CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

JUDICIAL CONTROL OF THE ADMINISTRACTIVE ACT

Diogo Ricardo Goes Oliveira[1]

RESUMO: Trata-se de artigo destinado a fomentar o debate acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário sobre o mérito do ato administrativo discricionário. A importância do tema reside na disparidade de entendimentos jurisprudenciais emitidos pelos juízes federais de primeiro grau, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Suprema Corte. No exame do tema, discorreu-se sobre a evolução histórica do princípio da separação dos poderes e sua importância como lastro das liberdades individuais frente à intervenção estatal. Igualmente, revisaram-se as diferentes correntes doutrinárias a respeito da revisão do mérito do ato administrativo pelo poder Judiciário e a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592581, que determinou a implementação de medidas concretas que garantam a dignidade da pessoa humano frente à inércia do Poder Executivo. Os presentes escritos seguiram a seguinte metodologia: na escolha das fontes, o método positivo; no estudo, o método histórico-sistemático; na conclusão, o critério empírico-dialético.

Palavras-chave: Administrativo. Executivo. Judiciário. Mérito. Poder.

ABSTRACT: This is article intended to stimulate the debate about the possibility of interference of the judiciary on the merits of discretionary administrative act, the importance of the theme lies in the disparity of jurisprudential understandings issued by federal judges of first instance, the Federal Regional Courts, Superior Court of Justice and the Supreme Court. On the theme analysis, the author described the historical evolution of the principle of separation of powers and its importance to assecure individual liberties from the state intervention. Also, revised the many doctrinal strings concerning the review of the merits of the administrative act by the judiciary and the recent decision by the Supreme Court in the trial of *Recurso Extraordinário* n. 592.581, which led to the implementation of concrete measures to ensure the dignity of the human person forward inertia of the administration. The present study followed the following methodology: the positive method in the choice of the sources; historical method in the discussion, and the systematic and empirical criterion-dialectic, at the conclusion.

Keywords: Administrative. Executive. Judiciary. Merit. Power.

INTRODUÇÃO

Com o amadurecimento da sociedade civil organizada, do aperfeiçoamento do funcionamento das instituições democráticas e da dispersão do conhecimento pela rede mundial de computadores, a população tem exigido, do Estado, eficiência na prestação dos serviços públicos e na implementação das políticas programáticas previstas na Carta Política de 1988.

Além disso, a corrupção no serviço público, a baixa qualidade do ensino gratuito, o péssimo atendimento nas unidades de saúde e a incompetência na prestação de serviços essenciais têm levado expressiva parcela da população às ruas para exigir a reformulação das políticas públicas.

Diante da inércia do Poder Legislativo, a comunidade tem recorrido ao Poder Judiciário para garantir seus direitos individuais, coletivos e sociais.

[1] Juiz Federal da 2a Vara de Ponta Porã/MS, mestre em direito das relações sociais pela PUC/SP e doutorando pela PUC/SP

Tradicionalmente, no direito pátrio, o mérito do ato administrativo foi tido como indevassável pelo Poder Judiciário, como um dos reflexos do princípio da separação dos poderes de que sempre se valeu o Poder Executivo para salvaguardar sua independência e, eventualmente, seus abusos de poder.

Não obstante, houve uma evolução da apreciação do ato administrativo discricionário pelas cortes brasileiras, pois se partiu da indevassabilidade da atuação estatal, da anulação do ato ilegal ou ilegítimo para o estágio de imposição de obrigações positivas ao Estado inerte ou ineficaz na concretização de direitos e garantias individuais.

Estes escritos têm como objetivo analisar a possibilidade de apreciação do mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário com espeque nas normas e princípios constitucionais.

A produção deste texto teve como fonte o direito positivo. No desenvolvimento, foi utilizado o método histórico-sistemático. Na conclusão, recorreu-se ao critério empírico-dialético.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como se trata de assunto que implica colisão de fronteiras das atribuições entre os poderes da República, imperativo iniciar este estudo pela apreciação do princípio da separação dos poderes.

A compreensão do moderno sentido de tripartição dos poderes demanda um breve retorno à história política das nações e à evolução dos seus fundamentos.

A história dos Estados demonstra que a concentração de poder nas mãos de um único órgão, desencadeou arbítrios e violações aos direitos humanos, como aqueles perpetrados na Europa absolutista, em que a vontade do soberano era lei a ser aplicada a todos os súditos, que constituía fator de instabilidade social, diante da volatilidade do humor do monarca.

Com a evolução econômica dos países, com a ascensão da burguesia moderna, decorrente da consolidação do capitalismo, essa classe social, ávida por obter o poder político e livrar-se da figura intervencionista dos monarcas, entendia necessária a limitação do poder estatal, a garantia dos direitos individuais e o fomento da liberdade econômica por conduto da relativização do intervencionismo do Estado na economia.

