

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Wemerson Cassio Sousa Horbylon¹

Renata Lamounier Oliveira²

RESUMO

O tema do presente artigo científico abordou a possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário sem que tal atuação ferisse o princípio da separação entre os poderes. E, nesse ínterim, foram definidas as formas de controle feitas pela própria Administração Pública e outras que podem limitar a atuação desta em casos concretos quando o ato é eivado de vício que o torna ilegal. Desse modo, observa-se a importância de se tratar o tema, visto que é fundamental para o caso verificar o grau de interferência que pode haver entre os poderes, observando-se o sistema de freios e contrapesos em contraponto à independência dos poderes, objetivando – necessariamente – o equilíbrio, a fim de atender sempre o interesse público. Para tanto, buscaram-se na doutrina pátria e na jurisprudência parâmetros verossímeis, os quais fundamentaram pesquisa a fim de – através do método dedutivo e inferências hipotéticas – solucionar o problema proposto.

Palavras-chave: Controle dos atos administrativos. Mérito Administrativo. Princípio da Separação dos Poderes.

¹ Acadêmico do Curso de Direito UniRV – Campus Caiapônia, GO.

² Orientadora: Bacharel em Direito. Especialista em Direito Processual Civil. Docente do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

1 INTRODUÇÃO

Estar a par da atuação da Administração Pública no atual contexto social é necessário para toda a coletividade, visto que é por meio dela que a organização, distribuição e manutenção dos recursos e bens públicos são realizados. Nesse contexto, faz-se mister compreender tal atuação através dos atos exarados pelo poder público por seus órgãos e agentes frente à sociedade, a fim de almejar o ideal, o interesse da coletividade. Para tanto, a Administração Pública utiliza de certas prerrogativas não conferidas aos particulares, podendo, dessa forma, atuar em diversos casos com ampla margem de liberdade, como por exemplo, no uso do poder de polícia.

Nesse contexto, será delimitada em primeiro momento a diferença entre ato e fato jurídico em sentido estrito e amplo e o conceito de ato administrativo. Adiante, as especificidades dos atos vinculados e discricionários, os elementos do ato administrativo, as hipóteses de controle bem como sua correlação com o princípio da separação dos poderes. Ato seguinte, traçaremos os objetivos geral e específicos, bem como a metodologia proposta. Por fim, serão elencados os resultados e discussões, bem como a conclusão.

Dentre as diversas classificações dos atos administrativos, o presente estudo buscou enfocar dois deles: o ato vinculado e o discricionário. Em especial o último. Se nos atos vinculados não há margem de liberdade para o administrador, devendo atuar nos estritos ditames legais, nos atos discricionários tal fato torna-se possível. Necessário, porém, verificar qual o grau de oportunidade conveniência é permitido e se há ou não possibilidade de interferência pelo Poder Judiciário, em caso de abuso de autoridade.

Foi delineado, pelo exposto, o seguinte problema: há possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos sem que tal interferência fira o princípio da separação entre os poderes?

Neste sentido têm-se como hipóteses: I) O controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário é possível, visto que somente a ele, em função do sistema do sistema de jurisdição uma, é dado o controle de legalidade dos atos. II) O princípio da separação dos poderes não é mitigado pela interferência do Poder Judiciário em atos administrativos discricionários, por tratar-se de controle exercido em virtude do sistema de freios e contrapesos. III) Não é possível o controle dos atos administrativos discricionários pelo

Poder Judiciário, visto que tais atos são realizados sob autonomia da Administração Pública, não cabendo ingerências externas de sua eventual revisão.

Ademais, é necessário salientar, neste caso, a importância do princípio da separação dos poderes, no que tange à autonomia e independência funcional que devem existir entre as instituições. O controle dos atos deve estar em consonância com os princípios e regras que regem a Constituição Federal, a fim de que não haja usurpação de competências entre os poderes.

