

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

FRANCISCO LUCAS ALVES DE ARAÚJO

**CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS
SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

RIO DE JANEIRO

2021

FRANCISCO LUCAS ALVES DE ARAÚJO

**CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS SOB À
LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Buzanello

RIO DE JANEIRO

2021

FRANCISCO LUCAS ALVES DE ARAÚJO

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: __/__/__

Banca examinadora:

Prof. Dr. José Carlos Buzanello

Orientador:

Membro da banca:

Membro da banca:

Membro da banca:

A minha família, razão de minha
existência.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz do princípio da separação dos poderes, examinando em que medida o Constitucionalismo Contemporâneo e a Constituição Federal de 1988 afetam essa temática.

Palavras-Chaves: Controle; Discricionariedade; Atos administrativos; Constitucionalismo Contemporâneo; Separação dos poderes

ABSTRACT: This paper aims to analyze the judicial control of discretionary administrative acts in the light of the principle of separation of powers, examining the extent to which Contemporary Constitutionalism and the Federal Constitution of 1988 affect this theme.

Key words: Control; Discretionary; Administrative acts; Contemporary Constitutionalism; Separation of powers

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	12
2 - MÉRITO ADMINISTRATIVO.....	13
3 - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	16
4 - O PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	18
5 - UMA NOVA VISÃO SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	22
6 - CONCLUSÃO	29
7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	31

1 - INTRODUÇÃO

Na história institucional brasileira denota-se uma preponderância do Poder Executivo em face do Legislativo e Judiciário, este último, reduzido ainda mais, pois, como aponta o professor Luís Roberto Barroso, juízes e tribunais eram vistos como um departamento técnico especializado do estado até o advento da Constituição Cidadã.

As experiências totalitárias do século XX, que aliaram um forte Poder Executivo a uma forte legalidade, constataram uma grave falha no sistema vigente até então. Notou-se não ser suficiente apenas a adequação dos atos à lei, mas também aos valores constitucionais. Surge o constitucionalismo contemporâneo, nesse contexto, o Poder Judiciário é alçado a uma nova função: guardião dos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, a antiga postura omissa e de subserviência aos outros poderes torna-se ultrapassada.

Nesse sentido, é importante à ciência jurídica se debruçar em que medida esse novo protagonismo do Judiciário dialoga com a separação e a harmonia entre os poderes. Volta e meia, o debate é exposto na grande mídia, como a suspensão a nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva ao cargo de Ministro da Casa Civil, em 2016 (MS 34.070), mais recentemente, no mesmo sentido, a suspensão da nomeação de Alexandre Ramagem ao cargo de Diretor da Polícia Federal, ambos sob o argumento de desvio de finalidade (MS 37.097).

O intuito deste trabalho é compreender no panorama da Constituição Federal de 1988, da jurisprudência e doutrina, em que medida o mérito administrativo pode sofrer interferência do Poder Judiciário à luz do princípio da separação dos poderes.

Para isso, o presente trabalho primeiro discutirá o mérito administrativo e seus contornos na dicotomia entre ato administrativo discricionário e vinculado, em seguida, será analisado o princípio da separação dos poderes e o novo protagonismo Poder Judiciário sob a perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo e, por fim, examina-se a moderna visão sobre o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

2 - MÉRITO ADMINISTRATIVO

Existem cinco espécies de poderes da Administração Pública, conforme ensina Hely Lopes Meirelles: Poder Vinculado e Discricionário, Poder Hierárquico, Poder Normativo ou regulamentar, Poder Disciplinar e Poder de Polícia. Apesar do âmbito da discricionariedade ser amplo, nunca será total, pois, sempre serão vinculados à lei, uma vez que, apesar de ter a lei oferecido várias possibilidades de escolha para o administrador, ela deve sempre ser limitada ao que é preceituado por ela, não podendo extrapolar as possibilidades legais oferecidas.

O Poder Discricionário é aquele em que o agente público fica preso ao texto de lei que oferece, dentro de suas limitações, mais de uma opção para a realização do ato administrativo, ficando à vontade do administrador público, observando os critérios de conveniência e oportunidade. (VIANA, 2012, p. 33)

Fazendo uma análise histórica, a palavra discricionariedade tem sua origem no regime absolutista, expressando a soberania decisória do monarca. Nesta época Estado confundia-se com a Administração Pública, um retrato desse contexto é que arbitrariedade e discricionariedade guardavam sinônimo (BINENBOJM, 2014, p. 207).

