

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS ADMINISTRATIVOS: A CONTROVÉRSIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Thais Scheidegger Barros¹

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Elisa Helena Lesqueves Galante²

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

RESUMO

O controle de mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em especial pela doutrina conservadora, se configura como uma violação concreta da separação de poderes. Desta forma, a Doutrina moderna e a jurisprudência, vêm fortalecendo a inevitabilidade de controle judicial do mérito dos atos administrativos com fundamento no princípio da juridicidade, um âmbito ampliado do originário princípio da legalidade. A discricionariedade do ato administrativo deve visar a finalidade pública, e quanto ao controle judicial sobre esses atos, devem ser amparados conforme a razoabilidade e proporcionalidade. Atualmente, com o instituto do ativismo judicial, o judiciário na tentativa de concretizar os direitos e garantias fundamentais, estão cada vez mais suprimindo a omissão dos gestores administrativos para que ocorra a efetividade constitucionais. Ademais, o limite entre da efetividade aos direitos constitucionais e a segurança na harmonia da separação dos poderes, acabam se confrontando nos julgados. Gerando um conflito de atividades entre o Judiciário e a Administração Pública. É certo que a Administração Pública não pode fazer uso do Poder Discricionário com arbitrariedade agindo contra os princípios constitucionais o que exigirá uma análise do Poder Judiciário. Assim, o Judiciário deve limitar sua atuação ao controle da legalidade e da razoabilidade dos atos discricionários, sem substituir o juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio eletrônico: tscheideggerbarros@gmail.com

² Doutora em Direito e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito: Políticas Públicas e Processo (FDC). Especialista em Direito Público (FCAM). Professora da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Membro do Conselho de Ética Pública do Estado do Espírito Santo, Brasil. Procuradora Municipal. Correio eletrônico: elisahlgalante@gmail.com

Palavras-Chaves: Poder Discricionário; Mérito administrativo; Conveniência e oportunidade; Uso e abuso de poder; Políticas públicas.

ABSTRACT

The control of the merits of administrative acts by the Judiciary, especially by the conservative doctrine, constitutes a concrete violation of the separation of powers. In this way, modern Doctrine and jurisprudence have been strengthening the inevitability of judicial control of the merit of administrative acts based on the principle of legality, an expanded scope of the original principle of legality. The discretion of the administrative act must aim at public purposes, and as for judicial control over these acts, they must be supported according to reasonableness and proportionality. Currently, with the institute of judicial activism, the judiciary, in an attempt to implement fundamental rights and guarantees, is increasingly making up for the omission of administrative managers so that constitutional effectiveness can occur. Furthermore, the limit between the effectiveness of constitutional rights and security in the harmony of the separation of powers end up clashing in the judgments. Generating a conflict of activities between the Judiciary and Public Administration. It is certain that the Public Administration cannot use its Discretionary Power arbitrarily, acting against constitutional principles, which will require an analysis by the Judiciary. Thus, the Judiciary must limit its actions to controlling the legality and reasonableness of discretionary acts, without replacing the judgment of convenience and opportunity of the Public Administration.

Keywords: Discretionary Power; Administrative merit; Convenience and opportunity; Use and abuse of power; Public policies.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, compete ao Poder Judiciário, apreciar ameaça ou lesão ao direito conforme disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB/88), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, fruto do controle *check and balance* exigido no Art. 2º da Constituição.

Na teoria, não seria possível ao Poder Judiciário apreciar o mérito da ação do agente público em sua discricionariedade, somente quanto ao vício de legalidade do ato. Contudo, a jurisprudência subentende a viabilidade de análise do mérito administrativo no que se refere à moralidade, à razoabilidade, à teoria dos motivos determinantes e ao do conceito jurídico indeterminado das decisões administrativas quanto aos elementos que são discricionários: o motivo e o objeto do ato administrativo.

Enfatiza-se que o agente público em suas atribuições não possui total liberdade para agir e executar os poderes a ele conferidos, em decorrência da sujeição que enseja fiscalização por parte da sociedade, devendo agir no exercício estrito de alcance dos fins públicos, caso ao contrário, pode caracterizar-se abuso de autoridade. Dessa forma, busca-se compreender qual o âmbito de controle que pode ser exercido pelo Poder Judiciário sobre um ato administrativo discricionário e o que se subentende como mérito administrativo que não poderá ser analisado pelo Poder Judiciário.