Observou-se que, não obstante ser possível o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, este só é possível nos atos vinculados. Não é possível o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, visto que tais atos são realizados sob autonomia da Administração Pública, não cabendo ingerências externas de sua eventual revisão. Objeto, portanto, do presente estudo, foi verificar qual grau de atuação do Poder Judiciário no âmbito administrativo.

Foi determinante, ainda, para o aprendizado, analisar se o princípio da separação dos Poderes, explícito na atual Constituição Federal brasileira, é desrespeitado quando da interferência no mérito administrativo, levando-se em consideração as funções típicas e atípicas dos poderes constitucionais, bem como evidenciar a relevância que tal princípio tem para o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, denota-se a importância em tratar sobre o tema, que, pelo exposto, é verificada pela relação direta que há entre a sociedade e Administração Pública por sua atuação, bem como a relação que o próprio Poder Público tem entre si para alcançar o interesse da coletividade de forma adequada.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de adentrar no conceito de ato administrativo, necessário para a compreensão de todo o trabalho, faz-se oportuno traçar alguns apontamentos no que concerne à diferenciação entre fatos e atos jurídicos, constantes no direito privado. Fatos e atos jurídicos são, assim, acontecimentos ligados à atividade humana ou a eventos capazes de produzir efeitos no âmbito jurídico.

2.1 FATOS JURÍDICOS EM SENTIDO AMPLO

Os fatos jurídicos são classificados pela doutrina, pelo gênero e espécie. De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 507):

Tudo aquilo que interessa ao direito – isto é, todos os eventos, naturais ou humanos, a que o direito atribui significação, e aos quais vincula consequências jurídicas – integra os denominados fatos jurídicos em sentido amplo.

Nesse sentido, os fatos jurídicos em sentido amplo são subdivididos em fatos jurídicos em sentido estrito e atos jurídicos. O primeiro consiste em eventos naturais que ocorrem independentemente da vontade humana, e que produzem efeitos jurídicos. Tome-se como exemplo o nascimento, a morte e o transcurso do tempo.

No que concerne aos atos jurídicos, o fator determinante é a manifestação unilateral de vontade do ser humano, tendo como fim a produção de efeitos, seja para criar, modificar ou extinguir relação jurídica. “O ato jurídico possui a característica primordial de ser um ato de vontade, com idoneidade de infundir determinados efeitos no mundo jurídico” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 99).

Assim, o que diferencia o fato jurídico em sentido estrito do ato jurídico é a ação volitiva em discussão, isto é, será ato jurídico tudo aquilo que interessa ao direito e que fora pelo homem quisto. De outra ponta, necessário se faz discorrer sobre o ato administrativo.

2.2 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é espécie de ato jurídico. Diferencia-se deste por ter peculiaridades tais como: ser exarado por agente público ou privado com prerrogativas de direito público, a fim de satisfazer o interesse da coletividade, também denominado de interesse público primário.

Segundo Melo (2009, p. 380) ato administrativo é:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

O ato administrativo, dessa forma, é toda manifestação unilateral da Administração Pública para satisfação do interesse da coletividade, como – por exemplo – a construção de um hospital, aquisição de materiais, dentre outros.

A conceituação de ato administrativo é imprescindível para a compreensão de elementos que lhes são conexos, tais como os atos vinculados e discricionários, o controle exercido neste ato, como também a interferência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, os quais serão abordados em momento oportuno.

2.3 ATO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

A manifestação de vontade pela Administração Pública é feita obedecendo-se os parâmetros regidos pela Constituição Federal, bem como pelas normas infraconstitucionais dela decorrentes. Para tanto, há hipóteses de impossibilidade de escolha ou liberdade de atuação visto que a lei não deixou opção e há outras em que o legislador conferiu uma certa margem de liberdade – dentro da lei – para alcançar o interesse da coletividade.