A partir do século XIX, com o surgimento do Estado Liberal, rompe-se com essa ideia. Contudo, não com a noção de discricionariedade. Como aponta BINENBOJM (2014), reconhecia-se a relevância do instituto para adequar a legislação ao caso concreto, na impossibilidade de abarcar todas as situações fáticas da vida e na necessária adequação do gestor público à dinâmica social volátil que necessita de uma rápida resposta.

Neste contexto, explica KRELL (apud BINENBOJM, p. 208) o desafio do jovem Estado de direito foi justamente conciliar a tradicional liberdade decisória do Poder Executivo com a observância do princípio da legalidade, mas a crescente demanda pela atuação estatal no âmbito econômico e social fez com que o poder discricionário ganhasse relevância em decorrência da sua agilidade para responder a esses anseios.

Assim, visando a eficiência dos serviços públicos e o atendimento das múltiplas reivindicações, a discricionariedade ganha a feição de vinculação negativa à lei. Como explica BINEBOJM (2014, p. 209):

A legalidade administrativa assume, assim, a feição de uma vinculação negativa à lei, erigindo-se a noção de discricionariedade administrativa como o poder de agir da Administração nos espaços livres da regulamentação da lei.

O autor atenta ainda que esta concepção é uma nítida herança da tradição monárquica:

A doutrina da *negative Bindung* - a vinculação negativa à lei - encontrou, assim, na tradição monárquica, terreno fértil para germinar e propagar-se pela Europa continental, prevalecendo como concepção dominante até o primeiro pós-guerra. (BINEBOJM, 2014, p. 209)

Essa concepção começa perder força com o crescimento do positivismo normativista kelseniano. Agora, a discricionariedade sofre a influência da interpretação da norma como moldura balizadora, ou seja, ela será concedida através da subdeterminação da lei. Nasce a doutrina da *positive Bindung*.

Afirma-se, a partir daí, a doutrina da *positive Bindung* - vinculação positiva à lei - consubstanciada no artigo 18 da Constituição austríaca de 1920, segundo o qual a Administração Pública não poderia atuar senão auf Grund der Gesetze, isto é, tendo a lei por fundamento. Porém a discricionariedade administrativa sobrevive como espaço de subdeterminação normativa, dentro do qual competiria à Administração exercer a sua liberdade decisória. Percebe-se aqui a nítida influência da obra de Kelsen acerca da interpretação da norma como mera moldura balizadora das decisões do órgão competente. (BINEBOJM, 2014, p. 210)

Feita a evolução histórica do instituto da discricionariedade, assim define alguns autores sobre o poder discricionário, segundo Hely Lopes Meirelles (2004, p. 116):

É o poder que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 471):

É apreciar a conveniência e a oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de forma a proceder desta ou daquela maneira.

Para Odete Medauar (2008, p. 108):

É a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.

Imperioso destacar que o poder discricionário e discricionariedade não se confundem, VIANA explica essa distinção:

A natureza jurídica da discricionariedade, portanto, é o dever-poder da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular da discricionariedade. Mérito é, dessa forma, o resultado, e a discricionariedade o meio, ambos agindo conjuntamente para conferir ao ato validade e eficácia, devendo, sempre, essa relação entre mérito e discricionariedade estar diretamente ligada ao princípio da legalidade, devendo, portanto, sempre obedecer aos preceitos legais para que possam ser válidos. (VIANA, 2012, p. 37)

O oposto do ato discricionário é o ato vinculado, a principal distinção entre eles é a margem de liberdade de atuação do administrador público, que poderá ficar totalmente restrita aos preceitos legais ou ter amplo juízo de valor para que se formule sua decisão e atuação (VIANA, 2012, p. 34), FILHO (2019, p. 231) explica esse tema:

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato.

Para identificação entre essas duas espécies de ato administrativo, precisa-se recorrer a sua infraestrutura. Destaca-se que mesmo os atos discricionários, possuem elementos vinculados, que sempre serão passíveis de controle judicial.

