

REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Arietha de Alencar Santos¹

RESUMO: O presente artigo tem o fito de explanar o controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos, por assim chamados, discricionários, abrangendo o âmbito do mérito. Por muito tempo, afirmou-se que não poderia haver nenhum tipo de controle judicial, uma vez que feria o princípio da separação dos poderes, bem como alguns princípios administrativos, tais da eficiência e da legalidade. Contudo, essa prerrogativa vem se modificando, abrindo possibilidades de intervenção judicial, em exame de mérito, nos atos administrativos discricionários, encontrando limites e controvérsias no que tange ao princípio da juridicidade. O trabalho, portanto, está dividido nas seguintes premissas: O conceito geral do que seria respectivos atos, a fim de um melhor entendimento para a problemática exposta; o estabelecimento da distinção entre o que seria os atos administrativos vinculados e os discricionários, abrangendo seus elementos, os quais incidem o controle judicial; a possibilidade do Poder Judiciário intervir nos atos administrativos discricionários, em relação ao mérito, concatenando com a problemática que surge em torno da temática, com o fito de demonstrar quais os posicionamentos em relação a essa perspectiva; e as partes final serão designadas para aferir um pouco sobre esse controle na efetivação de políticas públicas, concluindo o artigo com preceitos pessoais.

Palavras-chave: Controle Judicial. Atos Administrativos Discricionários. Exame de Mérito. Limites.

METODOLOGIA

Para a fundamentação deste artigo acadêmico, fez-se necessário a utilização de uma metodologia de pesquisa descritiva e exploratória, por meio de livros acadêmicos, sites, bem como periódicos e explicações de conteúdos em aulas universitárias.

¹ Estudante do curso de graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Participação na XIV Semana de Iniciação Científica. E-mail: ariethadealencar@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, tem como maior prerrogativa a efetivação da atividade estatal voltada para a realização do interesse público, ou seja, os interesses da coletividade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos.

Para que essa finalidade seja alcançada, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade em sentido estrito, o qual somente será possível o que a lei autoriza ou determina. Portanto, toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, não o sendo, a atividade será ilícita, razão pela qual as competências dos administradores são pré-definidas.

Nesse âmbito, a realização das condutas estatais se faz presente pelos atos administrativos, os quais são aqueles que possuem uma margem de liberdade estabelecida em lei ao servidor para decidir perante o caso concreto. É sob esse viés que incide o controle feito pelo Poder Judiciário, nos exames de mérito, determinando certos vieses em relação aos limites do mesmo.

Com isso, percebe-se que, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, os atos administrativos, de um modo geral, podem e devem passar pela “supervisão” jurisdicional, em respeito aos princípios norteadores do Direito Administrativo, como a moralidade, e a impessoalidade, além do princípio que rege na qual não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito².

Por fim, a possibilidade desse controle nos atos administrativos discricionários é existente, tanto no exame de legalidade, como também no exame de mérito. Este último, porém, cria questionamentos em consonância a limitação desse controle, gerando certo conflito, pois, até que ponto a possibilidade de intervir será necessária, sem que isso prejudique a esfera de discricionariedade dos administrativos, e sem que isso reflita na completa efetivação de princípios constitucionais, tais como a separação dos poderes?

² Princípio da Inafastabilidade ao Poder Judiciário, ou Sistema de Jurisdição Única, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

2. CONCEITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Para se ter de enfatizar o viés do controle judicial sobre os respectivos atos, far-se-á necessário à sua devida significação. Os atos administrativos, contudo, são atos por meio do qual a Administração Pública³ atua, no exercício da função administrativa, sob o regime de Direito Público, ensejando manifestação da vontade do Estado, ou seja, são atos em que o Estado atua com força de Estado. É o que preceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.205):

[...] pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, tal acepção não se confunde com os atos da administração, uma vez que se designa por ser qualquer conduta praticado pelo Estado, gerando a premissa de que nem todo ato da administração, será um ato administrativo- por exemplo, os atos de Direito Privado praticados pelo Estado.

3. ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRIONÁRIOS

Os atos administrativos, contudo, podem ser divididos em vinculados e discricionários. São conceitos diferentes entre si, uma vez que essa divergência se baseia no critério do grau de liberdade.