2.3.1 Atos vinculados

Os atos vinculados são aqueles em que a lei não deixou margem de escolha na atuação da Administração Pública. O Poder Público, nesse sentido, deve atuar somente de um modo, não faz jus de valor, tampouco de conveniência e oportunidade. Dessa forma, caso preencha-se os requisitos da lei, obriga-se a Administração a praticar o ato. Sendo assim, “Não cabe ao agente público apreciar oportunidade ou conveniência administrativas quanto à edição do ato; uma vez atendidas as condições legais, o ato tem que ser praticado” (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 513).

A título de exemplo podemos mencionar a concessão de licença maternidade a uma servidora caso estejam presentes todos os requisitos para a sua concessão, em virtude de haver previsão legal para o ato. Frisa-se que a vinculação, neste caso, garante a terceiros o direito adquirido.

2.3.2 Atos discricionários

Diferente do ato vinculado, no ato discricionário a Administração Pública pode atuar com certa margem de liberdade dentro dos limites legais, em relação ao seu conteúdo. Nesse sentido, há mais de um modo de atuação, e – assim – haverá um juízo de conveniência e oportunidade, sempre dentro dos parâmetros legais.

Para Carvalho (2016, p. 239) “O ato discricionário, por sua vez, é aquele ato determinado em lei, no qual o dispositivo legal confere margem de escolha ao administrador público mediante análise de mérito (razões de oportunidade e conveniência)”. Nesse sentido, segundo o autor, os elementos motivo e objeto do ato discricionário integram o mérito administrativo, sendo que – não se ultrapassando os limites legais – não há de falar em controle por parte de outro Poder.

Interessante situação quanto ao mérito administrativo se dá em relação ao coronavírus (COVID-19), pandemia que ocasionou, neste ano de 2020, milhares de infectados e mortes por todos os continentes do Planeta Terra. O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador Geraldo Pinheiro Franco, em março, suspendeu liminar de Juiz de Primeiro Grau que determinara o fechamento de rodovias de acesso a litorais Paulistas. A decisão suspensiva, dentre outras fundamentações, espeda no mérito, visto que cabe à Administração Pública – em seu juízo de oportunidade e conveniência – decidir, nos parâmetros legais, quanto às características regionais, sobretudo ao se tratar de uma calamidade pública, e não ao Poder Judiciário³.

Desse modo, o ato discricionário trata-se da possibilidade de escolha dentre várias possibilidades conferidas pela lei, a fim de que o agente público ou quem lhe faça as vezes, atue apreciando qual possibilidade melhor se adapte ao interesse público, tendo o Poder Judiciário a possibilidade de controle da legalidade do ato.

2.4 ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina aponta cinco elementos ou requisitos que compõem o ato administrativo, com base na Lei de Ação Popular em seu artigo 2º (Lei 4.717/1965). Há dissenso quanto à

³ <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/presidente-tj-sp-libera-turistas-proibe-fechamento-rodovias>>

terminologia empregada, porém, sem haver consequências práticas a utilização da nomenclatura elementos ou requisitos do ato (CARVALHO FILHO, 2016). Para fins didáticos, serão a seguir analisados como elementos dos atos administrativos a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

2.4.1 Competência

O elemento competência pode ser definido como “o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições do seu cargo”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 548).

Carvalho Filho (2016) define competência como o conjunto de atividades inerentes ao ente estatal, distribuídas entre seus órgãos e agentes públicos, mediante a edição de lei, legitimando o agente para a prática de determinadas condutas. Por ter o agente público, ou particular agindo nesta qualidade, suas competências administrativas definidas por lei, o elemento competência é sempre vinculado, não importando a natureza do ato – vinculado ou discricionário.

2.4.2 Finalidade

A finalidade é considerada como o fim que a Administração Pública deve atingir – isto é – a proteção que é buscada com a prática administrativa. Conforme ensina “o intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 121).

A doutrina subdivide o elemento finalidade em dois prismas, um de modo genérico e outro de modo específico. A finalidade genérica é imputada a todo ato administrativo, visto que é o interesse público a que deve observar a Administração Pública. No que tange à finalidade específica, “é o objetivo direto, o resultado específico a ser alcançado, previsto na lei, e que deve determinar a prática do ato”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 512).

