

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Hélio Flávio Côco Martins Pereira¹

Juliana Laquini Vettorazzi²

RESUMO

O presente artigo busca analisar o controle judicial dos atos administrativos discricionários, tendo em vista a necessidade de interferência na esfera administrativa dos demais poderes constituídos, com o fito de garantir direitos fundamentais, sem que exista ofensa ao princípio da separação harmônica de poderes ou ingerência ilegal na margem de conveniência e oportunidade do agente público.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Controle. Atos Administrativos. Separação de Poderes. Discricionariedade. Vinculação.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the judicial control of discretionary administrative acts, due to the necessity of interference in the administrative sphere of the other constituted powers, with the purpose of guaranteeing fundamental rights, without there being any offense to the principle of the harmonic separation of powers or illegal interference in the margin of convenience and opportunity of the public agent.

Keywords: Administrative law. Control. Administrative Acts. Separation of powers. Discretion. Vinculation.

1 INTRODUÇÃO

Há ampla divergência doutrinária quanto à possibilidade de controle judicial de atos administrativos discricionários, haja vista que a norma prescreve liberdade de atuação para o agente público de acordo com a sua conveniência e oportunidade, o que obsta a interferência do poder judiciário para controle do ato praticado.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Multivix Castelo.

² Especialização em Direito Administrativo e em Educação Profissional e Tecnológica. Graduação em Direito. Professora da Faculdade Multivix Castelo.

Contudo, parte da doutrina sustenta que a interferência do Poder Judiciário no seio da administração pública ofende o princípio da separação de poderes, previsto no art.2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por outro lado, a não interferência do Poder Judiciário no controle de atos eminentemente administrativos constitui-se como amplo aval para que a Administração possa incorrer em arbitrariedades (v.g: abuso de poder), permanecendo livre de qualquer punição, ou no mínimo, dificultando-a para as autoridades competentes.

Assim sendo, através do presente procura-se tecer breves considerações sobre o ato administrativo, atributos e requisitos, conceitos-base relacionados à discricionariedade e vinculação, demonstrando pôr fim a incidência do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários e sua moderna tendência de ampliação.

2 O ATO ADMINISTRATIVO

É oportuna a conceituação do que é o ato administrativo. De fato, as legislações esparsas correlatas ao Direito Administrativo não fornecem um conceito do que é ato administrativo, permanecendo a cargo da doutrina fazê-lo. Por não ser o ato administrativo, conceito, requisitos e atributos, por si só, objetos principais do presente artigo, sugerimos o conceito de ato administrativo fornecido pela doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 171), que reputamos suficiente para esclarecimentos iniciais. Segundo o autor, ato administrativo é “a exteriorização de vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender o interesse público”.

Os atos administrativos, consoante exposto acima, são regidos pelas normas de direito público, motivo pelo qual são dotados de determinadas propriedades, diferenciando-se dos atos eminentemente privados regulados pela lei civil.

- a) **legitimidade**, significa dizer que há presunção *juris tantum* de legalidade do ato praticado. Uma vez praticado, o ato administrativo presume-se válido e eficaz, admitindo-se, contudo, prova em contrário pelo interessado;
- b) **Imperatividade**, consubstancia o fato de que o ato administrativo impõe aos administrados determinadas obrigações unilaterais que devem ser necessariamente cumpridas;
- c) **exigibilidade**, caracterizada como a possibilidade de a Administração Pública aplicar sanções pelo descumprimento da obrigação criada através do ato administrativo;
- d) **autoexecutoriedade**, presente na maioria dos atos, sobretudo quando do exercício do poder polícia pelo Estado. A Administração Pública pode executar o ato administrativo sem necessidade de autorização judicial;
- e) **tipicidade**, decorre do princípio da legalidade, pois o Estado observará a finalidade precípua do ato previsto em lei.

Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado o ato totalmente discricionário, sem que haja previsão legal; também fica a afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que discricionariedade poderá ser exercida (DI PIETRO, 2001, p. 201-202).

Portanto, a tipicidade é o atributo que decorre diretamente do princípio da legalidade, estampado no art.37 da CF/88. Os requisitos ou elementos do ato administrativo são pressupostos para sua plena validade. O ato será válido desde que presentes os requisitos abaixo elencados.