Os atos vinculados são aqueles praticados pela Administração sem margem de escolha, de liberdade pelo administrador, pois a lei define, previamente, todos os aspectos da conduta. É o caso da aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, do servidor que completa 70 anos de idade, ou aos 75 anos de idade, na forma de lei complementar.⁴

Já os atos discricionários se caracterizam pela lei conferir ao agente público a possibilidade de escolher, diante do caso concreto, a solução que seja a melhor maneira de atingir o interesse público, ou seja, o legislador dá uma margem de

³ Ressalta-se que aqui, inclui não só os entes da Administração Pública centralizada, mas também os descentralizados, tais os particulares e os entes da Administração indireta.

⁴ Vide artigo 40, inciso II, da Constituição Federal.

liberdade para o administrador escolher, dentre diversas opções possíveis, a que mais aduz com a realização da finalidade pública, da coletividade.

A admissão de uma ou outra maneira é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, próprios da autoridade, porque, uma vez posto certa discricionariedade, não são definidos pelo legislador. É por essa razão que a ação do agente público não é totalmente livre, pois deve-se respeitar os limites legais, principalmente quanto aos elementos da competência, finalidade e forma (que serão analisados posteriormente).

A título de exemplificação desses atos, hipoteticamente analisado, supondo que uma conduta “x” enseje como sanção uma suspensão que varia de 1 a 90 dias. O administrador, contudo, fará um juízo de mérito, com base na oportunidade e na conveniência, para escolher, dentro das opções escolhidas, qual será aplicada no caso concreto- 3 dias, 10 dias, 90 dias. Além do decreto expropriatório, da permissão e da autorização.

3.1 Elementos do ato administrativo

É importante salientar os requisitos dos atos administrativos, pois é a partir deles que a perspectiva do controle judicial se funda, além de fazerem referência de como esses atos se organizam. Contudo, podem ser delimitados: a) competência; b) finalidade; c) forma; d) motivo; e) objeto.

A competência é um requisito vinculado. Decorre, portanto, do princípio da legalidade estrita, em que o funcionário público só poderá fazer aquilo que a lei definir como competência do cargo, limitando sua atuação àquele campo específico de atribuições, pré-determinado. Ou seja, segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p;175) “[...] entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções.”

A finalidade é o escopo do ato, sendo um requisito também vinculado. É tudo aquilo que se busca proteger com a prática do ato administrativo; é um dever-poder. Sempre que o ato for realizado visando o interesse alheio sobre o público, será nulo por desvio de finalidade.

A forma, contudo, é o modo de exteriorização do ato, sempre determinado em lei. Esse atributo sujeita, condiciona o Estado a formalidades (processos) prévias exigidos na expedição do ato, se caracterizando por um requisito vinculado.

O objeto é a providência prática do ato na vida real, ou seja, é a efetivação pretendida ao desenvolvê-lo. Vale frisar que é um requisito discricionário, possuindo uma margem de liberdade, dentro dos limites da lei, para a aferição pelo administrador.

Por fim, o motivo se finda como a situação fática (de fato ou de direito) que precipita a edição do ato administrativo; é a causa legal do objeto. É importante destacar que o motivo não se confunde com a motivação, uma vez que esta última se caracteriza pela fundamentação do ato, a demonstração das razões que levaram à prática do mesmo.

Ademais, se faz presente perceber que esses dois últimos requisitos (objeto e motivo) é onde se encontra o chamado mérito administrativo, visto que ambos são elementos discricionários, e, uma vez proferido uma conduta, se tem um juízo de oportunidade e conveniência, os quais constituem o núcleo da função típica do Poder Executivo, formando uma decisão de mérito. É exatamente sob esse viés que incide a reflexão problemática do controle judicial visto a seguir.

4. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A partir desses elementos, pode-se aferir os dois tipos de controle feito pelo Judiciário nos atos administrativos, tais como: exame de legalidade, e exame de mérito, que são totalmente distintos entre si.

O exame de legalidade se qualifica sempre que há uma conformidade do ato com a lei, a fim de prover sua legalidade. Estará presente, contudo, em todos os atos vinculados, assim como os elementos, e, também, nos elementos discricionários-motivo e objeto- dos atos administrativos discricionários quando houver uma opção legal. Ou seja, sempre será cabível o controle judicial nessa espécie de exame, sendo uma prerrogativa pacífica na doutrina.

Em contrapartida, o exame de mérito é feito apenas em relação aos elementos discricionários dos atos administrativos discricionários quando houver opções legais, quando a oportunidade e conveniência não atingirem o interesse da coletividade, com decisões desarrazoadas.