A controvérsia atingirá dois princípios ponderáveis, de um lado a separação de poderes e de outro o controle judicial, respectivamente descritos no artigo 2º e inciso XXXV do artigo 5º, da CFRB/88. Diante da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, o objetivo é elaborar um estudo de revisão teórica de doutrinadores do Direito Administrativo, a fim de averiguar a posição destes no assunto e desenvolver uma análise conclusiva se as decisões que atinge o mérito do ato administrativo feita pelo Poder judiciário poderão ser consideradas abuso de poder.

2 PODER DISCRICIONÁRIO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Na ciência, os princípios são classificados como, “proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina” (Marinela, 2019, p 80). Os princípios norteadores se comunicam, com a finalidade de garantir um funcionamento simétrico das prerrogativas e deveres dos agentes públicos.

Há um conjunto de princípios gerais e específicos no Direito. Para estudo didático, o Direito Administrativo classifica os princípios em explícitos e implícitos. O art. 37, *caput* da CFRB/88 traz o rol dos princípios específicos e expressos da Administração Pública, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos previstos constitucionalmente, há os princípios implícitos tais como o princípio da Supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da

segurança jurídica, da boa-fé, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, consoante classificação de Carvalho Filho (2020).

O regime administrativo abrange prerrogativas e sujeições que se expressam em princípios e também confere ao agente público prerrogativas para exercer o Poder Administrativo, através de mecanismos ou instrumentos, que são indispensáveis para persecução do interesse público, que se constituem nos Poderes Administrativos.

Para Carvalho Filho (2020, p. 158), Poder Administrativo é “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”. Tais poderes além de serem instrumentais, não admitem renúncia, devem respeitar o pacto federativo e são objeto de controle do Poder Judiciário e do Poder Legislativo (Marinela, 2019; Spitzcovsky; Lenza, 2023).

Dentre os poderes administrativos destaca-se para este estudo o Poder Discricionário que é concedido ao agente público a possibilidade de decidir dentro de âmbito legal, ainda que não expresso em todos os seus aspectos na lei, posto que, como esclarece Mello (2015), não é possível prever todas as regras materiais necessárias para todas as situações que podem acontecer. O Poder Discricionário só poderá ser exercido dentro dos limites legais impostos. Porquanto, ao praticar, terá como prisma os critérios de conveniência e oportunidade, além da observância dos princípios constitucionais (Mazza, 2022).

Portanto, no Poder Discricionário, os elementos nucleares são a conveniência e a oportunidade. Segundo Carvalho Filho (2020), estes elementos não se confundem com arbitrariedade, pois a atuação dos agentes públicos mediante conveniência e oportunidade é a ação comissiva legitimada pela lei e amparada no interesse público. Por outro lado, a atuação arbitrária seria a atuação fora dos limites legalmente impostos a Administração Pública. É inevitável que haja competências discricionárias, uma vez que o próprio legislador dá margem para esta, não sendo possível a supressão das margens de liberdade outorgadas de forma legal.

2.1. Diferença entre discricionariedade e vinculação do ato administrativo

O conceito de ato administrativo é variável entre os doutrinadores da ciência, portanto, para Di Pietro (2020, p. 244), os elementos dos atos são: “o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade”, ainda explica que possui uma preferência em considerar o elemento “competência” por “sujeito”, tendo em vista a necessidade do ato em ser válido e produzido por um “capaz”, conforme o Código Civil.

A mencionada classificação vai ao encontro do Art. 2º da Lei 4.717/1965, a denominada Lei de Ação Popular, que estabelece como elementos do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivação e objeto, segundo o qual torna nulo o ato que não esteja atenda tais pressupostos. O requisito competência trata do dever legal do agente público investido em determinada função na qual tenha competência para realizar aquela atividade que foi estabelecida por lei e deve ser observada rigorosamente.

No segundo requisito, a finalidade é o dever de visar o interesse público e não os interesses pessoais de agentes públicos ou de terceiros. Ademais, a forma do ato é outro requisito que requer atenção, pois há ditames na lei de como realiza-los, variando para cada espécie de ato, podendo ser: escrito, verbal, expresso, tácito e etc.

O motivo se configura do dever legal do agente público em fundamentar suas decisões, quer dizer, uma justificção, não podendo extraviar a finalidade do ato administrativo. Por fim, o objeto do ato administrativo trata-se da própria matéria, ou seja, o que se pretende com o ato, para isso, o objeto necessita ser lícito, possível e determinável.