Os elementos competência, forma e finalidade do ato impõem restrições, que deverão ser observadas e obedecidas em qualquer ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. Sendo mais correto declarar que a margem de atuação do administrador público no que diz respeito ao Poder Discricionário implica liberdade de atuação subordinada aos limites da norma jurídica, que se encontra nos elementos: motivo e objeto do ato administrativo discricionário. (VIANA, 2012, p. 35).

Por exemplo, quando um agente público no exercício do poder disciplinar verifica uma infração administrativa de um subordinado, nasce o poder-dever de puni-lo, isto é, não possui escolha a não ser aplicar a sanção cabível. Por outro lado, um

pedido de autorização para um evento cultural em praça pública, dependerá da conveniência e oportunidade da administração, assim, ela analisará as circunstâncias e tomará a decisão conforme sua convicção, ou seja, com liberdade de escolha.

Em síntese, a discricionariedade é a liberdade de atuação do administrador, balizada pela lei. Porém, essa definição ainda é insuficiente para os novos contornos que o instituto ganhou após a evolução da ciência jurídica, principalmente com o surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo. A partir de agora, será analisado de que forma a discricionariedade deve ser vista, não só pelo âmbito da margem de interpretação dada pela lei, mas também, pelos valores constitucionais.

3 - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos três poderes, positivado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, não foi uma novidade desta, pelo contrário, este é um alicerce de qualquer Estado Democrático de Direito, logo, sendo uma obviedade sua posituação. Contudo, nota-se a sua significativa efetividade na atual ordem Constitucional, antes de entender este fenômeno, faz-se necessário uma análise histórica.

A teoria da separação dos três poderes evoluiu ao longo do tempo, Montesquieu a pensou – com base nas ideias do Contrato Social - em uma França assolada pelo absolutismo decadente. Sua tese, que foi a mesma de John Locke, fundou-se na salvaguarda da liberdade e no extermínio da tirania, modernamente a teoria foi acrescida pela doutrina americana dos *Checks and Balances*,

“Segundo essa teoria - dos Freios e Contrapesos – os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies. Ou são atos ‘gerais’ ou são ‘especiais’. Os ‘atos gerais’, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo

legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.” (Dallari, 2014, p. 218).

Até o advento da segunda guerra, o princípio da separação dos poderes era um comando claro de subserviência do Poder Judiciário aos outros. Porém, quando constatadas as barbáries humanitárias cometidas pelos regimes autoritários daquela época, todas legitimadas por lei, notou-se a insuficiência da legalidade dos atos estatais, precisava-se também que estes obedecessem a valores constitucionalmente impostos.

Foi, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial que o Constitucionalismo tornou a ocupar um espaço nuclear na linguagem política como instrumento de organização do Poder, da Democracia, da garantia de direitos. Além disso, a partir de então, passou a assumir outras responsabilidades no processo de evolução social. (FERNANDES, 2019, p. 100)

A partir desse momento, as Constituições alçaram a defesa dos direitos fundamentais como ponto crucial de seus valores, tanto quanto a própria estrutura política do Estado, assunto que até então fora o objeto principal dos textos constitucionais. Assim sendo, reservou-se ao Poder Judiciário a tutela desses direitos.

Esse momento do Constitucionalismo muito tem a ver com a Teoria da Separação dos Poderes. Isso porque, diversas Constituições passaram a se dedicar à maior proteção de direitos fundamentais - contra eventuais atos de governos autoritários - daí o início de criação de Cortes Constitucionais com competência para invalidar atos e normas contrários à Constituição. (FERNANDES, 2019, p. 100)

Nesse sentido, a separação dos poderes possui um novo elemento: o Poder Judiciário como uma força política de fato, rompendo a preponderância do Legislativo e Executivo. Este um é raciocínio que muda completamente a essência do princípio em voga, se outrora a neutralização do Judiciário era uma consequência da divisão dos poderes, agora, sua preocupação é a concretização dos direitos fundamentais.

“No contexto da separação de poderes, merece especial menção o papel do Judiciário como guardião da Constituição e das leis em geral, e, por extensão, dos direitos fundamentais, seja em face de condutas lesivas praticadas por agentes privados, seja em face de violações perpetradas por autoridades e agentes públicos. Tanto assim que a Constituição estabelece a garantia da

proteção judiciária, ou da inafastabilidade do controle judicial.” (Mario Luiz Bonsaglia. I. Leite, George Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 42).

“Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma ‘desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função sócioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade’ ... ”. (Ziel Ferreira Lopes, I. Leite, George 112 Salomão. II. Streck, Lenio. III. Nery Junior, Nelson, 2017, p. 205, Apud Tércio Sampaio Ferraz Júnior).

A ascensão do Poder Judiciário é de suma importância para entender o controle judicial dos atos administrativos discricionários, pois, essa sua nova roupagem afeta diretamente o que se entende por princípio da separação dos poderes. Atualmente, não há cabimento pensar em um poder jurisdicional omissivo, mas sim, uma força propulsora dos valores constitucionais.

4 - O PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Inicialmente, para entender o fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário no constitucionalismo moderno. Primeiramente, destaca-se que não é uma exclusividade brasileira, mas sim um evento de proporções globais.

Os exemplos são muitos, no Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo

islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Apesar disso, é inegável que o caso brasileiro é notável, diversos fatores colaboram para isso: uma Constituição abrangente, grande centralização de competências no STF, a exposição das sessões da Suprema Corte na TV Justiça, etc. BARROSO (2012, p. 2) aborda o tema:

O caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa ideia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. Bastante na de polícia. Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça.

Sem dúvidas a transmissão dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal contribuem para um novo protagonismo do Poder Judiciário brasileiro, há muita divergência sobre seus prós e contras. BARROSO defende esse sistema de deliberação em defesa da transparência:

Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia. (BARROSO, 2012, p. 2)

Nesse contexto, cada vez mais o Poder Judiciário adentra na esfera discricionária do ato administrativo, área outrora intocável. A história do Judiciário até então era de omissão e subserviência em relação aos outros poderes. KOERNER (apud VIANA, 2012, p. 76) aponta que no período Imperial “O Poder Judicial era uma divisão funcional do poder soberano [...] Essa divisão funcional significava que havia um domínio de atribuições próprias e um conjunto de órgãos delegados para exercê-las”.

Com o surgimento da República no Brasil, o Poder Judiciário continua a margem da aplicação e efetividade da garantia de direitos, VIANA (2012, p. 79) aponta que na virada da década de 1930, apesar latente luta pelos direitos sociais, os trabalhadores não conseguiam reclamar seus direitos junto ao Poder Judiciário, pois, este se abstinha de decidir sobre as questões que afetavam diretamente as elites. Portanto, o que existia era uma intervenção direta no sindicato dos trabalhadores pelo Ministério do Trabalho.

O Estado brasileiro, assim, absorveria os conflitos existentes e os arbitraria da maneira que julgasse conveniente, eximindo o Judiciário desta competência, ou seja, afastando este poder da fiscalização das garantias aos direitos fundamentais. BARROSO (2012, p. 3) explica que até o advento da Constituição de 1988, tribunais e juízes eram um departamento técnico-especializado.

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

Sob a égide da Constituição Cidadã, inicia-se um novo marco na história do Poder Judiciário. A sociedade passa, portanto, a procurar o Poder Judiciário para expressar a força dos grupos desfavorecidos e efetivar os direitos que já lhe são garantidos pela Constituinte de 1988 no Estado Democrático. Diante desta situação emblemática, o órgão jurisdicional altera sua perspectiva, pois, passa do papel de mero aplicador da lei escrita, para, diante da inércia do Poder Executivo, e uma vez demandado para efetivar os direitos sociais, começa adentrar no campo político (GARAPON apud VIANA, 2012, p. 81).

Esse pensamento vem na esteira do Constitucionalismo Contemporâneo que incrementa a capacidade interpretativa das leis como função necessária aos juízes, para que estes possam alcançar a justiça, além de ampliar significativamente a competência do mesmo e ressaltar o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, foi possível a inserção do Órgão Jurisdicional no controle e fiscalização das atuações do Poder Executivo (VIANA, 2012, p. 81).

BARROSO (2012) argumenta que o Poder Judiciário sai de uma posição de autocontenção para o ativismo judicial, entendido como uma postura mais intensa na concretização dos valores constitucionais. Assim o autor define ativismo judicial e autocontenção judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 6)

O certo é que a noção de intocabilidade do âmbito discricionário do ato administrativo perdeu força, e desde o século XIX, parâmetros jurídicos à atividade discricionária são identificados. BINEBOJM (2014, p. 109) identifica quatro fases nesse processo:

Esse balizamento foi, de início, restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o núcleo ou mérito do ato administrativo. Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (I) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade); (II) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes); (III) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (IV) o

desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Com essa evolução, o Judiciário passa a tomar para si o papel de efetivar as políticas públicas, administrando e interferindo no modo de atuação do Estado na sociedade (VIANNA, 1999).