É possível afirmar que há possibilidade de controle judicial no exame de mérito dos atos administrativos, desde que o âmbito dessa discricionariedade respeite os

limites em que lhe é assegurado pela própria lei. É sob esse ponto que surge a problemática.

Inicia-se, pois, um questionamento: Quais são, portanto, os limites que esse controle terá sem que isso acarrete prejuízos das mais diversas esferas principiológicas? É o que preceitua, todavia, Germana de Oliveira (2004, p.106):

“Hoje em dia não mais se discute a possibilidade- reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus- administrativista, de controle jurisdicional da aplicação pela Administração Pública de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim como daqueles que atribuem discricionariedade. [...] O que se discute, porém, são os limites desse controle pelo Poder Judiciário. Tais limites implicam a exclusão de alguns atos administrativos de apreciação judicial, ou originam apenas uma sindicabilidade judicial limitada para certos atos administrativos?”

Com base na citação transcrita, observa-se que a problemática do controle do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários envolve a tensão entre dois princípios relevantes: Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e o Princípio da Separação dos Poderes. Pois bem.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional consiste no direito de ir à juízo, de poder ir à justiça para pedir qualquer coisa, não podendo ser proibido da apreciação jurisdicional, ainda que não tenha o direito do pedido.

No âmbito do Direito Administrativo, esse conceito constitui como um fundamento da possibilidade de controle judicial nos atos administrativos exteriorizados em função da atividade do agente público não vinculada, ou seja, qualquer ato, mesmo esse sendo vinculado ou discricionário, poderá ser examinado pelo Judiciário, a fim de evitar lesão ou ameaça a direito.

Nesse viés, há uma potencialização desse controle através de princípios relacionados, também administrativos, como o da publicidade, em que, uma vez feito esse controle em atos que possuem uma vazão de liberdade, e que possuem um “leque” maior no que tange ao requisito objeto, devem sempre ser fundamentados. Essas premissas acabam dando uma maior viabilização para que esse controle seja feito sem nenhum tipo de rejeição.

Em contrapartida, do outro lado, há o princípio da separação dos poderes, esquematizada por Montesquieu, em que o Estado Moderno possui três poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo, e Poder Judiciário. Atualmente, intitulada no

próprio ordenamento jurídico brasileiro, conceituando como poderes harmônicos e independentes entre si.

Nesse contexto, a harmonia e a independência desses poderes se faz presente por meio da teoria dos freios e contrapesos, a qual estabelece que os poderes poderão, sem ferir a autonomia de cada poder, exercer um controle recíproco, uma interferência autorizada pela teoria do Estado a fim de dar uma maior segurança para a sociedade.

Visto isso, há um contraponto entre a aferição, ou não, do controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos discricionários, que emergem exatamente na perspectiva dos mencionados princípios constitucionais, expondo, a seguir, os pontos de vista de tais divergências.

4.1 Do princípio da separação dos poderes (perspectiva negativa do controle judicial)

Para alguns doutrinadores, o controle jurisdicional nos atos administrativos discricionários se torna algo negativo na medida em que invade a autonomia do Poder Executivo, ferindo o princípio da separação e independência dos poderes, já que se trata de competência exclusiva da função administrativa.

Por ser algo exclusivo, os agentes públicos decidem, pelas opções postas, qual será a melhor, por meio da conveniência e da oportunidade do ato para aquela específica situação fática. A situação fática, contudo, enseja a produção de determinada ação, que gera uma decisão administrativa em cuja complexidade concorrem diversos fatores externos, bem como internos, ao administrador, visto que o pensamento humano é extremamente diversificado. É sob esse viés que preceitua José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.126):

“O judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. [...] se o juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.”

Além disso, pode-se estabelecer que o ato administrativo discricionário possui um centro, o qual se funda pela margem de escolha do agente público. Uma vez adentrando nesse núcleo, e determinando decisões diversas das escolhidas pela

discricionariedade do administrador, há uma grande possibilidade de que o juiz, ao proferir esse controle, substitua o papel desse servidor nas decisões, que até então, são próprias da sua função. Fundamentando, pois, Márcio Pestana (2010, p.657):

“[...] o núcleo do mérito administrativo, próprio dos atos discricionários, desde que observadas as condições precedentes que lhe são impostas pelo ordenamento, não deve se submeter à revisibilidade do Poder Judiciário, sob pena de o juiz passar a substituir o administrador público, o que não se compagina com a ordem constitucional vigente no País.”