Lecionou Paulo Bonavides (2005, p. 146) acerca das monarquias absolutistas:

> A empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis, nomeadamente os monarcas de versão autocrática. O rei era o Estado. O estado, intervencionista. O intervencionismo fora um bem e uma necessidade, mas de súbito aparecerá transfeito num fantasma que o príncipe em delírio de absolutismo poderia improvisadamente soltar, enfreando o desenvolvimento de uma economia já consolidada, de um sistema, como o da economia capitalista, que, àquela altura, antes de mais nada demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão. (BONAVIDES, 2005, p. 146)

Mesmo nos regimes monárquicos que adotaram o mercantilismo, a economia capitalista ainda encontrava obstáculos para se desenvolver livre das amarras do Estado opressor e marcado pela pessoalidade.

Foi nessa atmosfera de iminente conflito social que Montesquieu, inspirado nas lições de Belingbroke, apresentou, na sua imortal obra o "Espírito das Leis", o meio mais eficaz de se garantir a liberdade individual, a separação dos poderes que compõem o Estado.

Para Carl Schmitt (2008, p. 221), o grande idealizador da doutrina dos freios e contrapesos foi Belingbroke:

> The actual progenitor of the constitucional-theoretical teaching of the balance of powers is Belingbroke, who propagated the idea of a reciprocal control and balancing, however, only in politically engaged writings and essays, not in a systematic exposition. The expressions that he

> used for this are reciprocal restrictions, reciprocal control, reciprocal delay and detention, etc. Of special significance for the ideal constructions of the English constitution is an idea of the tripartite balance and of the "equilibrium of powers", out of which the free government results: king, upper house, lower house; between king and Parliament (specifically, upper house and lower house taken together), between legislature and executive, between the prerogatives of the king and the freedom of the people. All these should be balanced. (SCHMITT, 2008, p. 221)

Para Montesquieu (1996, p. 166), o poder concentrado nas mãos de uma única entidade leva ao arbítrio, uma vez que a história já havia demonstrado que o poder corrompe o homem. Nessa esteira, é necessário que o poder limite o poder, que diversos grupos sociais possam manter o equilíbrio do jogo político. Assim, é imprescindível dividir o poder estatal para que cada um possa fiscalizar o outro, garantida, assim, a liberdade dos cidadãos.

Ao discorrer sobre uma das acepções do termo liberdade, mais precisamente aquela que se pretende preservar frente ao arbítrio estatal, Montesquieu (1996, pp. 166 e 167) afirmou que a liberdade significa poder fazer tudo aquilo que as leis permitem, poder fazer tudo que se deve querer, não fazer o que a lei não determina e não proceder da forma que a lei faculta.

A solução apresentada por Montesquieu (1996, pp. 167 e 168) consiste na tripartição do poder estatal entre os poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário. Ao Legislativo, cabe criar as leis ou as anular. Ao Executivo, defender o território contra ameaças externas e a manutenção da segurança interna e da diplomacia externa. Quanto ao Judiciário, seria responsável pela aplicação das penas aos criminosos e pela solução dos litígios entre os particulares.

Ensina Montesquieu que as formas de limitação das três forças políticas susomencionadas são as faculdades de estatuir e de impedir. A primeira consistiria na competência de ordenar, por si mesmo, de criar normas, bem como no poder de revogar as ordens emanadas de outro poder. Já o poder de impedir residiria na capacidade de extirpar do ordenamento jurídico a ordem emanada de outro poder (1996, p. 172).

De acordo com esses postulados, cada poder tem a prerrogativa de estabelecer suas atividades regulares e de ordenar o próprio regime interno. Caso uma das forças políticas do Estado extrapole seus deveres, outro poder estaria legitimado a corrigir a lesão a bem jurídico ou impedir que seus atos ameaçassem a paz, a ordem constitucional e a legal. Nesse diapasão, cada poder estaria capacitado a frear os delírios despóticos do outro, evitando-se a lesão a direitos individuais e a limitação da atividade econômica tão preciosa à burguesia.

Os ideais liberais desenvolvidos por Montesquieu foram tão importantes para a história moderna do ocidente que a Constituição Americana de 1787 e a Carta de Direitos Francesa de 1791 adotaram aqueles postulados. A história provou que o melhor modelo político de Estado, que atende aos interesses de preservação da liberdade individual frente à ação opressora do Estado, foi o da tripartição de poderes no formato tão bem desenvolvido por Montesquieu na sua obra - O Espírito das Leis.

Conclui-se que o princípio da separação dos poderes constituiu a grande salvaguarda das democracias modernas frente ao temor do retrocesso a regimes absolutistas ou ditatoriais. Além disso, estatuiu a garantia de proteção da liberdade individual em face do Poder Executivo excessivamente centralizador, do Poder Legislativo que viola a Constituição ou do ativismo reacionário exagerado do Poder Judiciário.

Não obstante, os monarcas e titulares do poder político enfrentariam um novo desafio no jogo da manutenção da paz social, da unidade nacional e do equilíbrio de forças dos diversos atores sociais: a necessidade de garantir os direitos do proletariado.