Além da lista dos requisitos apresentados, há orientações doutrinárias que apresentam variações. Por exemplo, para Marinela (2019) há a inclusão do requisito conteúdo, que é o elo entre a finalidade e o motivo, não podendo ser contrário a ordem jurídica brasileira. Para compreender como o Estado atua em sua relação com a sociedade, é necessário a compreensão da distinção de atos vinculados e atos discricionários, tal distinção, vige em como a Administração Pública toma decisões e exercer seus poderes.

Os atos vinculados possuem uma estrita vinculação com a Lei, na qual estabelece os critérios e objetivos a serem atingidos, não dando margem para que se aprecie de forma subjetiva, ou seja, com escolhas pessoais. Os atos discricionários conferem autonomia aos agentes públicos, admitindo uma análise com juízo de valor dentro da normativa, entretanto, há elementos do ato administrativo que são vinculados como a competência, a forma e a finalidade e outros que são discricionários, como o motivo e o objeto.

Entretanto, por mais simplório que pareça ser este conceito, na doutrina ainda é tema de relevantes posicionamentos diferentes. Para Di Pietro (2020), não existe uma relação autônoma entre o Poder Vinculado e Discricionário, ambos se tratam evidentemente de atributos ou competências da Administração Pública. Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2016), amparado em doutrina clássica, estabelece que o Poder discricionário só existirá no motivo ou objeto do ato administrativo. A linha doutrinária funda-se na ideia na qual a competência, forma e finalidade requisitos impostos de forma obrigatória.

No entanto, para Mello (2015), fincado em uma concepção moderna, explica que a discricionariedade vai além da vinculação do mérito do ato administrativo, assim, poderá haver discricionariedade no requisito competência, podendo haver escolhas para que possa dar eficácia da ação administrativa. Em última análise, Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2016) admite essa diferenciação dos dois poderes, com essa dicotomia, estabelece a falta da característica de escolha no Poder Vinculado, sendo a do Poder Discricionário ter suas escolhas baseadas na conveniência e oportunidade.

Para exemplificar o Poder Discricionário, temos como exemplo a concessão de porte de armas em que a lei confere ao administrador a competência para analisar os elementos que se justificam o pedido, tais como o antecedente do requerente, o motivo e os reflexos para a coletividade. Neste sentido, juridicamente, não se confunde discricionariedade com arbitrariedade, sendo aquela a ação conforme os limites da Lei, e esta a ação que extrapola a limitação normativa. Nessa vertente, há doutrinadores que defendem que o Poder Judiciário não pode analisar o mérito discricionário, mas sim o mérito de caráter arbitrário

por ter presunção de ilegalidade, (SPITZCOVSKY; LENZA, 2023), o que passaremos a analisar no próximo tópico.

3 MECANISMOS DE CONTROLE DO ATO DISCRICIONÁRIO

De acordo com Carvalho Filho (2020), o controle Administrativo se resume em um uma espécie de conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, que por meio destes executam o poder fiscalizatório e revisional das atividades administrativas dos âmbitos dos Poderes. O dito mecanismos jurídicos, quer dizer que há controles diferentes para os atos e formas administrativas; a fiscalização se resume na verificação das atividades e órgãos administrativos e a revisão é a possibilidade de corrigir seus atos. Como fundamento, a legalidade é a sustentação destes controles, o outro pilar são as próprias metas públicas, denominadas como políticas administrativas, que possui como fim principal a finalidade do interesse público em gerir a coletividade.

Por sua vez, a Di Pietro (2020) estabelece que há controle nas três esferas: administrativa, legislativa e judicial, tanto na forma interna como externa. Além disso, o controle pode ser prévio, concomitante ou posterior. Para Spitzcovsky; Lenza (2023), o controle interno é aquele feito pela própria Administração Pública, por meio de provocação de terceiro ou de Ofício e não se limita apenas a legalidade, também poderá ser analisado o mérito do ato.

O controle interno está previsto no art. 70 a 74 da CFRB/88 e é produto do autocontrole que deve ser exercido por todos os órgãos que exercem atividade administrativa, não só o Poder Executivo em sua atividade típica, mas também pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo e os demais Órgãos constitucionalmente independentes, tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a Defensoria Pública.

