de direitos dos

administrados, cumprindo ao órgão julgador reapreciar os aspectos vinculados do ato administrativo, a exemplo da competência, forma, finalidade, bem como a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (BRASIL, 2021).

No Agravo em Recurso Especial nº 1806617/DF, julgado em 01/06/2021, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou um caso de eliminação de um candidato reprovado na fase de investigação social em concurso da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) por ter admitido o uso de drogas oito anos antes do certame, o colegiado determinou a reintegração do candidato ao concurso, justificando, entre outras razões, o fato de ele já exercer um cargo no serviço público; o longo período desde que teve contato com entorpecentes e a sua aprovação na investigação social em outro concurso para a carreira cial, no Maranhão. Assim, por unanimidade, se conheceu do recurso de agravo para dar provimento, acolhendo integralmente o voto do Ministro Relator Og Fernandes, com os seguintes fundamentos relevantes da ementa:

1. A jurisprudência do STJ sedimentou o entendimento de que, tratando-se da fase de investigação social para cargos sensíveis, como são os da área policial, a análise realizada pela autoridade administrativa não deve se restringir à constatação de condenações penais transitadas em julgado, englobando o exame de outros aspectos relacionados à conduta moral e social do candidato, a fim de verificar sua adequação ao cargo pretendido.
2. A discricionariedade administrativa não se encontra imune ao controle judicial, mormente diante da prática de atos que impliquem restrições de direitos dos administrados, como se afigura a eliminação de um candidato a concurso público, cumprindo ao órgão julgador reapreciar os aspectos vinculados do ato administrativo, a exemplo da competência, forma, finalidade, bem como a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
3. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar casos envolvendo a eliminação de candidatos na fase de investigação social de certame público para as carreiras policiais, já teve a oportunidade de consignar que a sindicância de vida pregressa dos candidatos a concursos públicos deve estar jungida pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (BRASIL, 2021).

De acordo com o Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, em decorrência da constitucionalização do direito administrativo e maior evolução do estado de direito, passou-se a admitir que o Poder Judiciário possa se imiscuir na análise meritória do ato administrativo, analisando o aspecto jurídico, e para que seja respeitada a legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e previsões constitucionais (BRASIL, 2015).

Sob este viés, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.903/DF (BRASIL, 2015), oriundo do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se por negar provimento ao recurso para manter o entendimento do Tribunal de Justiça originário na qual reformou sentença que

ingressou no mérito do ato administrativo, vez que o juiz não examinou a vulneração dos requisitos do ato (competência, finalidade, forma, objeto e motivação), mas sim realizou a completa substituição do ato por um juízo valorativo.

Sobre a temática, o acórdão supra, objeto de julgamento, apresentou o seguinte ponto relevante:

No caso sub judice, constata-se claramente que o magistrado adentrou o mérito do ato administrativo produzido pelo CADE, sem nenhuma justificação de infringência aos ditames da lei ou às normas constitucionais. A fundamentação produzida na sentença para anular a decisão administrativa foi de que a mera pressão e o lobby exercido perante as autoridades públicas não configuram infração à ordem econômica.

Depreende-se que a análise perpetrada pelo juiz sobre o mérito do ato administrativo não foi jurídica, mas, pelo contrário, casuística, uma verdadeira aventura jurídica, pois não compreendeu os relevantes fatos e provas produzidos pelo CADE, onde ficou evidenciada a formação de Cartel entre as empresas e o cometimento de infração à ordem econômica.

Ao contrário do disposto na sentença, o maior prejudicado com a formação do Cartel e o alijamento da livre concorrência no mercado de consumo é o consumidor. Este fica impedido de procurar o melhor preço, tendo que se sujeitar ao valor imposto por aqueles que dominam o mercado de combustíveis no Distrito Federal.