Os Estados modernos passaram a reconhecer direitos sociais aos seus cidadãos, como a Lei dos pobres (Inglaterra) e a Lei do seguro-doença, da Alemanha de Otto Von Bismarck, em 1883. A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, houve novo salto evolucionário do regime político das nações

com a adoção de normas programáticas, destinadas a garantir direitos sociais aos seus cidadãos, com o fim de reduzir as desigualdades sociais e fomentar uma sociedade mais igual e fraterna.

As cartas constitucionais modernas estão eivadas de princípios e diretrizes de cunho social, de aplicabilidade imediata, e outras de cunho prospectivo, a serem implementadas de forma diferida no tempo, de acordo com as possibilidades do Estado. Essas normas, conhecidas como programáticas pelo direito brasileiro, tornaram-se grandes fontes de tensão entre o poder Executivo e o Poder Judiciário, já que a sociedade exige sua pronta concretização. Consubstanciam-se em princípios e ações a serem encabeçadas pelo poder público na efetivação de direitos sociais.

Luís Roberto Barroso entende que, no efeito diferido, as normas programáticas não são sindicáveis pelo Poder Judiciário porque demandam uma atividade da administração pública escorada em critérios de conveniência e oportunidade, isto é, fazem parte do mérito do ato administrativo, cuja invasão importaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes (2009, p. 116). Todavia, na realização do Estado social mínimo, deve o Poder Judiciário efetivar os direitos sociais programáticos caso seja provocado para tanto, com o propósito de se evitar que as aspirações sociais, de matriz constitucional, sejam reiteradamente ignoradas pelo poder público (TAVARES, 2012, p. 42).

No Brasil, a não consecução dos direitos sociais programáticos decorrentes do descaso ou inabilidade do Poder Executivo tem gerado tensões sociais que importam no crescente acionamento do Poder Judiciário para que implemente políticas públicas com a finalidade de concretizar direitos sociais de cunho constitucional. O Poder Executivo tem, reiteradamente, negado a implantação de políticas sociais programáticas, criadas pela Carta de Direitos de 1988, com fulcro no princípio da separação dos poderes e sob o fundamento de que o Poder Judiciário não pode invadir sua seara de competência.

Passemos a examinar o princípio da separação de poderes, segundo a Carta Política de 1988.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, consagrou a harmonia e independência entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao Poder Legislativo, coube desenhar o arcabouço normativo, instituir as normas estruturais e dispositivas e exercer o controle orçamentário do Poder Executivo, com auxílio do Tribunal de Contas. São atribuições do Poder Executivo: a fiel execução das leis e a implementação das políticas públicas previstas na Carta Política. Por fim, ao Poder Judiciário foi conferida a fiscalização dos demais poderes, seja pelo controle concreto e abstrato de constitucionalidade, seja pela anulação dos atos administrativos eivados de vícios formais ou contrários à lei. Dessarte, é da essência do Poder Judiciário imiscuir-se nas questões e atos dos demais poderes que atentarem contra a Carta Política e as leis, assegurada a autonomia interna dos demais poderes estatais.

Enquanto no sistema parlamentarista, a função executiva, para o regular desempenho de suas funções, depende do apoio do parlamento, em verdadeiro regime de cooperação, o sistema presidencialista demanda a existência de harmonia e independência entre seus poderes.

Explica José Afonso da Silva que a independência consiste na ideia de que os poderes são livres, respeitadas a Constituição e as leis, para organizar seus serviços; no exercício de funções próprias, não carece da permissão dos demais poderes; possui formas próprias de investidura das pessoas nos órgãos, independentemente da confiança ou da vontade alheia. Quanto à harmonia, a Lei Magna estabeleceu a obrigatoriedade de respeito às prerrogativas dos demais poderes e criou um sistema de freios e contrapesos, com o fim de preservar o equilíbrio de forças entre os poderes para que possam fiscalizar uns aos outros e evitar possíveis arbítrios (SILVA, 2014, p. 112).

Com razão o citado autor. A Constituição Federal de 1988 consagrou diversos dispositivos que têm como função evitar que um poder abuse de suas prerrogativas e cause abalos à estabilidade do sistema de poder estatal brasileiro. Temos como exemplo, previsto no artigo 52 da CF/88, a prerrogativa de o Senado Federal processar e julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade. Nessa hipótese, constata-se que foi atribuída ao Senado função judicante.

Igualmente, tem-se a possibilidade, insculpida no artigo 62 da Lei Magna, de o Presidente da República editar medidas provisórias, atividade manifestamente legiferante, com o desiderato de vencer a inércia do Poder Legislativo. Da mesma forma, a Lei Magna previu o controle da atividade legislativa, por conduto do controle abstrato de constitucionalidade conferido à Suprema Corte do país.