MAUS (2000), nesse contexto, apresenta o conceito de superego do Judiciário, representando a inércia do Poder Legislativo, a omissão do Executivo e consequente expansão do Poder Jurisdicional.

O Judiciário, então, deixa de ser a instância conservadora, para interpretar, valorar e quantificar lides que, no “olhar” social atual, é o mais capaz para dirimi-las. As frustrações e as novas garantias de direito e facilidades trazidas pela Constituição Federal de 1988 ampliam, portanto, a competência do Judiciário para apreciar as causas de ordem política, passando este órgão originariamente “não democrático” a representar o povo, na análise das demandas sociais. O Poder Judiciário torna-se, assim, na crise das democracias atuais, o grande protetor dos jurisdicionados. (VIANA, 2012, p.88).

Assim, o Poder Judiciário ganhou espaço entre os outros dois, e conseguiu finalmente interferir na balança política, sendo uma força contra majoritária e garantidora dos direitos constitucionalmente positivados. Nesse contexto, a antiga intocabilidade dos atos administrativos discricionários perde força, e surge um terreno fértil para o controle judicial mais intenso.

5 - UMA NOVA VISÃO SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Por muito tempo, predominou no pensamento jurídico que o controle judicial sobre os atos administrativos discricionários estava circunscrito aos seus elementos vinculados. Desta forma, verificando que a lei houvesse conferido ao administrador a possibilidade de optar entre praticar ou não um ato e/ ou escolher os seus efeitos jurídicos, deveria o magistrado ater-se a aspectos meramente formais na atividade de controle (BINEBOJM, 2014, p. 212). Este era uma dedução lógica imposta pelo princípio da separação dos poderes.

A primeira forma de controle judicial foi através dos elementos do ato administrativo, mais precisamente, aos elementos vinculados, isto é, competência, forma e finalidade, ao passo que motivo e objeto, quando não fixados pela lei, seriam insuscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. Os dois primeiros são de fácil identificação, o vício de competência ou forma, em regra, é perceptível. Contudo, no tocante a finalidade, foi necessário a criação da teoria do desvio de finalidade para o poder jurisdicional começar adentrar nesta seara de controle.

Embora, a priori, não seja de fato um controle de discricionariedade, pois, conforme aponta MELLO (apud BINEBOJM, 2014, p. 214) “o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade”, existe uma linha tênue, conforme explica FAGUNDES (apud BINEBOJM, 2014, p. 215) o exame da finalidade “quase chega ao mérito”. O certo é que possibilitou a ampliação do exame jurisdicional sobre os atos administrativos.

A teoria fundamenta que quando um agente público utiliza determinado ato para fins diversos do previsto na lei, este é passível de reexame pelo Poder Judiciário. Por exemplo, se um determinado agente público, chefe de um setor, remove um subordinado a outra localidade por motivos pessoais e não públicos, este ato possui um vício de finalidade, pois a Lei não pode ser instrumento de interesses pessoais.

Com a superação da concepção positivista do direito, e o conseqüente crescimento da eficácia normativa dos princípios, verifica-se atualmente a busca pelo Estado de direito material, em contraposição ao Estado de direito formal, baseado na obediência estritamente as regras. Atualmente, pensa-se a atividade administrativa vinculada à ordem jurídica como um corpo inteiro de princípios e normas que vinculam sua atuação.

Neste contexto, no qual a legalidade cede espaço aos princípios constitucionais, fica ultrapassada a visão dicotômica entre atos administrativos vinculados e discricionários. Na Europa, é crescente a opção por sistemas de controle da Administração Pública alinhados com este novo parâmetro de controle fulcrado nos princípios, sendo exemplos: o erro manifesto de apreciação e o *bilan coût-avantages*, no Conselho de Estado francês; o excesso de poder e da discricionariedade técnica, na Itália; o princípio geral da razoabilidade, na Grã-Bretanha; e o da proporcionalidade, na Alemanha, com suas projeções e desdobramentos na Espanha

e Portugal, todos, na visão de Germana de Moraes, em maior ou menor grau, variações dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (MORAES, 2004, p. 81/82.)