Por outro lado, o controle externo será realizado pelo Poder Legislativo (com o auxílio do Tribunal de Contas no âmbito financeiro), e pelo Poder Judiciário que em regra geral se limita ao campo da legalidade, em respeito ao sistema *check and balance*, assunto *a priori*

deste artigo, a ser tratado em tópico a parte. Enfim, no controle externo o órgão controlador será diferente do órgão responsável.

Nesta vertente, Di Pietro (2020, p. 943) conceitua que “é o externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro: como também o controle da Administração direta sobre a indireta”. Como exemplo há o art. 71 da CF/88, que prevê o controle externo no capítulo sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a cargo do Congresso nacional. Para esta pesquisa faz-se necessário abordar de forma específica sobre o controle de legalidade e o de mérito, de forma a distingui-lo para melhor compreensão do objeto de estudo.

3.1 Controle de legalidade e controle de mérito

Quanto ao controle de legalidade, o que se almeja é a atuação procedimental nos ditames legais e constitucionais, assim, a Administração Pública poderá fazer o uso deste quando provocada por recurso ou de ofício. O controle de legalidade também é exercido pelo Poder Legislativo quando houver expressa norma constitucional e pelo Poder Judiciário quando provocado. Em suma, o controle de legalidade é exercido diretamente pelos três poderes, segundo sua organização e competência (Marinela, 2019). Assim, quando o ato não está conforme a legislação oriunda, será anulado.

Já no controle de mérito, visa-se controlar a conveniência e oportunidade do ato administrativo, neste controle há a incidência na vontade discricionária do Administrador. Dessa forma, em regra, o controle de mérito cabe à própria Administração Pública, com limites legais ordenados pelo Legislativo (Di Pietro, 2020). Diante disso, faz-se necessário compreender o uso do Poder e abuso de autoridade, tendo em vista que nem sempre o poder é utilizado de forma correta e limitada pelo agente público.

3.2 Uso do Poder e abuso de autoridade

Em um curso administrativo satisfatório, deve-se primar o uso regular do Poder, que se configura quando o agente público exerce sua competência de forma correta e prudente, conforme os ditames administrativos. Em virtude disso, quando o agente não atende o uso regular do Poder, estará indo contra aos ditames administrativos em que está inserido, estando levando em conta interesses próprios ou alheios ao interesse público, o que se resume em abuso de autoridade (Mazza, 2022).

Ademais, os poderes administrativos são outorgados ao agente público, sendo tais poderes irrenunciáveis e de exercício obrigatório por quem possui a competência do poder-dever de agir, além disso, fica-se vedada a inércia, considerando o prejuízo que possa gerar ao coletivo. Sendo o agente público inerte em sua competência, tendo uma conduta omissiva, ficará caracterizado, em regra, como conduta ilegal, porquê, deveria este possuir uma conduta comissiva, conforme o art. 5º XXXIV, “a”, da CRFB/88.

Entretanto, ressalvam-se os excetos do ordenamento administrativo, onde há as omissões genéricas, quando o agente é incumbido de avaliar a oportunidade para que tenha uma conduta comissiva ou omissiva. Por outro lado, também há a reserva do possível, onde a Administração Pública não é obrigada a fazer o impossível (Carvalho Filho, 2020).

O abuso de poder (gênero), em suma possui como espécies: o “excesso de poder” e o “desvio de finalidade”, sendo aquele a atuação do agente público fora dos limites impostos para este, e o desvio de finalidade, quando o agente dentro de sua competência, utiliza-se desta para dar fim diverso ao da Lei, na qual prevalece interesse próprio ou alheio. Contudo, relaciona-se que o excesso de poder diz respeito a competência e que o desvio de finalidade afronta a finalidade pública já estabelecida (Couto Filho, 2022).

Por fim, a razoabilidade e proporcionalidade possui a finalidade específica de limitar atuações administrativas, em relação a sua discricionariedade administrativa. Segundo Marinela (2019), o princípio da razoabilidade se preceitua pela proibição do administrador de agir de forma arbitrária, com a finalidade de atingir a Legislação, não tendo equilíbrio ou

sensatez em suas ações. Em suma, apresenta-se como um princípio de proibição de excessos. Tais princípios possuem ênfase quando se trata do controle judiciário dos atos administrativos.

Portanto, uma decisão discricionária da Administração Pública torna ilegítima quando irrazoável, mesmo que não extrapola limites legais impostos de forma concreta e expressa. Logo, mesmo havendo confronto sobre independência e controle, a regra é que haja autonomia, sendo assim, o controle é caráter excepcional, não podendo ser presumido, mas devendo ser usado conforme os ditames legais (Di Pietro, 2020).