Do mesmo modo que o elemento competência, a finalidade também é sempre elemento vinculado. Assim, caso haja atuação de agente público com finalidade diversa do interesse público, haverá vício insanável do tipo desvio de finalidade, o qual ofende não só o princípio da impessoalidade, bem como o da moralidade, elencados no caput do artigo 37, da CF/88.

2.4.3 Forma

A forma, de maneira geral, é o meio pelo qual a vontade é exteriorizada. É elemento que integra a formação do ato administrativo, visto que – sem ela – o ato não produz seus efeitos, conforme assevera Carvalho Filho (2015, p. 112):

[...] para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei a estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação.

A forma pode ser exteriorizada de vários modos, tais como de forma escrita, que é a regra; em forma de gestos, por guardas de trânsito; bem como por sinais em placas de trânsito e semáforos.

2.4.4 Motivo

O elemento motivo “representa as razões que justificam a edição do ato. É a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo” (MARINELA, 2017, p. 339). É dividido, assim, em pressuposto de fato e de direito. Fala-se em pressuposto de fato as circunstâncias, isto é, os acontecimentos que levam a Administração a praticar determinado ato, e pressuposto de direito é a norma legal que enseja a prática do ato.

A título de exemplo, na punição de um servidor, o motivo é a infração praticada; na licença paternidade, é o nascimento de um filho; na exoneração de servidor estável, é o pedido feito. Vê-se, portanto, que há, no motivo, um fato assim como um fundamento jurídico para que a Administração Pública se baseie na prática do ato.

Há que se observar, ainda, a diferença entre motivo e motivação. Como visto, motivo é pressuposto de fato e de direito o qual serve de fundamento para a prática do ato administrativo. Conforme leciona Di Pietro (2018, p. 290) “motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. [...] Diz respeito às formalidades do ato [...]”.

No que concerne à motivação, há discussão entre doutrinadores sobre a sua obrigatoriedade. Para alguns, é obrigatória em se tratando de ato vinculado, visto que não há

margem de liberdade de escolha pela Administração Pública dentro dos parâmetros da lei, devendo – para tanto – haver a exposição dos motivos pelos quais agiu de determinado modo.

Para outros, é obrigatória nos atos discricionários, visto que se não fosse a motivação, nestes casos, o controle de legalidade dos atos estaria prejudicado em virtude da oportunidade e conveniência. Por fim, há quem leciona que tanto nos atos discricionários, tanto nos vinculados há a obrigatoriedade de motivação.

Di Pietro (2018, p. 291) afirma que:

A motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Nesse contexto, obrigatória ou não, se a exteriorização dos motivos que ensejou por parte da Administração Pública for realizada, passará esta a fazer parte do ato administrativo, sob risco de nulidade. Dessa forma “mesmo sendo a motivação (explicitação dos motivos do ato) dispensável, uma vez expostos os motivos que conduziram à prática do ato, estes passam a vincular o administrador público” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 258).

O exposto acima encontra-se relação com a teoria dos motivos determinantes. Esta se relaciona com o motivo, isto é, prende o administrador à declaração feita na exposição do ato. Se justifica a prática de um ato, restará vinculado às razões ali informadas. Caso sejam inexistentes ou falsas, podem ensejar nulidade.

Marinela (2017, p. 344) explica que:

O administrador pode praticar o ato administrativo, sem declarar o motivo, nas hipóteses em que este não for exigido. [...] Entretanto, se ainda assim decidir declará-lo, o administrador fica vinculado às razões de fato e de direito que o levaram à prática do ato. Por exemplo, se um determinado administrador decide exonerar um servidor ocupante de cargo em comissão, alegando como motivo a necessidade de redução de despesas com folha de pagamento, cumprindo regra para racionalização da máquina administrativa, prevista no art. 169 da CF, ele não poderá nomear outra pessoa para o mesmo cargo, em decorrência da teoria dos motivos determinantes, que exige a veracidade e o cumprimento do motivo alegado.