Paulo Bonavides, igualmente, reputa como forma de manutenção do equilíbrio dos poderes exercida pelo Poder Judiciário não só a declaração de inconstitucionalidade das leis, como meio de limitar o Poder Legislativo, mas também o dever de examinar a legalidade dos atos administrativos como via para evitar abusos perpetrados pelo Poder Executivo (BONAVIDES, 2005, p. 152).

Como bem desenhado pela lei maior, pode-se constatar que nenhum poder pode se sobressair aos demais. Cada um dispõe de ferramentas democráticas para evitar que os outros se desviem de suas funções ou que se abstraiam de perpetrar suas missões institucionais.

Do exposto, vislumbra-se que o esquema do jogo de poder estatal traçado pela Constituição Federal de 1988 espelha a conformação inicial de separação de poderes prevista por Montesquieu. Não apenas isso: a Carta Política evoluiu ao prever que o equilíbrio dos poderes deve não só garantir a liberdade individual e econômica, pelas ações de estatuir e impedir, mas também autorizar o Poder Judiciário a impor, ao Poder Executivo, obrigações de fazer caso haja omissão ou ação ineficiente na concreção de direitos fundamentais ou sociais.

3. ATO ADMINISTRATIVO

A Carta Magna de 1988 atribuiu ao Poder Executivo, em seu artigo 84, II, a direção superior da administração federal, isto é, competirá ao Presidente da Republica, auxiliado pelos Ministros de Estado, dirigir a máquina estatal, no âmbito federal.

Coube ao Poder Executivo a fiel aplicação da lei, o provimento das necessidades individuais e coletivas, a consecução do bem comum, a defesa da sociedade das agressões perpetradas pelos inimigos domésticos e estrangeiros, a promoção universal da saúde pública, como também a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pelo Poder Constituinte. Nesse diapasão, diferentemente das funções legislativas e jurisdicionais, à administração pública incumbiu-se o dever de sanar material e imediatamente as necessidades individuais e coletivas exigidas pelo ordenamento jurídico (Pietro, 2004, 186).

Questiona-se se poderia o Poder Judiciário, diante da manifesta inércia ou ineficiência do Poder Executivo, efetivar direitos e garantias fundamentais consagrados pelo texto constitucional. A resposta para tal questionamento exige um apanhado, ainda que breve, da evolução doutrinária do exame do mérito do ato administrativo praticado pelo Poder Executivo.

Os poderes constituinte e constituído, por mais criativos que sejam, não foram capazes de regrar todas as situações que se podem apresentar na interação entre os membros da sociedade. Para aquelas hipóteses devidamente reguladas pelas leis, não poderá o administrador desviar-se dos estritos comandos normativos, pois a ele não foi conferida a prerrogativa de escolher o momento ou a melhor condição de exercício de sua atividade. Tem-se aqui o ato administrativo vinculado. Há situações em que a lei, para preservar direitos individuais e interesses da própria administração frente a possíveis abusos praticados por quem a represente, disciplinou todos os elementos e procedimentos do ato administrativo, podando-se a liberdade de ação do servidor ou agente público.

Nas hipóteses que fogem à competência vinculada, foi conferida, ao administrador, a possibilidade de praticar o ato administrativo de acordo com sua avaliação do caso concreto. A lei conferiu-lhe o poder-dever de sopesar qual o melhor momento de praticar o ato e em que condições. Nessa toada, o administrador poderá escolher, dentre as diversas situações possíveis, aquela que melhor se coadunará com o interesse público protegido pela norma que legitima sua atuação, exercendo um juízo de conveniência e oportunidade. Conquanto, essa ponderação deverá sempre respeitar tanto os limites traçados pela lei, quanto as normas e princípios constitucionais que dão fundamento a todo o ordenamento jurídico. Desse modo, o sistema jurídico conferiu certa liberdade ao administrador público para que opte, entre as alternativas possíveis, legalmente

admissíveis, aquelas que atendam o interesse público da forma mais eficiente possível, sem lesar direitos e interesses sociais.

A discricionariedade é um importante instrumento de consecução das finalidades públicas e preservação de direitos e garantias fundamentais porque seria impossível ao legislador tutelar todas as hipóteses de atuação administrativa com as quais irá se deparar o administrador no exercício regular de sua função. Muitas vezes o agente público tem de tomar decisões importantes, de vida ou morte, que melhor cumpram o interesse público em questão de segundos, por exemplo, nos casos de desastres de grandes proporções. Por causa disso, necessita de um mínimo de liberdade para que possa optar, dentro da legalidade, pela via que melhor assegure os interesses sociais, atendidas as peculiaridades do caso concreto.