A doutrina moderna pactua com um processo de alargamento do controle judicial, não se atrelando apenas nos requisitos vinculados, mas na razoabilidade e na proporcionalidade, como também na possibilidade de controle nas políticas públicas.

4 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a máxima da atualidade, conhecida como “ativismo judicial”, que para Carvalho Filho (2020), refere-se a uma intenção na qual os tribunais e juízes, satisfazem um papel mais presente e proativo quanto a interpretação e aplicação das leis, e em específico quanto aos direitos fundamentais e constitucionais.

A partir deste movimento, surgiu no ordenamento pátrio a discussão sobre a possibilidade de controle de políticas públicas. O judiciário proporcionando uma melhor ação na atividade típica da Administração Pública, levando em consideração a omissão administrativa em satisfazer interesses sociais. Por mais que na prática há satisfação social, a doutrina se torna crítica acerca deste assunto, sobre sua admissibilidade ou não, e quais limites devem ser estabelecidos. E se a legitimação seria uma afronta a separação de poderes.

Carvalho Filho (2020, p. 160), apresenta sua análise científica sobre a posição da doutrina moderna, concluindo que ao Judiciário não caberia a execução das políticas

públicas, mas que fica a cargo deste a efetividade de amparo constitucionais quando forem violados, tendo em vista que,

Deve rechaçar-se o “ativismo judicial” disfarçado em “constitucionalismo da efetividade”, ficando estacas no sentido de que ao Judiciário, especialmente, cabe desempenhar seu efetivo papel, qual seja, o da guarda da Constituição, sem que, para tanto, tenha que invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas.

Na visão de Costa (2013), não acarreta violação a separação de poderes quando judiciário supri as omissões sociais, exercendo de praxe seu caráter residual em matérias de políticas públicas, entretanto entende que não pode intrometer-se imprecisamente em tais políticas crescidas pelos outros poderes, mas somente em caso de omissão ou contrariedade com os ditames constitucionais de difusão dos direitos sociais. O Supremo Tribunal Federal (STF) possui um papel fundamental na revisão de assuntos constitucionais e de direitos fundamentais, e considerando suas reiteradas decisões que afetam políticas públicas, o que é visto e interpretado em alguns casos quanto controle judicial de políticas públicas.

4.1 Análise do controle judicial do mérito administrativo: uso ou abuso de poder?

Diferentemente do Sistema Francês, no Brasil, conforme o art. 5º, inciso XXXV da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” que expressa o controle *check and balances* que também origina no Art. 2º da Constituição Federal, segundo o qual, São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Segundo Carvalho Filho (2020, p 1667), o controle judicial dos atos administrativo é exercido pelo Poder Judiciário no âmbito de sua função típica jurisdicional e de forma externa:

O controle judicial é o levado a efeito pelo Poder Judiciário. Cabe a este Poder a decisão sobre a legalidade, ou não, de atos da Administração em geral, principalmente em casos de conflitos de interesses. Exemplo desse controle é o exercido por meio de ações judiciais nas quais se discute sobre a legalidade de atos administrativos.

Para Di Pietro (2020), o Judiciário atrela-se a aferir se daquele ato discricionário houve ou não arbitrariedade em sua resolução, examinando se realmente o ato foi discricionário. O controle judicial sobrevém sobre a atividade administrativa Estatal, seja qual for o Poder em que a atividade administrativa esteja se desenvolvendo. Dessa forma, atinge os atos administrativos do executivo, legislativo e do próprio judiciário. Dessa forma, Carvalho Filho (2020, p. 1792), conceitua o controle judicial da seguinte maneira:

A origem do controle é o Poder Judiciário. No sistema de equilíbrio de Poderes, o Judiciário assume a relevante missão de examinar a legalidade e a constitucionalidade de atos e leis. É o Poder jurídico por excelência, sempre distanciado dos interesses políticos que figuram frequentemente no Executivo e no Legislativo.

Desta feita, o controle judicial não poderá ser uma ação extremista, ou seja, dentre as funções do juiz, o de substituir o administrador não se encontra elencado. Contudo, se solidifica na moderna doutrina a admitir um controle maior do judiciário, a respeito da satisfação do poder discricionário. Ademais, por mais que, o posicionamento visa integrar o indevido uso da discricionariedade, a ponto de serem característico como arbitrariedade, são passíveis de revisão aos motivos determinantes ao estabelecido pela Administração Pública (Carvalho Filho, 2020).