Modernamente, deve-se pensar, no lugar do binômio ato administrativo vinculado e discricionário, uma escala de densidade normativa. BINEBOJM (2014) fala em três graus de vinculação. No primeiro, a lei utiliza conceitos jurídicos determinados, como idade por exemplo, neste caso, cabe ao Judiciário avaliar a correspondência entre a descrição normativa e os fatos. No segundo, o legislador utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados, e neste ponto merece um aprofundamento.

Por muito tempo, o Poder Judiciário se eximiu de adentrar no exame dos conceitos jurídicos indeterminados entendendo fazer parte do mérito administrativo, dessa forma, agindo em homenagem ao princípio da separação dos poderes. Contudo, com a evolução do pensamento jurídico e da nova concepção do constitucionalismo contemporâneo, chega-se a novas conclusões.

A primeira é a diferenciação entre o controle de atos administrativos que envolvam o poder discricionário e o de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, conforme explica SILVA (1990, p. 60):

(a) - O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite a priori estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocável a decisão administrativa. (b) - O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, a priori, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexaminável pela autoridade judiciária.

Feito esta distinção, outra noção importante é a de zonas de certezas do conceito jurídico indeterminado. Explica-se, no caso concreto é possível identificar os fatos que com certeza se enquadram no conceito, e aqueles que, com igual certeza, não se enquadram. Essas são as zonas positivas e negativas, respectivamente. A

controvérsia nesses casos se dá na zona intermediária, na qual não é possível afirmar com convicção se aquele determinado fato enquadra-se no conceito em discussão. BINEBOJM (2014, p. 234) aborda o tema:

Essa ideia foi divulgada na Alemanha, tendo evoluído para a concepção de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir a sua incidência. A controvérsia sobre a abrangência de situações que o signo encerra surgiria na zona intermediária, de penumbra. Em tal zona é que se deve preservar a chamada margem de apreciação administrativa, que não pode ser substituída pela apreciação formulada pelo Judiciário.

Para exemplificar, no RMS n.0 1 75 1 /PR, 2ª Turma, Min. Américo Luz, STJ, o referido tribunal anulou uma permuta entre funcionárias públicas, mãe e filha, pois, entendeu que a expressão “interesse da justiça” não abarcava nepotismo, e que o ato feria diretamente os princípios da impessoalidade e moralidade pública. Ou seja, neste caso, foi usado o conceito de zona negativa, hipótese em que claramente os fatos não se adequam ao conceito jurídico indeterminado em questão.

Ainda com fins ilustrativos, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 11.243, apresentada pela República Italiana, em que o Governo deste país solicitou preliminarmente que a Corte se manifestasse sobre a compatibilidade da decisão denegatória de extradição proferida pelo Presidente da República com o acórdão anteriormente prolatado pelo STF, pelo qual houve deferimento do pedido de extradição. Buscava o Governo italiano, portanto, fazer cumprir a decisão proferida pelo STF que havia deferido a extradição. Ao final, prevaleceu o entendimento de que cabe ao Presidente da República - e não ao Supremo Tribunal Federal - densificar as fronteiras de sentido implicadas no conceito jurídico indeterminado de “atos de perseguição”. O recurso dogmático empregado pela Corte foi exatamente a teoria dos graus de vinculação à juridicidade (BINEBOJM, 2014, p. 238). Neste caso, entendeu haver uma zona cinzenta no conceito de “atos de perseguição”, e que apenas o Poder Executivo detinha capacidade institucional para avaliar a existência dos requisitos autorizadores da não entrega, especialmente a expressão 'atos de perseguição' - trata-se de ato político administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados.

Neste sentido, percebe-se que atualmente análise dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é mais complexa que a simples divisão entre atos vinculados e discricionários. Hoje, fala-se em grau de vinculação do ato à norma. Todavia, a definição da densidade do controle não segue uma lógica puramente normativa (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atender também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado (BINEBOJM, 2014, p. 263).

KRELL (2004, p. 45) explica a relação entre o método jurídico funcional e o princípio da separação dos poderes:

O enfoque jurídico-funcional parte da premissa de que o princípio da separação de poderes deve ser entendido, na atualidade, como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito. Assim, as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou de alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração e dos órgãos jurisdicionais.