3.1 Controle do Ato Administrativo Discricionário pelo Poder Judiciário

Interessa a este trabalho o exame do ato administrativo discricionário, fonte de diversos embates políticos entre os poderes da República. A possibilidade de controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário é uma realidade que não se pode ignorar, já que a Carta de Direitos de 1988 consagrou, como princípio constitucional, a inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário sempre que se violem ou se ameacem direitos. Não obstante, não se traçaram, ainda, quais seriam os exatos limites entre a liberdade necessária para a administração pública exercer suas funções da maneira mais expedita e eficiente possível, em respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A doutrina, tida como tradicional, ensina que o Poder Judiciário somente pode imiscuir-se na análise do mérito administrativo quanto a sua legalidade e a sua finalidade. Na obra de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 202), é possível encontrar excertos que comprovam essa afirmação:

> A Justiça somente anula atos ilegais, não podendo revogar atos inconvenientes ou inoportunos mas formal e substancialmente legítimos, porque isto é atribuição exclusiva da Administração.
>
> (...)
>
> Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesse da coletividade. MEIRELLES, 2014, p. 202

De acordo com aquele autor, o controle judicial dos atos do poder público seria somente de legalidade. Nessa esteira, como o artigo 5º, XXXV, da Carta Política, prescreveu que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, o Poder Judiciário somente apreciaria a legalidade do ato administrativo caso importasse lesão a direito individual ou interesse coletivo. Esclareça-se, consoante a doutrina tradicional administrativista, que o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário seria restrito à observância do devido processo administrativo e da legalidade. Nesse diapasão, a justiça seria impedida de analisar a conveniência e oportunidade do ato, isto é, o mérito administrativo, propriamente dito, seria indevassável.

Carvalho Filho resume o pensamento da doutrina tradicional acerca da indevassabilidade do mérito administrativo ao explicar que o Poder Judiciário tem o poder-dever de examinar se o ato administrativo se encontra dentro dos parâmetros legais. Todavia, ser-lhe-ia vedado imiscuir-se na aferição dos critérios do ato administrativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Nesse raciocínio, o juízo de conveniência e oportunidade, isto é, o mérito do ato administrativo estaria a salvo do crivo do Poder Judiciário.

O poder discricionário tem como um dos seus limites a necessidade de adequação do ato à finalidade que lastreou a ação do poder público. É imperativo que se demonstre que a escolha efetuada pela administração pública é uma alternativa útil e necessária à consecução dos fins estampados na lei. Outra amarra do poder discricionário é a teoria dos motivos determinantes,

segundo a qual o ato administrativo está vinculado ao motivo que o determinou caso não haja correspondência legal e lógica do ato à fundamentação escolhida pelo administrador o ato será nulo. O dever de fundamentar as escolhas do administrador, no exercício de seu *múnus* público, decorre da lei, mais precisamente do artigo 2º, parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784/99.

Não obstante, houve uma evolução no conceito do princípio da legalidade promovido pelo constitucionalismo: o administrador deve obediência não somente à lei, como também à Constituição. Como lecionou Seabra Fagundes, a Carta Política é o fundamento de agir da administração, por isso é desnecessária a emissão de lei para que o administrador siga os princípios constitucionais (2010, p. 119). No mesmo sentido, Aline Silva de Oliveira (2011, p. 227) esclarece que houve uma extensão do conceito de legalidade para fins de aferição da regularidade do ato administrativo, abarcando não só a lei em sentido estrito, como também todo o ordenamento jurídico, incluídas as normas e princípios constitucionais, alicerces de todo o sistema de direito positivo.

Como salientado, as constituições modernas têm como escopo principal frear a ação abusiva do Estado na economia e garantir as liberdades individuais e coletivas. Nessa via, as leis retiram seu fundamento de validade da norma inaugural, e a administração pública, com escora no princípio da legalidade, deve não somente obedecer às leis, mas ser leal ao pilar que legitima todo o sistema jurídico: a Constituição Federal. Seria um contrassenso pensar que a administração pública estivesse livre das amarras das normas e princípios constitucionais e somente encontrasse limites nos postulados do poder constituinte derivado. Deve-se ter em mente que a Carta de direitos é um conjunto de limites dirigido ao poder estatal, seja ele exercido pelo Executivo, seja pelo Legislativo ou Judiciário.

Catarina e Vladimir França (2010, p. 378) entendem que não se pode restringir o controle jurisdicional da legalidade, mesmo que a administração oponha imperativos de conveniência e oportunidade, pois, mesmo que se trate de apreciação subjetiva do administrador, caso haja lesão a direito individual, deve o Judiciário extirpar o ato administrativo ilegal do sistema jurídico.

Tércio Aragão Brilhante (BRILHANTE, 2011, p. 97) explica que o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante, ao Poder Judiciário, o exame da ocorrência de violações às normas constitucionais, aos seus princípios e às normas infraconstitucionais. Todavia, o Poder Judiciário teria limites, quais sejam, a liberdade de escolha do administrador para examinar duas opções legalmente válidas e a eleição daquela que melhor convém ao interesse público.