Entretanto, permanece vedado a análise judicial dos critérios de conveniência e oportunidade, inclusive da discricionariedade técnica, respaldados em critérios legais, confirmando o sistema adotado no art. 2º da CFRB/88 dispõem sobre a independência de Poderes. Com a máxima constitucionalização dos princípios da Administração Pública, em especial a partir da Constituição de 1988 que elencou expressamente no art. 37 da CFRB/88 os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre

outros, o reconhecimento dos princípios implícitos, tais como o da segurança jurídica, da razoabilidade e da motivação, ampliou o leque de atuação do Poder Judiciário.

Diante da legalidade sob uma vertente estrita e outra ampla sob a análise dos princípios, ambas limitadoras da ação da Administração Pública surgiram um resultado adverso, qual sejam, a diminuição da discricionariedade e a amplitude do controle judicial (DI PIETRO, 2020).

4.2 Abuso de autoridade judicial: critérios impostos a Administração Pública de como executar suas políticas públicas.

O poder Judiciário, excepcionalmente, poderá determinar que a Administração Pública tome as medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente garantidos como essenciais, como por exemplo, saúde e educação, sem que esteja violando a separação de Poderes. Tendo como base este preceito, o STF se posicionou da seguinte maneira no julgamento do Agravo interno nº 1.230.668 do Estado do Amazonas:

Ementa [...]

1. O acórdão embargado se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1230668 AgR-EDv-AgR Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. Roberto Barroso Julgamento: 16/08/2022 Publicação: 29/08/2022)

Em síntese, trata do direito à educação, onde o Município de Manaus foi condenado a obrigação de fazer consistente na construção, no prazo estabelecido pelo Juízo, de escolas de educação infantil, fundamental e média, que atendam as crianças e adolescentes residentes no Conjunto Residencial "Viver Melhor I e II", com a devida reserva orçamentária, sob pena de bloqueio de verbas orçamentárias necessárias para a construção.

O agravo interno foi negado por falta de argumentos e provas necessárias para que pudessem serem reexaminados, mas insta salientar, que houve uma discussão bem dividida acerca do assunto, tendo de um lado a garantia constitucional do direito à educação, e de outro a análise de forma abusiva de como o STF condenou que a política pública fosse executada.

Sobre este segundo ponto, merece uma análise aprofundada. Como já disposto, o controle judicial de políticas públicas ainda é um assunto incontroverso na doutrina, justamente por ponderar duas situações: efetividade constitucional e a violação a separação de Poderes.

O Juízo deve buscar, mediante investigação, a forma correta e adequada para concretizar seus julgados e qual a finalidade estes terão. Utilizando-se a proporcionalidade e a razoabilidade para fazer essa ponderação, que ao aplicar esses quesitos, Costa (2013, p. 6) inaugura que:

O controle judicial sobre os poderes Legislativo e Executivo deverá envolver uma análise legal dos objetivos que o Estado alega estar tentando alcançar, e a comparação entre esses objetivos e os meios escolhidos para satisfazê-lo, a fim de buscar a solução judicial mais adequada ao caso.

Dessa maneira, no julgamento do Pleno do STF, teve como resultado um juízo negativo. Para o Relator, o Min. Luiz Roberto Barroso, o Agravo interno não poderia ser julgado positivo tendo em vista que a decisão em outorgar ao município de Manaus e ao Estado do Amazonas a construção de escolas não violou nenhum princípio constitucional sobre a separação de poderes, que foi na realidade o preenchimento de uma lacuna omissa pela Administração Públicas dos Entes sobre direitos e garantias fundamentais.

Em outra interpretação, defende o Min. Alexandre de Moraes, que houve sim violação a separação de poderes, por não demonstrar nos autos, total omissão sobre o tema, e que além de efetivar uma atividade típica do Poder Executivo, demandou intrinsecamente os ditames que devem ser seguidos, que foram a necessidade de realizar obras públicas,

tirando do gestor administrativo a sua escolha discricionária de como proceder para da efetividade ao cumprimento da decisão.