O Supremo Tribunal Federal também caminha de igual forma, por longo período, reiterando a permissibilidade de controle dos atos administrativos, na seara da legalidade, sem que tal situação configure afronta aos artigos 2º e 37 da Constituição. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo nº 718.343 / RS, a Primeira Turma admitiu a interferência judicial na atividade de polícia da Comarca de Cacequi, por ser deficiente, apontando não consistir a discricionariedade do administrador em realizar ou não, serviço público essencial, como é o de segurança, tampouco significa realizá-lo, ou não, com eficiência mínima. A discricionariedade do administrador significa, sim, escolher os meios que melhor atendam à finalidade legal (BRASIL, 2013).

A Corte Suprema reafirmou, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.020.052 – RJ, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, a viabilidade da intervenção judicial em atos administrativos ilegais ou abusivos, quando provocada, em casos de ilegalidade e abuso de poder, visando o respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Alertou ser crucial a devida fundamentação dos atos discricionários pelo gestor, pois a ausência resultará na nulidade do ato (BRASIL, 2017).

Portanto, a suposta usurpação do Poder Judiciário pode ser considerada indispensável para cumprir a Constituição e torna-la mais efetiva na defesa dos direitos fundamentais, reprimindo eventuais agressões. Na esfera jurisdicional muitos valores substantivos da

democracia e o respeito aos princípios republicados podem ser melhor identificados, adequados e equilibrados (CHEVITARESE, 2015, p. 514).

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que a impossibilidade de controle judicial dos atos administrativos foi claramente superada, evidenciando-se a possibilidade e legitimidade do Poder Judiciário em interferir de forma meritória nos atos administrativos. As recentes deliberações judiciais que intervêm na discricionariedade dos atos administrativos representam uma clara ruptura de paradigma, uma vez que no passado o entendimento predominante era de que o Judiciário poderia apenas analisar os aspectos formais, não sendo permitida a anulação de atos de gestores que escolhiam gastar a maior parte do orçamento em uma opção em detrimento de outra.

Com o avanço da constitucionalização do direito administrativo e com a maior judicialização da política, passou-se a admitir a interferência judicial na escolha realizada pelo gestor público, desde que seja com o objetivo de fazer respeitar a Constituição e as demais previsões do Direito, em sentido amplo. Mas, embora se aceite tal possibilidade, não se admite que o julgador realize a completa substituição do ato administrativo por um juízo de valor, ou seja, nas situações de interferência no ato administrativo, esta é admitida apenas no aspecto jurídico, desde que seja para evitar restrições indevidas nos direitos dos administrados, quando há desarmonia com as demais previsões do sistema jurídico.

A discricionariedade administrativa não é um cheque em branco na qual permite ao gestor público realizar todo e qualquer ato, vez que este deve respeitar não só a legalidade, como todo o arcabouço constitucional, não sendo crível, por exemplo, realizar certos atos, a exemplo de shows e eventos artísticos, quando o ente público não consegue, minimamente, suprir as necessidades básicas da sua população.

Há uma evidente afronta ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade quando se realiza gastos vultuosos do dinheiro público na área cultural, em detrimento de outros direitos básicos relegados da população. Não se está afirmando que o direito da cultura não seja importante, mas se mostra incompatível a discricionariedade administrativa optar por privilegiar a cultura em situações na qual a saúde, a educação, a alimentação e saneamento básico se encontram em situação precária, insuficiente ou inexistente. Evidentemente que a população merece melhor qualidade de

vida e utilização adequada dos recursos públicos, que são finitos e merecem gerenciamento adequado com vistas a atingir a maior universalidade de pessoas.

Portanto, a maior evolução do Estado de Direito ou Estado Constitucional de Direito vem permitindo uma ampla efetivação dos direitos e garantias fundamentais na relação: Administração Pública versus indivíduo, permitindo ao Judiciário rever atos administrativos desproporcionais, desarrazoados, ou incongruentes com a legislação e com a própria Magna Carta, não sendo mais admissível acobertar atividades de agentes públicos contrárias ao direito fundamental da boa administração. O gestor público deve respeitar todas as regras do sistema (legislação federal, estadual e municipal), bem como o complexo sistema de princípios constitucionais, sendo inconcebível se cogitar em atos discricionários causadores de lesão à ordem pública e econômica, para atender caprichos pessoais.