Encontra-se exceção ao exposto em casos de desapropriação, em que a Administração Pública modifica o motivo em razão de interesse público, alterando-o. Trata-se da chamada tresdestinação lícita, observada no artigo 519, do Código Civilista pátrio. Portanto, se o motivo de desapropriar um imóvel seja construir uma creche e, depois, a Administração Pública acha

por bem construir um posto de saúde, não há que falar em ilicitude, não havendo, dessa forma, violação à teoria dos motivos determinantes.

2.4.5 Objeto

O elemento objeto é o conteúdo do ato administrativo, isto é, o resultado imediato em si. “Pode-se dizer que o objeto do ato administrativo é a própria alteração no mundo jurídico que o ato provoca, é o efeito jurídico imediato que o ato produz” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 587).

Importante se faz a menção que a professora Di Pietro (2017, p. 287) faz do objeto em referência ao direito privado ao dispor que:

O objeto deve ser lícito (conforme a lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos).

De outro modo, obedecendo-se todos os ditames legais, o objeto figura-se como o conteúdo, a finalidade em si. Então se a Administração Pública concede uma licença, esta será o objeto. Se aplica uma suspensão, será a suspensão. Se desapropria, o objeto é o imóvel que recairá a expropriação, e assim por diante.

2.5 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO

O controle dos atos administrativos é o mecanismo pelo qual busca-se verificar a compatibilidade da atuação administrativa com os ditames legais. Dessa forma, para que haja o bom funcionamento da máquina pública, deve-se vigiar, orientar e corrigir, se necessário, os atos emanados, sempre em busca do interesse público. Assim, a atuação administrativa quanto à natureza do controle, pode ser objeto tanto de controle de legalidade quanto de mérito.

Ensina Mazza (2016, p. 1547) que “o tema controle da Administração estuda os instrumentos jurídicos de fiscalização sobre a atuação dos agentes, órgãos e entidades componentes da Administração Pública”. Partindo-se, desse modo, da classificação quanto à natureza, o controle de legalidade é uma limitação à atuação administrativa. Trata-se, dessa forma, de compatibilizar o ato administrativo praticado com o ordenamento jurídico. Observa-

se que a Administração Pública possui prerrogativas não conferidas aos particulares, porém, a fim de evitar injustiças e abuso de poder, é possível que haja controle quanto à legalidade do ato.

O controle, nesse sentido, poderá ser realizado tanto pela própria Administração, em seu controle interno, bem como pelo Poder Judiciário e Legislativo, interno ou externamente, a depender do caso. “Resultado desse controle pode ser, de um lado, a confirmação do ato ou, de outro, a sua invalidação” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 529). Exemplo de confirmação é a homologação. De outro modo, quando há incongruência entre a ação ou omissão do Poder Público, pode-se falar em anulação do ato.

É necessário salientar que há elementos do ato administrativo que serão sempre vinculados, que – como já mencionado – não há liberdade de escolha na atuação. Outros, ademais, são discricionários. O controle, nos atos vinculados é sempre quanto à legalidade do ato, visto que todos os requisitos estão descritos em lei. Já nos atos discricionários, poderá ser feito o controle quanto da legalidade, bem como quanto ao mérito pela Administração (DI PIETRO, 2018).

Por outro lado, o controle quanto ao mérito administrativo está caracterizado pelo juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, dentre as possibilidades de atuação nos limites legais. Está presente somente nos atos discricionários. Nos atos vinculados, como já estudado, não há que falar em análise de mérito.

De acordo com Paulo e Alexandrino (2017), enquanto nos atos administrativos vinculados, todos os elementos são rigorosamente elencados no texto de lei, sem liberdade de atuação, nos atos discricionários só serão vinculados a competência, a finalidade, bem como a forma. Os elementos motivo e objeto são discricionários.