Ademais, há várias decisões jurisprudencial que refletem nesse mesmo sentido, conforme estabelece o relator Correia Lima (TJ-SP, ApCív nº234.352-1, 1995): “a conveniência e oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discricionário, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário”.

Além de outros julgados, importantíssimos para serem levados em consideração sobre a questão exposta, tais conferida pelo relator Walter Moraes (TJ-SP, ApCív nº212.259-1-6, 1994): “É princípio de direito administrativo que o controle judicial dos atos da Administração limita-se à ordem da legalidade: o Judiciário não tem poder de ingerência no mérito administrativo dos atos do Executivo”; e proferido pelo relator Maurício Corrêa (HC nº73.940, 1996): “ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial”.

Visto isso, é evidente a tendência que se tem, tanto aos juristas, como os doutrinadores, de ser contrário o viés do controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários, uma vez que esse controle é totalmente coerente na perspectiva de legalidade, e não nas questões de mérito.

4.2 Compatibilização entre o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e o Princípio da Separação dos Poderes (perspectiva positiva do controle judicial)

Em contrapartida, alguns autores defendem que não haverá nenhum tipo de perspectiva inconstitucional no controle judicial dos atos administrativos discricionários, devendo ser devidamente efetivados.

Com isso, surge certos posicionamentos. O primeiro incide na perspectiva de que, se firmar somente na possível invasão da autonomia de determinado poder seria um completo erro, pois, atualmente, se faz muito presente a interferência harmônica entre os poderes, já que a própria Teoria do Freios e Contrapesos dá margem a essa premissa.

Outrossim, defende-se que a possibilidade de controle judicial desses atos incide tão somente no interesse público, que é o alicerce das condutas dos administradores. Portanto, a questão principal não seria a variedade, a margem de escolha que decidirá o agente público, e sim se respectiva decisão atende ou não o interesse coletivo.

Dessa forma, o Poder Judiciário, quando faz o devido exame dos atos administrativos discricionários, independentemente se esse exame for de legalidade ou de mérito, irá julgar se a decisão estabelecida atinge ou não a prerrogativa básica da Administração Pública: o interesse da sociedade. Se caso estiver conforme a esse interesse, o ato será válido, caso contrário, haverá a sua nulidade; não se discutindo, assim, o melhor mérito administrativo.

Por outro lado, pode-se fundamentar que, por o interesse público ser designado no Direito Administrativo como um princípio implícito, o controle judicial feito nos atos discricionários consistiria, contudo, no sentido de um exame principiológico- adentrando na ceara de princípios constitucionalmente explícitos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e àqueles implícitos, tais como da razoabilidade, da proporcionalidade, entre outros- da atuação feita pelo administrador.

Seria, portanto, não um exame de legalidade, muito menos de mérito, mas sim voltado para as perspectivas intrínsecas dos princípios. Assim, não teria somente o interesse público como principal objetivo do controle judicial, mas também um vasto conjunto de princípios de Direito Administrativo, sendo necessário ao agente público a outorga não de um poder, mas de um poder-dever, a fim de operar no caso concreto com as devidas observâncias que requer os atos discricionários.

Por fim, sob outra vertente, determinados doutrinadores defendem a existência do que se denomina de conceitos legais, ou jurídicos, indeterminados, os quais se caracterizam como um dispositivo vago, devido à sua amplitude de designação, possibilitando diversas interpretações.

É o caso das noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato- como interesse público, conveniência administrativa, ordem pública, moralidade, entre outros-, pois, afinal, o que seria decidir a escolha de um ato administrativo, dentre opções expostas pela lei, através da oportunidade e conveniência?

Nesse viés, tais conceitos indeterminados geram uma área de atuação administrativa, assim chamada de “área de livre decisão”, onde a esfera de discricionariedade se faz presente. Esse campo de decisão, portanto, é reconhecido pela Constituição Federal Brasileira, ao intitular a separação dos poderes, sendo insuscetível de revisão judicial.

Todavia, no momento em que um ato discricionário, dentro da área de livre decisão, gerar lesão ou ameaça a direito, sempre ser será admissível o controle do Poder Judiciário, ocorrendo, dessa forma, uma compatibilização entre o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e o Princípio da Separação de Poderes. É o que determina Germana de Oliveira (2004, p.110-111):

“Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada área de livre decisão que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios da Administração Pública [...]”