Entretanto, a necessidade de assegurar os direitos e garantias individuais e um estado social mínimo tem legitimado o entendimento de que a administração pública não tem poder absoluto. Caso haja omissão na efetividade de direitos constitucionais, poderá o Poder Judiciário apreciar, até mesmo, o mérito do ato administrativo. A administração pública tem o dever de fiel aplicação das decisões do Poder Legislativo, o qual detém a legitimidade para manifestar os desejos do povo acerca das diretrizes da nação. Nesse confronto de poderes, cabe ao Poder Judiciário examinar se os atos administrativos guardam a devida pertinência com os anseios da sociedade, inscritos na Carta de Direitos de 1988, e com as manifestações dos representantes do povo consagradas na legislação infraconstitucional.

Importante destacar que os membros do Poder Executivo ainda se utilizam do argumento de que o Poder Judiciário não teria legitimidade para adentrar no exame do mérito administrativo porque seus membros não foram escolhidos por meio de eleições diretas, razão pela qual as decisões judiciais padeceriam de vício de legitimidade. Tal posicionamento político tem como desiderato enfraquecer o Judiciário enquanto poder da República em razão do seu protagonismo, cada vez maior, nos destinos da nação, fomentado pela inércia dos demais poderes no cumprimento de seus deveres institucionais. Contudo, tal pensamento não encontra respaldo no texto constitucional, uma vez que o próprio povo, por meio de seus representantes, reunidos no Congresso Nacional, promulgou a Constituição Federal de 1988, cujo artigo 2º instituiu que os poderes da República são harmônicos e independentes entre si. Da mesma maneira, o povo brasileiro definiu a forma de investidura dos membros do Poder Judiciário. Por consequência, não há que se falar em defeito de representatividade.

A Constituição da República não somente estruturou o Estado e as formas de inovação do ordenamento jurídico. Ela também estabeleceu a garantia dos direitos e liberdades individuais frente à ação ditatorial do próprio Estado e das maiorias políticas. Esclareça-se, a Lei Magna tem como função garantir os direitos e liberdades públicas, mesmo que a maioria da população legitime eventual lesão a direitos. Trata-se da função contramajoritária atribuída ao Poder Judiciário com o fim de podar os abusos perpetrados pela maioria política que domine o Poder Executivo, o Legislativo ou a ambos. A história é pródiga em oferecer exemplos de atos ditatoriais ou de crimes contra a humanidade perpetrados pelo Estado com o beneplácito da maioria da população, a exemplo da Alemanha Nazista de Adolf Hitler, que aprovou diversos textos legais que retiraram o direito à propriedade, à liberdade e à vida de judeus, ciganos, homossexuais, dentre outros grupos sociais minoritários.

À vista disso, cabe ao Poder Judiciário enfrentar a ameaça ou lesão a direitos constitucionais perpetrados por quem quer que seja, mesmo que o ato conte com o apoio da maioria da população. GEORGES ABBOUD destaca que a corte constitucional e os demais magistrados têm diversas garantias que resguardem sua liberdade de decidir contra a vontade da maioria da população na missão institucional de preservar a autoridade da Constituição e dos direitos e liberdades públicas. Consoante aquele autor, o sistema normativo deve resguardar a Suprema Corte das paixões populares na aplicação das normas, garantindo-se a prevalência do texto constitucional mesmo que a ação do Pretório Excelso contrarie a vontade popular (2014, p. 107). O poder constituinte inaugural brasileiro foi sábio ao assegurar garantias funcionais aos magistrados, principalmente em relação à desnecessidade de eleição como forma de investidura, justamente para salvaguardar o Poder Judiciário da volatilidade das paixões das massas tão nocivas às minorias políticas, sociais e étnicas. Não é preciso retroceder historicamente para perceber a violação dos direitos constitucionais das minorias pelos representantes eleitos da maioria da população, basta atentar-se para a atual situação vivida pelas unidades familiares compostas por casais do mesmo sexo que somente com a intervenção do Poder Judiciário obtêm o reconhecimento de direitos sucessórios, previdenciários e autorizações para adotar crianças.

A importante função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário para resguardar o núcleo central de direitos constitucionais frente à força opressora das maiorias não se trata de mero conceito doutrinário ou jurisprudencial, mas sim de uma salvaguarda de matriz constitucional prevista no artigo 102, I, “a”, a qual autoriza a Suprema Corte brasileira a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. O processo legislativo é movido pelos representantes eleitos do povo, isto é, o povo indiretamente legisla, e, eventualmente, isso pode lesar direitos fundamentais de terceiros. Diante desse perigo de lesão ao núcleo duro protetivo da Lei Maior inscrito no artigo 60, §4º, IV, previu-se que o Poder Judiciário pode retirar do ordenamento normas portadoras de tais vícios.