Em argumento, a defesa do município comprovou nos autos que o pedido para implantação de escolas públicas pelo Ministério Público Estadual, se baseou em estatísticas, uma vez que o conjunto residencial estava sendo entregue e demandaria uma crescente quantidade de crianças e adolescente. Entretanto, argumentou que no Município já havia obras iniciadas, assim como projetos de desapropriação e previsão em orçamentos posteriores para inclusão da demanda. Com isso, o Ministro divergente entendeu que:

Como se vê, no caso, o Tribunal de origem, ao determinar a implementação de política pública, divergiu da jurisprudência desta CORTE, no sentido de que, no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, em caso análogo:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. defensoria pública. Implantação de plantão permanente na cidade de Erechim. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013)

Contudo, não foi demonstrado ao decorrer do processo que o gestor municipal estaria sendo totalmente omissos quanto à necessidade apresentada pelo Ministério Público. Foi creditado nos autos que a necessidade estava sendo discutida e desenvolvida conforme a disposição orçamentária do ente, inexistindo inércia deste. A outorga da política pública não se enquadra como excepcional, tendo em vista que o município já possuía mecanismos para resolver a demanda. Dessa feita, não houve margem de juízo discricionário do administrador público, o único responsável em exercer a conveniência e oportunidade, com a finalidade de atender a melhor forma de suprir as necessidades dos seus tutelados.

Com isso, entende-se que o julgado excedeu em sua competência, não analisando o julgado com razoabilidade e proporcionalidade, e substituindo a decisão discricionária do

Administrador Público, sem fundamentação legal e constitucional. O abuso de autoridade no controle de mérito administrativo discricionário ocorreu quando o Judiciário ultrapassou os limites legais e constitucionais do seu papel, e interferiu indevidamente nas decisões da Administração Pública, quanto sua política pública sobre educação, desrespeitando sua discricionariedade e sua autonomia para decidir sobre questões de conveniência e oportunidade.

5 CONCLUSÃO

O poder discricionário garante ao agente público, margem de liberdade para atuar conforme o melhor interesse finalístico. Entretanto, essa liberdade está ligada a conveniência e oportunidade dos atos administrativos, dentro dos ditames da Lei, conforme o princípio da Legalidade. Para isso, os atos discricionários se diferem dos atos vinculados, tendo em vista que para este, todos os seus requisitos (competência, a forma e a finalidade, motivo e objeto) são vinculados, possuindo regras a serem observadas intrinsecamente. Ao contrário, que para os atos discricionários, o motivo e objeto, são passíveis de interpretações subjetivas.

A Administração pública possui mecanismo de controle interno por meio do princípio da autotutela. Inobstante este, há também o controle externo exercido pelo Poder Judiciário, assegurado constitucionalmente com fundamento no sistema de *check and balances*. O controle de mérito dos atos administrativos pelo judiciário se limita a legalidade, a razoabilidade e proporcionalidade do mérito, mas não poderá ser possível a substituição da discricionariedade da Administração Pública.

A análise do judiciário se atrela se o ato foi discricionário ou arbitrário, não dispendo de análise de caráter técnico ou mandatório, ditando como a Administração Pública deverá agir em determinado caso, em virtude ao respeito da função típica do Poder Executivo em executar sua administração pública conforme a repartição de competências. Não obstante, a razoabilidade e a proporcionalidade limitam a Administração Pública de agir de forma

arbitrária, evitando o abuso de poder na elaboração dos atos administrativos e ao judiciário quando em análise do ato.

O Judiciário, perante a omissão da Administração Pública em concretizar os direitos constitucionais elencados, acaba substituindo o Administrador e implementando políticas públicas para efetivação desses direitos, com isso, trata-se de ato excepcional, tendo em vista a inércia do referido Poder originário. Contudo, uma vez tentando suprir a necessidade de políticas públicas, o judiciário não poderá escolher de forma subjetiva como será executada. Mediante isso, o controle judicial de políticas públicas não se enquadra como atividade típica do Poder Judiciário, se tratando de atividade excepcional, que, se não observar as particularidades do caso, se configurará como violação da separação de Poderes.

Ademais, não garante ao juízo que em decisão de obrigação de fazer perante a Administração Pública, ordene ao gestor público a forma que deve ser executada, assunto que depende da discricionariedade do ato administrativo, em virtude do seu mérito ser conveniente e oportuno.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COSTA, B.A. O controle judicial nas políticas públicas Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 199, p.255-269, jul.-set. 2013.

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

FILHO, R. D. S. C. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SPITZCOVSKY, C.; LENZA, P. **Coleção Esquematizado - Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.