Portanto, deve-se substituir o antigo modelo estático de controlabilidade-judicial dos atos administrativos, pelo estabelecimento de critérios dinâmicos para uma adequada distribuição de tarefas e responsabilidades entre a Administração e o Judiciário. Nesse novo olhar do controle judicial sobre a Administração Pública SUNSTEIN e VERMEULE (Apud BINEBOJM, 2014, p. 243) pontuam importantes fatores:

Não é possível conceber a interpretação do direito pelos órgãos do Estado sem que se considerem elementos institucionais importantes, como: (i) a forma de atuação (v.g. , o julgamento de casos concretos ou a edição de normas de caráter abstrato e genérico); (ii) a composição funcional, modo de provimento dos cargos e garantias (v.g. , a expertise, a reputação dos

servidores, o provimento por concurso ou a legitimação democrática); (iii) a capacidade de aferição eficiente dos reflexos sistêmicos de uma dada decisão, sobretudo quanto a seus aspectos econômicos; (iv) a habilitação, em termos políticos, para a feitura de determinadas escolhas e estabelecimento de prioridades, como é o caso das chamadas "escolhas trágicas" de políticas públicas, tanto na vertente orçamentária como na da regulação econômica e social.

Logo, todos esses aspectos devem ser levados em conta na análise da escala de vinculação do ato à juridicidade, isto é, a harmonia entre o primeiro e o ordenamento jurídico com um todo. BINEBOJM (2014, p. 243) aborda o tema:

Numa escala decrescente de vinculação, parte-se dos atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), que exibem o mais alto grau de vinculação à juridicidade.
(...)

Descendo um degrau na escala de vinculação da Administração, surgem os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), já estudados no item V.4, supra. Como visto, tais conceitos, por sua vagueza e alto grau de abstração, proporcionam um grau intermediário de vinculação à juridicidade. Em virtude de sua estrutura peculiar, eles exigem valorações ou avaliações técnicas dos administradores como condição para sua concretização.

O mesmo professor utiliza o exemplo da escolha de um nome para o Supremo Tribunal Federal para exemplificar a vinculação dos conceitos jurídicos indeterminados:

Ao realizar a escolha de um nome para indicar ao Suprema Tribunal Federal, o Presidente da República deverá avaliar se os seus prediletos, além de terem mais que 35 anos, satisfazem ao binômio reputação ilibada e notório saber jurídico. Enquanto o limite mínimo de idade é uma regra (alto grau de vinculação), os requisitos de reputação e o notório saber são conceitos jurídicos indeterminados (vinculação intermediária) . Assim, dentre aqueles indivíduos com mais de 35 anos, deverá o Presidente escolher um nome que, a seu juízo, preencha, necessariamente, ambos os requisitos. Mas essa avaliação presidencial não admite um tipo de controle judicial que busque verificar se a escolha correta foi feita.

(...)

Figurem-se três exemplos para fins didáticos: (i) a escolha recaiu sobre um professor titular de renomada faculdade de direito, cujo nome jamais esteve

envolvido em escândalos criminais ou políticos; (ii) a escolha recaiu sobre um engenheiro mecânico de formação, amigo de infância do Presidente e que jamais exerceu qualquer função ligada à seara jurídica; (iii) a escolha recaiu sobre um político alinhado com o perfil ideológico do Presidente, bacharel em direito e membro, por vários anos, da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, além de ter sido alvo de acusações de uso de recursos não contabilizados em campanha eleitoral (embora nada tenha restado comprovado). (BINEBOJM, 2014, p. 245)

Neste exemplo, é nítida a aplicação das três zonas de certeza já exposta nesse trabalho. O primeiro indicado, é uma clara zona positiva do conceito, o segundo, por não exercer qualquer função ou formação jurídica, uma zona negativa, em relação ao terceiro, cria-se uma zona intermediária, e essa situação utiliza-se os fatores citados por SUSTEIN e VERMEULE acima.

O primeiro ponto, é a força da legitimidade democrática da escolha do Presidente da República, além da possível aprovação pelo Senado, um forte indício para adoção de uma postura de autocontenção do Poder Judiciário. Ou seja, o juízo feito do controle do Judiciário sobre a administração deve levar essas considerações em sua decisão. BINEBOJM (2014, p. 246) explica que diante de “argumentos sustentáveis”, isto é, aqueles que possuem uma forte fundamentação lógica, jurídica e política, devem ensejar uma postura de respeito à decisão do administrador.