Diante dessa abordagem, é interessante apontar o Princípio da Autotutela, o qual traduz a ideia de que os atos ilegais devem ser retirados do mundo jurídico pela própria Administração Pública, tanto de ofício, quanto provocado e – nos atos legais – está autorizada a revogar quando considerá-los inoportunos e inconvenientes, resguardando-se os direitos adquiridos, conforme depreende-se da súmula 473, do STF⁴.

⁴ Súmula 743, STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

2.5.1 Controle Judicial

Pela análise do controle de legalidade e de mérito administrativo é possível a crítica quanto à possibilidade de interferência do Poder Judiciário na atuação da Administração Pública, estabelecendo-se uma discussão quanto ao limite que lhe é dado pela Constituição Federal, precisamente no artigo 5º, inciso XXXV.

Em primeiro lugar, buscando-se amparo no sistema adotado pelo Brasil, isto é, sistema de unidade de jurisdição, não há que falar – senão pelo Poder Judiciário – a coisa julgada material. “Com efeito, qualquer decisão proferida pela Administração ou qualquer ato administrativo são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário” (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 392).

De outro modo, vê-se a contradição entre análise da apreciação judicial em qualquer caso e a autonomia administrativa, principalmente quanto aos atos discricionários sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade. Diante da autonomia e independência dos poderes, dever-se-ia respeitar as atribuições típicas de cada instância. Assim, em análise superficial, não haveria possibilidade de controle, ao menos quanto ao mérito administrativo, pelo Poder Judiciário.

No que concerne ao controle de legalidade, a jurisprudência pátria tem afirmado que não há ofensa ao princípio da separação dos poderes:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 2º E 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 7.5.2012. **O controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes.** Precedentes Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - ARE: 718343 RS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013).

Deve-se observar que, conforme os ensinamentos de Carvalho (2016), havendo desrespeito à razoabilidade e a proporcionalidade na prolação do ato administrativo, existirá a possibilidade de controle por parte do poder judiciário, em virtude de que a Administração Pública estaria extrapolando seus limites legais, dando ensejo à apreciação judicial do mérito.

2.6 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme explica Lenza (2016), o princípio da separação dos poderes tem dados históricos na Grécia antiga, por Aristóteles, em que havia três diferentes funções que o Poder Soberano exercia. Uma de editar normas gerais, aplicada a todos, uma de julgar os conflitos e, por fim, outra para aplicação das normas em cada caso.

Montesquieu, posteriormente, na obra “o espírito das leis” teria aprimorado a tripartição dos poderes. “Tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano” (LENZA, 2016, p. 583).

A importância desse instituto é evitar a concentração do poder nas mãos de um único agente, como era observado no absolutismo, dando azo a abuso de poder. Assim, com diferentes atribuições a pessoas distintas, observa-se a especialização na área específica de atuação, abrindo-se espaço à eficiência do poder político.

A previsão está no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, dispondo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988). Deve-se observar que a essência em se dividir as atribuições não enseja isolamento quanto às decisões prolatadas pelas respectivas autoridades, mas sim organização funcional.

Frisa-se que nos casos em que há desrespeito a funções típicas, a própria Carta Constitucional prevê mecanismos para o controle a ser realizado em caso de usurpação de poder, através do sistema de freios e contrapesos, decorrência da fiscalização e limitação entre as instituições.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Verificar a possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, sem que isso cause ofensa ao princípio da separação dos poderes.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Traçar uma distinção acerca de ato e fatos jurídicos e ato administrativo com o intuito de delimitar o tema proposto.
- Abordar as possibilidades de controle sobre os atos administrativos e suas particularidades.
- Diferenciar atos vinculados de atos discricionários para estabelecer as situações em que pode ou não ter controle por outros Poderes.
- Discorrer sobre os elementos dos atos administrativos a fim de verificar a vinculação ou discricionariedade entre eles.

4 METODOLOGIA

De acordo com Gil (2002, p. 17), “pode-se definir pesquisa como o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”.