REFERÊNCIAS

BALESTERO, Gabriela Soares. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários: breves reflexões. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. ano 2, 2016, n. 3. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0571_0593.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: em: 08 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de liminar e de sentença 3099- –MA**. Relator Ministro Presidente Humberto Martins. Julgado em 05 jun. 2022 a. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/SLS3123.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de liminar e de sentença 3123 – BA**. Relator Ministro Presidente Humberto Martins. Julgado em 18 jun. 2022 b. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/SLS%203131%2018062022.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de liminar e de sentença 3131 – GO**. Relator Ministro Presidente Humberto Martins. Julgado em 18 jun. 2022 c. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/SLS%203131%2018062022.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1806617 – DF (2020/0332967-0)**. Relator Ministro Og Fernandes. Segunda Turma. Julgado em 01 de jun. 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=128357760®istro_numero=202003329670&peticao_numero=&publicacao_data=20210611&formato=PDF. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.020.052 – RJ**. Relator Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 02 de maio. 2017. Diário de Justiça Eletrônico Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12890363>. Acesso em: 03 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial 1.436.903 – DF**. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 01 de dez. 2015. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1432913&num_registro=201400357051&data=20160204&peticao_numero=201500263361&formato=PDF. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.612.931 – MS**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 20 de jun. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403218770&dt_publicacao=07/08/2017>. Acesso em: 02 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 429.570 – GO**. Julgado em 11 de nov. 2003. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_429570_GO_11.11.2003.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1714351830&Signature=Hba075tHRitSesbzF9npigP2l%2Bc%3D. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 718.343 – RS**. Relatora Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 06 de ago. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354512>. Acesso em: 03 mar. 2024.

BUENO, Filipe Braz da Silva. **Razoabilidade e proporcionalidade: métodos para construção de um processo civil efetivo e seguro**. Orientador: Gelson Amaro de Souza. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Jacarezinho, Paraná, 2015. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/6853-filipe-braz-da-silva-bueno/file>. Acesso em: 03 fev. 2024.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CHEVITARESE, Alessia B. L. B. Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3058>. Acesso em: 29 de jun. 2023.

COSTA, Ilton Garcia da; SANTOS, Ana Flávia Coelho dos. O princípio da eficiência e a (i)legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas. **Revista Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 20, n. 2, p.311-329, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/20145>. Acesso em: 29 de jun. 2023.

CORNETA, William. Discricionariedade administrativa e sua nova concepção em face dos princípios constitucionais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 9, n. 2. 2014. Disponível em: <https://revista3.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/234/232>. Acesso em: 02 de jul. 2023.

DESTRO, Carla Roberta Ferreira. Discricionariedade, harmonia e interdependência dos poderes: o controle jurisdicional dos atos discricionários. **Intertemas: Revista da Toledo, Presidente Prudente/SP**, v. 23, p. 50-62. 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/7659>. Acesso em: 23 de mar. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

HERRERA FLORES, Joaquim. **A reinvenção dos direitos humanos**; tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANCA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 222: 97-116. Out/dez 2000. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/48940/47550/99001+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 jul. 2023.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

LOUREIRO, Caio Márcio; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, Ilton Garcia da. Direito fundamental a boa administração e o serviço público. **Anais do X Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, v. 10. n. 10. 2022, p. 678–695. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2946> . Acesso em: 04 jan. 2024.

MARÇAL, Justen Filho. **Curso de direito administrativo** (livro eletrônico). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

PELISSER, Fernanda Caroline. O controle judicial da discricionariedade administrativa no Estado Democrático de Direito. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 7-19, set./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.01.pdf .Acesso em: 01 de mar. 2024.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2018. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/en.php> .Acesso em: 01 de mar. 2024.

SALVADOR, Juliana de Almeida; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, Ilton Garcia da. O controle judicial da discricionariedade administrativa para a efetivação dos direitos fundamentais e sociais In: Carlos André Birnfeld; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. **Direito Administrativo e Gestão Pública I**. Florianópolis: CONPEDI, 2023.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. Serviço público e direitos humanos. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 134-153, mai/ago 2019. ISSN 2318-8650. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332/1300>. 01 de mar. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.