4.3 Limites da discricionariedade

No entanto, algumas teorias vêm surgindo na perspectiva de afirmar a ampla possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário dos respectivos atos administrativos, fixando, dessa forma, limites ao exercício da sua discricionariedade.

Uma das teorias, importantes de ressaltar, é decorrente do desvio de poder. O desvio de poder, ou também chamado de desvio de finalidade, se caracteriza quando o agente do Estado pratica um ato dentro do âmbito discricionário, até mesmo dentro dos limites da competência que lhe é conferida, mas visando a alcançar outra finalidade diferente da que a lei fixou.

Diante disso, fica o Judiciário totalmente autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração Pública desvinculou o propósito dos interesses coletivos em benefício ora próprio ou alheio, ora distinto da finalidade que não lhe seja própria.

Outro aspecto é a teoria dos motivos determinantes. Essa teoria define que os motivos apresentados como justificadores da prática do ato administrativo vinculam este ato e, caso os motivos sejam viciados, o ato será ilegal. Portanto, para examinar essa perspectiva, é necessário que o Poder Judiciário faça um controle nos pressupostos de fato e nas demonstrações que, até então, levaram ao ato se efetivar. Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica da seguinte forma (2014, p. 229-230):

“Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário público pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.”

Portanto, o que se verifica, no Direito Brasileiro, é uma forte tendência no sentido de limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, para que o controle judicial seja ampliado.

Contudo, respectiva disposição pode ser verificada em relação às perspectivas imprecisas, já citadas anteriormente, em que o legislador usa com assiduidade para aferir determinados elementos dos atos administrativos discricionários.

É sob esse prisma, por fim, que rege o constante aumento da possibilidade do controle jurisdicional nos atos discricionários, uma vez que abre vazão a uma interpretação mais expandida, já que os conceitos expostos adentram em uma “zona cinzenta”, insuscetível de literalidade.

5. O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRIONÁRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O termo “políticas públicas” é um conceito bastante amplo, com várias determinações intrínsecas, possuindo, portanto, uma vastidão de definições nas doutrinas pátrias. A título de mera definição, as políticas públicas são o conjunto de ações ou atividades públicas tendentes a realizar, de maneira efetiva, os direitos fundamentais previstas na Constituição Federal.

As políticas públicas, contudo, tem como um de seus elementos a discricionariedade administrativa, haja vista que é no âmbito de aplicação de políticas públicas que a discricionariedade encontra o seu campo mais fértil.

Tal fato decorre de dois fatores primordiais: 1) as políticas públicas visam à efetivação dos direitos sociais, também chamados de direitos de 2ª geração, uma vez que dependem de uma atuação mais ativa do Estado para a sua concretização; 2) as normas que asseguram os direitos sociais possuem um caráter aberto, indeterminado, garantindo ao administrador sempre um aspecto discricionário na elaboração das políticas pública.

Sob esse viés, a função de deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos públicos cabe ao Legislativo e Executivo. Contudo, muitas vezes esses poderes, que até então possuem respectiva função, se omitem na realização dessas políticas, tornando o controle jurisdicional totalmente possível, e, em alguns casos, necessário para a concretização desses direitos.

Certos pontos de vista usam a justificativa desse controle no fundamento do mínimo existencial. Essa teoria releva que, os direitos cuja observância constitui objetivo do Estado, dependem de implementações de políticas públicas, a fim de assegurar o mínimo existencial necessário para garantir a dignidade humana.

Nessa perspectiva, portanto, a doutrina que reconhece o direito a um mínimo existencial entende que, independentemente da discussão da possibilidade ou não de controle jurisdicional das políticas públicas, essa teoria está inserida no campo denominado "contra majoritário", ou seja, devem ser garantidas mesmo que a vontade dos órgãos majoritários, democraticamente eleitos, sejam contrários a realização desses direitos.

Logo, revela-se então, no momento em que os poderes, que possuem a função de concretizar os direitos sociais por meio de políticas públicas, se omitirem, o Poder Judiciário poderá intervir para afirmar o mínimo necessário para a efetivação dos direitos essenciais ao desenvolvimento democrático, social, individual, entre outros.

Por fim, sobre a questão do controle jurisdicional na efetivação de direitos por meio de políticas públicas, há decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, em sede de Recurso Extraordinário, conforme destaca (STF, RE Nº 440028, 2013): "[...] o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração adote medidas assecuratórias de direitos constitucionais consagrados como essenciais, sem que isso configure uma violação à separação dos poderes."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, é evidente que a possibilidade do controle do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários é plenamente possível, sem nenhum tipo de divergência doutrinária, bem como jurisprudencial.