Pois bem, no exercício de sua competência institucional, por exemplo, é vedado ao Poder Executivo, em nome da discricionariedade do ato administrativo, lesar direitos fundamentais, como o acesso a tratamento de saúde. Na defesa do princípio da universalidade do acesso à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal, determinou a Justiça Federal de Guarulhos/SP, no processo nº 0008817-82.2015.403.6119, que a União fornecesse medicamento a paciente com enfermidade rara, utilizando para seu custeio verba destinada à propaganda oficial do governo federal. Com razão o Poder Judiciário Federal. No exame da questão citada, apresentada ameaça de lesão a direito fundamental, cabe ao Judiciário revisar o mérito do ato administrativo que destinou verba pública para fim secundário da administração em detrimento das prioridades elencadas na Carta Magna. Assim, na ponderação de interesses entre a garantia de tratamento médico que pode salvar a vida de uma cidadã e a promoção midiática dos feitos do administrador, prevaleceu a recuperação da saúde do trabalhador brasileiro. Trata-se de exemplo gritante da péssima escolha do administrador na gestão dos recursos públicos, privilegiando-se a promoção pessoal do agente público em detrimento da saúde da população, direito social assegurado no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal.

Na mesma toada, a Suprema Corte decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 592581, que é possível interposição de ação civil pública para garantir direitos fundamentais de aplicação imediata e que questões orçamentárias não podem constituir obstáculos para sua concretização. Nessa mesma ação, de repercussão geral, entendeu o Pretório Excelso que não se pode falar em lesão ao princípio da separação dos poderes, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Segundo o Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RE 592581. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul X Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Lewandowski. Acórdão 13/05/2015. DJE 01/02/2016. DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016)

Assim sendo, fixou o Supremo Tribunal Federal que é possível o enfrentamento do mérito do ato administrativo, pelo Poder Judiciário, desde que esteja configurada ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo. Não só isso, a corte máxima do país decidiu que não há violação ao princípio da tripartição dos poderes nas hipóteses de implementação, pelo Judiciário, de políticas públicas que tenham como fim a promoção dos direitos fundamentais, desde que haja inércia injustificada do poder público.

José dos Santos Carvalho Filho explica que houve uma evolução da interpretação do princípio da separação dos poderes no sentido de se admitir a reforma do ato administrativo com o fito de se garantir a eficácia de direitos e garantias constitucionais (2014, p. 56). Realmente, com espeque no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, principalmente das regras de salvaguarda de direitos e liberdades públicas, a Suprema Corte passou a permitir o reexame das decisões do Poder Executivo, mais precisamente nas hipóteses de omissão de prestações de cunho social que ameacem a efetividade de direitos de assento constitucional.

A manifesta ineficiência administrativa tem fomentado um expressivo movimento de ativismo judicial, consistente na ocupação dos espaços de atuação abandonados ou insuficientemente tutelados pelo Poder Executivo. Evidentemente, para se garantir o princípio da separação dos poderes, é imperativo que se definam quais seriam os limites de atuação do Poder Judiciário no exame da necessidade de imposição de obrigação fazer à administração pública, quais seriam os critérios de exame da possibilidade jurídica das pretensões opostas à administração publica. José dos Santos Carvalho Filho reconhece que é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio por meio do qual se possa garantir o respeito ao princípio da separação dos poderes e a existência de mecanismos efetivos, a exemplo da ação civil pública, que obriguem a administração pública a cumprir seus deveres caso haja omissão parcial ou total de suas incumbências institucionais (2013, p. 11).

Nas hipóteses em que o Poder Executivo não desempenha adequadamente seu papel constitucional, importando sua desídia em ofensa a direito ou garantia de assento constitucional, tem o Poder Judiciário, respaldado pela Carta Política, o dever de resguardar o indivíduo da arbitrariedade do Estado ou das maiorias políticas.

Esposa-se a mesma posição da Suprema Corte. O contrato social estabelecido entre os cidadãos e o Estado tem um núcleo duro de que não pode ser disposto pelos poderes do Estado: a garantia de direitos individuais em face do arbítrio estatal, a defesa das liberdades públicas e manutenção de um estado social mínimo. Tais diretrizes gozam de imunidade frente não só aos abusos do Poder Executivo e do Legislativo, mas também a sua inércia.

É necessário que a liberdade de escolha do Poder Executivo, diante da existência de duas hipóteses legais e constitucionais, seja preservada como uma das formas de se garantir o equilíbrio das forças políticas do Estado. Não obstante, diante de escolhas manifestamente desarrazoadas e desproporcionais, *prima facie* violadoras de direitos individuais, tem o Poder Judiciário o dever de agir e de implementar, caso provocado, as garantias fundamentais previstas na Lei Maior. No caso supracitado enfrentado pela Suprema Corte, a lesão a direito fundamental consistiu no emprego insuficiente do fundo penitenciário para a adequação das instalações prisionais que garantissem a mínima dignidade humana dos encarcerados. O Pretório Excelso foi obrigado a tomar uma atitude proativa diante da inércia do Poder Executivo Estadual. Constatou-se que as atitudes do administrador, na busca do interesse público, naquele caso concreto, foram catastróficas e importaram na violação da dignidade da pessoa humana dos pacientes do caótico sistema carcerário brasileiro, situação que legitimou a intervenção do Poder Judiciário.