No terceiro grau de vinculação dos atos administrativos à ordem jurídica, analisaremos a incidência dos princípios constitucionais. Neste campo, não há o auxílio de normas objetivas ou conceitos jurídicos indeterminados, apenas valores elencados na Carta Magna, que por vezes, não raramente, entram em conflito. Notadamente, nesta situação, magistrados utilizam da razoabilidade e proporcionalidade para equacionar os casos concretos.

Analisado os três graus de vinculação, BINEBOJM (2014) acrescenta a esse método jurídico-funcional parâmetros para uma análise mais profunda e holística do Judiciário sobre os atos administrativos.

Primeiro, quanto maior o grau de objetividade extraído da norma, mais intenso deve ser o controle judicial, em homenagem a legalidade e segurança jurídica, quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menos intenso deve ser o controle, privilegiando a especialização funcional e a eficiência da administração pública,

quanto maior o grau de politicidade e participação social no processo de deliberação que resultou o ato, menor deve ser a interferência judicial, em atenção à legitimidade democrática, e por último, quanto maior o grau de restrição de direitos fundamentais, mais intenso deve ser o controle judicial.

O professor supracitado aponta também para a concorrência de parâmetros e sua conseqüente solução, segundo este autor, o juiz deverá seguir uma linha de preferência, definida como *standars dos standars* (parâmetros dos parâmetros):

1 °) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo); 2°) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau de objetividade e vice-versa) aplicável ao caso; 3°) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandem expertise e experiência (controle mais brando), conforme o caso; 4°) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de efetiva participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando. (BINEBOJM, 2014, p. 255-256).

Desta forma, a antiga dicotomia entre ato administrativo vinculado e discricionário fica ultrapassada, modernamente, a visão sobre o tema ganhou novos contornos com a efetividade dos princípios e o novo papel do Judiciário como guardião da ordem constitucional. Agora, não basta a mera obediência a lei, deve-se respeitar valores impostos pela Constituição.

6 - CONCLUSÃO

O presente trabalho debruçou-se sobre o controle judicial dos atos administrativos discricionários sob à luz do princípio da separação poderes. Inicialmente, o objetivo da pesquisa era examinar em que medida o novo protagonismo do Poder Judiciário afetaria a harmonia entre os três poderes.

O assunto é tema frequente da grande mídia, estariam juízes e tribunais, desprovidos de legitimidade democrática, usurpando a competência dos outros dois

poderes? A partir do exame da doutrina, jurisprudência e da análise histórica acerca do tema restou comprovado que não.

Na realidade, a evolução da ciência jurídica, em especial a decorrente das experiências vividas com os regimes totalitários da primeira metade do século XX, demonstrou que licitude de um ato administrativo não poderia ser limitada a sua legalidade, mas que também deveria respeitar valores morais pactuados constitucionalmente.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, outrora omissor, foi elevado ao papel de guardião desses valores, logo, detendo uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.

Portanto, sob a ótica do Constitucionalismo Contemporâneo, o princípio da separação dos poderes não exclui o Poder Judiciário de analisar a legitimidade dos atos administrativos discricionários, pois, a margem de liberdade de atuação do administrador não pode ultrapassar os valores constitucionais de uma determinada ordem jurídica.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e Constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1-5; 1969, v. 6 e 7; 1970, v. 8; 1972, v. 10.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (atualizado por BINENBOJM, Gustavo), 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Patricia Stefoni. *A separação de poderes e efetividade do Estado Democrático de Direito*. Orientador: Maria Garcia. 2019. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - PUC-SP, São Paulo, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de Poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, n.9, 1995, p. 40-48.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Editora Revan, 2001.

KOERNER, Andrei. Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira. São Paulo: Editora Hucitec Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

KRELL, Andreas J oachim. Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indetermi . nados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 .

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

MEDAUER, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 44 .ed. São Paulo, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 8. ed. 2020.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo, Forense, 1979.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9. 784/99) . Revista de Direito Administrativo nº 237, 2004, p. 271/315.

VIANA, Ruth Araújo. O controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário no constitucionalismo contemporâneo brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza.

VIANNA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999