No entanto, as discussões em torno da problemática surge no momento em que se coloca em pauta os limites que esse controle tem (ou deveria ter) na atuação da discricionariedade aferida pela Administração Pública.

Lançadas as controvérsias doutrinárias, existem várias prerrogativas que se deve levar em consideração, uma vez que a temática manifesta vários posicionamentos, sendo importante ressaltar a perspectiva da possível lesão ao princípio da separação dos poderes.

Sabe-se que deve ser respeitado, na sua plenitude, respectivo princípio, pois cada poder tem sua interdependência, não devendo o Poder Judiciário intervir, já que tais atos são função tão somente do administrador público.

Além disso, a discricionariedade desses atos decorre da própria lei, ou seja, não há como ter uma violação exorbitante dentro do mérito administrativo, pois a legislação dá uma margem de escolha, dentre as quais todas são legalmente possíveis. E, se caso haja qualquer tipo de visível lesão, o ato será nulo, sem nenhuma prerrogativa contrária a isso.

Mas, e a inafastabilidade da tutela jurisdicional? Como mostrado, ambos os princípios expostos são constitucionais. No caso de colisão entre princípios previstos na Constituição Federal, não se pode ter uma supressão de um sobre o outro, pois são direitos fundamentais, possuindo um núcleo essencial.

Haverá, portanto, um sopesamento no caso concreto, e o que pesaria mais? A apreciação do órgão jurisdicional das decisões que possuem um certo âmbito protegido em lei, sob pena do juiz substituir o administrador público, ou a total interdependência dos poderes, deixando livre a atuação da discricionariedade aferida pela Administração Pública?

São questionamentos que surgem e devem ser bastante avaliados, pois tornar o controle judicial possível nesses atos, ele será eficaz no que tange à sua atuação, sempre averiguando se determinado ato deve ou não ser aplicado, está ou não em conformidade com preceitos objetivos, de modo que tal intervenção possa tornar o ato

totalmente apreciado pelo Poder Judiciário, tornando o juiz uma “espécie” de administrador público. É, portanto, sob esse pensamento que me vinculo.

Porém, em controvérsia a esse posicionamento, surge a perspectiva de que o controle jurisdicional não fere nenhum princípio constitucional, pelo contrário, o que ocorre é uma concordância entre respectivos princípios citados ao longo do artigo, já que o bem maior, tutelado pela Administração Pública, é o interesse coletivo.

Ademais, há uma tendência cada vez mais presente em limitar a discricionariedade dos relativos atos, pois volta-se a prerrogativa de que o Judiciário deve intervir quando houver grave lesão ou ameaça a direito, já que esses atos incidem uma maior margem de interpretações, devido a chamada área de livre decisão.

Por fim, outra temática bastante teorizada é a intervenção do órgão jurisdicional para efetivar políticas públicas. Nessa seara, o controle judicial sempre se fará presente quando os poderes Executivo e Legislativo se omitirem- de qualquer modo- na realização do mínimo necessário para a concretização dos direitos, os quais são essenciais para todo e qualquer cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26a Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

COELHO DA SILVA, Rômulo. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, v.1, n.3, p. 88-93, 2010. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo07_-_r%C3%B4mulo_coelho_da_silva.pdf>. Acesso em: 9 de abr. de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27a Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Ato administrativo discricionário e o controle jurisdicional**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_ato-administrativo-discricionario-e-o-controle-jurisdicional,40217.html>. Acesso em: 12 de abr. de 2018.

Habeas Corpus nº73.940. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Publicado em: 29.11.1996, Diário da Justiça, p.47157.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42a Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Germana De Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2a Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA MOUTA, Luiz Fernando Picorelli De. **Controle de atos administrativos garante Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-13/luiz-mouta-possivel-controle-judicial-atos-administrativos>>. Acesso em: 21 de abr. de 2018.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 440028/SP, 1ª turma**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em: 29.10.2013.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº234.352-1, 2ª Câmara Cível**. Relator: Desembargador Correia Lima, julgado em: 2.5.1995.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº212.259-1-6, 2ª Câmara Cível**. Relator: Desembargador Walter Moraes, julgado em: 22.11.1994, apud ADCOAS 147502.