Por conseguinte, no atual regime constitucional, no exercício de suas regulares atribuições, diante da existência de duas opções legalmente viáveis, no uso do poder discricionário, caberá ao agente público escolher qual a que melhor atende ao interesse público. Não obstante, caso alguém se repute lesado pela administração, caberá ao Poder Judiciário o exame de legalidade e constitucionalidade do ato. Constatada a lesão ou ameaça a direito pela ação ou omissão do Estado, deverá o Poder Judiciário debelá-las, inclusive por conduto da imposição de obrigação de fazer à administração pública para que concretize a vontade da Constituição.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, foi possível constatar que o princípio da separação dos poderes foi gestado e desenvolvido com o fim de garantir as liberdades individuais e coletivas frente à ação opressora do Estado. A moderna conjuntura de equilíbrio das forças políticas das nações, em que cada poder contém os impulsos autoritários dos outros por meio do chamado sistema de freios e contrapesos idealizado por Belingbroke e tão bem desenvolvido por Montesquieu, é o maior instrumento de garantia da paz social.

Viu-se que a crise de efetividade dos direitos e garantias fundamentais e sociais gerou um sentimento de insatisfação da população com a atuação dos poderes Executivo e Legislativo, a qual tem recorrido, reiteradamente, ao Poder Judiciário para que torne realidade o quadro social desenhado pela Constituição Federal de 1988.

Vislumbrou-se que as ações praticadas pelo Poder Executivo, no exercício de sua competência regular, mesmo que respaldadas pela vontade das maiorias políticas, estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, no exercício de sua inerente função contramajoritária e como corolário do princípio da separação dos poderes, evitando-se a lesão ou ameaça às liberdades individuais e coletivas.

Constatou-se que a Administração Pública, na sua importante missão institucional de tornar realidade os auspícios sociais retratados na Carta Magna, age por conduto de atos, cujos elementos estão rigorosamente demarcados na norma, chamados de vinculados, e por intermédio de atos denominados de discricionários, cujas consecuções demandam certa liberdade de escolha do administrador. Isso quer dizer que o mérito administrativo estará sujeito a juízos de conveniência e oportunidade do agente público, sempre buscada a finalidade pública.

As hipóteses de intervenção judicial no ato administrativo discricionário evoluíram, significativamente, desde o estágio da inexistência de qualquer forma de limitação, característica das monarquias absolutistas. Com o desenvolvimento social, permitiu-se o controle de legalidade, da motivação e finalidade do ato administrativo. Por fim, nos regimes constitucionais modernos, admitiu-se a incursão na seara do mérito do ato administrativo.

Na execução de sua atividade fim, o administrador, no uso da competência discricionária, terá a prerrogativa de escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, qual alternativa que melhor preservará o interesse público, desde que ambas não contrariem a ordem legal e a constitucional. Porém, caso o ato tenha sido denunciado como ilegal ou inconstitucional, ou ainda,

padeça de algum vício capaz de lesar ou ameaçar direitos e garantias individuais ou sociais, deverá o Poder Judiciário, caso provocado, promover o reexame do ato.

Nesse diapasão, conclui-se que o mérito administrativo pode e deve ser devassado pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de violação de direitos e liberdades, como também caso haja manifesta inércia no cumprimento dos deveres do agente público. Vislumbrada a atuação insuficiente do Estado na implantação de políticas públicas de promoção de direitos fundamentais e sociais, intervirá o Judiciário por meio da imposição de obrigação de fazer à administração com o fim de cumprir os comandos emanados da Constituição. Todavia, realizado o ato discricionário de acordo com as normas regentes, de forma razoável e proporcional, sem a violação aos direitos individuais e coletivos e a interesses sociais, não poderá ser alterado pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 9ª ed. Rio de Janeito: Renovar, 2009.

Bonavides, Paulo. **Ciência política**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros: 2005.

BRILHANTE, Tércio Aragão. **Controle judicial da substância do ato administrativo: Questões sobre mérito, discricionariedade e conceitos indeterminados**. Revista Síntese Direito Administrativo, Ano VI, nº 63, Março de 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Federação, eficiência e ativismo judicial.** *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 31-41, set./out. 2013.

FRANÇA, Vladimir da Rocha; FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. **Limites constitucionais ao controle jurisdicional dos atos administrativos.** In: Vladimir da Rocha França, Andre Elali e Artur Cortez Bonifácio. Novas tendências do direito constitucional: em homenagem ao Professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de, 1689-1755. **O espírito das leis/Montesquieu**; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Aline Silva de. A e C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. **Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios.** Ed. Fórum: Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p1-254, jan/mar 2011.

PIETRO. Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo.** 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SCHMITT, Carl. 1888-1985. **Constitucional theory.** apresentação Ellen Kenedy. tradução e edição Jeffery Seitzer. Durham e Londres: Duke University Press, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder Judiciário brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012.