Dessa forma, buscou-se, com a pesquisa, informações suficientes a fim de que fosse sanada uma problemática proposta inicialmente, a partir de conhecimentos, metodologia e técnicas procedimentais disponíveis.

A metodologia, assim, é o método a ser percorrido com o fito de construir uma pesquisa. São várias as possibilidades para se resolver uma problemática pela pesquisa, tais como pesquisa literária, consulta em internet, bem como pesquisa a campo. O fundamental é que a metodologia seja objetiva e apta a proporcionar condições válidas para o efetivo desenvolvimento perquirido.

Sobre a temática, disserta Lakatos e Marconi (2003, p. 83):

O método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros –, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista.

Dentre as variadas possibilidades metodológicas para pesquisa, será abordado – via de regra – o método dedutivo, levando-se em consideração as premissas abordadas a partir da

consulta literária e inferências hipotéticas, a fim de se chegar à conclusão lógica e resposta convincente quanto à problemática exposta (GIL, 2002).

Quanto à construção lógica do problema, de acordo com Gil (2002), será realizado pelo cunho qualitativo, tendo em vista a análise de material teórico, a observação, reflexão e interpretação das pesquisas obtidas, a fim de que a junção dos dados possa resolver o problema proposto.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Importante identificar, em primeiro momento o conceito de ato administrativo. Viu-se que tal instituto é distinto de fato e ato jurídico. Conforme explicitou Carvalho (2016), ato administrativo trata-se de um ato de vontade da Administração que tem idoneidade para infundir determinados efeitos no mundo jurídico.

Observou-se que, de acordo com Melo (2009) ato administrativo é a declaração de vontade do Estado, ou a quem de ofício, no exercício de prerrogativas públicas, a fim de satisfazer o interesse da coletividade. Assim, há diferença entre ato jurídico em sentido amplo, pois este nem sempre interessará à Administração Pública.

O ato administrativo, que influi a declaração de vontade do Estado, introduz a problemática do presente trabalho, a fim de verificar que há possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, sem interferência na separação dos poderes, especialmente nos atos discricionários.

Ao abordar a possibilidade de controle por outros Poderes sobre o ato administrativo foi necessário estabelecer distinções entre ato vinculado e ato discricionário. De acordo com Alexandrino e Paulo (2017), nos atos vinculados não há margem de escolha na atuação do agente, não há juízo de valor quanto à edição do ato, devendo atuar nos estritos ditames da lei.

Por outro lado, observou-se que no ato discricionário há certa liberdade de escolha – dentro dos parâmetros legais – para a prática do ato, por razões de oportunidade e conveniência, mediante análise de mérito, consoante Pietro (2018). Assim, viu-se que é imprescindível estar ciente desses dois institutos, por terem particularidades que autorizam formas de controle diferenciados a depender do caso concreto.

Diante dessa análise, foi verificado que nos atos vinculados, todos os elementos do ato administrativo são necessariamente elencados no texto da lei, sem possibilidade de escolha, e, por sua vez, nos atos discricionários só os serão quanto aos elementos competência, finalidade e forma (Alexandrino e Paulo, 2017). Nestes, os elementos motivo e objeto será questão de mérito, por juízo de conveniência e oportunidade.

O esposado acima é essencial para se traçar uma linha de raciocínio do controle do ato administrativo quanto à legalidade ou ao mérito, seja pela própria Administração Pública, seja pelo Poder Judiciário. Consoante explica Alexandre e Deus (2017, p. 392), qualquer decisão proferida pela Administração ou qualquer ato administrativo são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, Carvalho (2016) explicita que ao Poder Judiciário, mediante a autonomia administrativa, não cabe o controle do mérito administrativo, somente quando – ao ser desrespeitado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade – terá a instituição a possibilidade de interferência.

Ainda, importante mencionar que a súmula 473, do STF, autoriza a Administração, pelo princípio da autotutela, a anular seus próprios atos quando eivados de vícios, ou revogá-los, por motivo de oportunidade e conveniência, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada a apreciação judicial.

Observa-se que a questão resvala no princípio da separação dos poderes, quanto à autonomia administrativa, pelo princípio da autotutela, e o princípio do amplo acesso à justiça, ventilado no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna brasileira.

Destarte, frisa-se que, conforme acima observado, a autonomia da Administração Pública não pode ser mitigada a qualquer instante, senão quando houver resquícios de ilegalidade ou abuso de autoridade, o que torná-la-ia vulnerável ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, não importando desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verificou-se que há a possibilidade – a depender do caso – de controle pelo Poder Judiciário dos atos exarados pela Administração Pública sem levar à interferência no princípio da separação dos poderes, sendo esse controle o de legalidade, ou seja, a verificação do ato com os ditames do ordenamento jurídico.

Delineamos que o ato administrativo é a declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, que tem o condão de satisfazer o interesse da coletividade e que, para maior efetividade na gestão, deve haver autonomia funcional, a fim de evitar ingerências externas que, se efetivadas, engessaria a atuação da Administração Pública.

Outrossim, foi fundamental analisarmos os atos vinculados e os atos discricionários, a fim de verificar-se as hipóteses em que o Poder Público deve se valer da lei sem valoração, e outros em que pode agir com liberdade de atuação, em seu juízo de oportunidade e conveniência, observando-se os parâmetros da legais.

Para isso, necessário foi elencar os elementos formadores do ato administrativo, visto que – para alguns destes – haverá uma apreciação pela Administração quanto ao mérito, e, em outros, os requisitos são imperativamente previstos em lei. Nos atos discricionários, a competência, finalidade e forma devem estar expressamente elencadas na lei, o motivo e objeto são questões de mérito. Por outro lado, nos vinculados, todos devem obedecer aos ditames legais.

Em síntese, chegou-se à compreensão de que, em que pese ser princípio constitucional a inafastabilidade da jurisdição, o princípio da autotutela também deve ser observado. Há, portanto, possibilidade de controle pelo Poder Judiciário para aferir a legalidade do ato, bem como nos atos discricionários, quando ultrapassados os limites legais e em caso de abuso de autoridade e desvio de finalidade, ocasião em que o agente vai além da razoabilidade e proporcionalidade na prolação do ato.

Não seria correto, nesse excerto, falar em invasão de um Poder sobre a autonomia de outro, mas sim de fiscalização, através do sistema de freios e contrapesos, para o correto funcionamento da máquina pública. Não se trata, por conseguinte, de interferência no princípio da separação dos poderes a interferência do Judiciário em sua função atípica, antes exposta.

*CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS BY JUDICIAL POWER AND THE
PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS*

ABSTRACT

The theme of this scientific article addressed the possibility of control of administrative acts by the Judiciary Power without such action affecting the principle of separation between powers. And, in the meantime, the forms of control made by the Public Administration itself and others that can limit its performance in specific cases when the act is riddled with addiction that makes it illegal were defined. Thus, the importance of addressing the issue is observed, since it is fundamental for the case to verify the degree of interference that may exist between the powers, observing the system of checks and balances in counterpoint to the independence of the powers, aiming at - necessarily - balance, in order to always serve the public interest. For this purpose, verifiable parameters were sought in homeland doctrine and jurisprudence, which supported research in order - through the deductive method and hypothetical inferences - to solve the proposed problem

Keywords: Control of administrative acts. Administrative Merit. Principle of Separation of Powers.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. rev., atual. E ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- _____. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- ANDRADE, M. M. *Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalho de graduação*. São Paulo: Atlas, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988.
- _____. *Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: out. 2019.
- _____. STF. AG.REG. REsp. ARE 718343 RS 2013. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ: 21.08.2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23987633/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-718343-rs-stf?ref=serp>>. Acesso em: 31 maio 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. Ampl. E atual. - Salvador: JusPodivm, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanell. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. Atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RUIZ, J. A. *Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.