- a) **competência**, que por sua vez é vinculada e determinada pela própria lei. É necessário que o ato seja praticado por agente competente para fazê-lo, nos termos em que prescrito pela norma legal;

- b) **forma**, caracterizada pela maneira em que o ato se exterioriza. De fato, quanto à forma, diversamente do que ocorre nas relações privadas, regidas pelo princípio da instrumentalidade das formas, no direito administrativo prevalece o princípio da solenidade das formas, ou seja, é necessário que o ato administrativo seja escrito, registrado e arquivado;
- c) **motivo**, é a situação fática que enseja a prática do ato pelo Estado. O motivo não se confunde com a motivação, sendo esta a justificativa que fundamenta o ato;
- d) **finalidade**, deve objetivar o interesse coletivo, porque em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público o administrador não pode perquirir interesses privados em detrimento do interesse estatal;
- e) **objeto**, é oportuna a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2016) , ao distinguir finalidade e objeto.

Ambos estampam os aspectos teleológicos do ato e podem ser considerados como vetores do resultado do ato. Mas o objeto representa o fim imediato, ou seja, o resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa. A finalidade, ao contrário, reflete o fim mediato, vale dizer, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir (CARVALHO FILHO, 2016, p. 190).

Assim, o ato cuja finalidade não seja o interesse público estará eivado de vício pela ausência de requisito essencial à sua prática. Conforme se verá adiante, o mérito administrativo é a conveniência e oportunidade na busca pela solução adequada ao caso concreto, sem se olvidar da busca pelo interesse público. Em outras palavras, segundo Gustavo Scatolino e João Trindade (2016, p.56), “o mérito é o exercício da discricionariedade. É o exercício da margem de liberdade conferida pela lei”.

E, os atos administrativos podem ser discricionários ou vinculados. Nestes, os seus elementos estão previstos na norma de regência, sendo despicinda a análise pelo agente de qualquer elemento de conveniência e oportunidade. Naqueles, a norma prevê margem de escolha para a prática do ato, de sorte que o agente administrativo poderá realizar juízo de conveniência e oportunidade acerca do ato administrativo a ser praticado.

Salienta, todavia, moderna doutrina que os atos discricionários não estampam uma liberdade absoluta de agir para o administrador. A avaliação que se permite ao administrador fazer tem que estar em conformidade com o fim legal, ou seja, aquele alvo que a lei, expressa ou implicitamente, busca alcançar. Não havendo tal conformidade, o ato não é lícitamente produzido, pois que estará vulnerando o princípio da legalidade, hoje erigido à categoria de princípio administrativo (art. 37, CF). (CARVALHO FILHO, 2016, p. 201).

Portanto, ainda que a lei conceda discricionariedade ao agente, deve o mesmo pautar-se na estrita oportunidade e conveniência que a própria norma lhe outorga, sob pena de ilegalidade.

3 DA SEPARAÇÃO HARMÔNICA DE PODERES (SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS – CHECKS AND BALANCES)

O princípio da separação harmônica de poderes consubstanciado no art.2º da Constituição Federal de 1988 denota a existência de três poderes, quais sejam: O poder Executivo, Poder Legislativo e o Poder Judiciário, independentes (não cabe a interferência indevida uns nos outros) e harmônicos entre si (a necessidade de equilíbrio entre os poderes, a caracterizar o sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*, para que não exista arbitrariedade no exercício de suas respectivas funções).

De fato, a separação de poderes não surgiu da forma como é conhecida hodiernamente. Aristóteles, na obra “*Política*”, teorizou acerca de três funções exercidas pelo poder público, em que pese a função de legislar, administrar e julgar se concentrasse nas mãos de um único indivíduo (o soberano).

Após as bases definidas por Aristóteles, surge Montesquieu (*O espírito das leis*) definindo a existência dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e suas respectivas funções típicas (administrar, legislar e julgar). Sabe-se que os poderes igualmente exercem funções atípicas. Contudo, por não ser objeto do presente trabalho, calha mencionar apenas que a função atípica de um poder é exatamente a função típica de outro.

O referido tópico é de grande monta, à medida que a análise do controle judicial do ato administrativo é, por vezes, conforme a doutrina mais ortodoxa, considerada como

ofensa ao princípio da separação de poderes (tese da qual não perfilhamos), haja vista que o Poder Judiciário supostamente invade a esfera de atribuição do Poder Executivo. Contudo, não tem o princípio em comento caráter absoluto, pois deve ceder espaço para a intervenção judicial quando necessário o resguardo a direito fundamental do cidadão. Trata-se, pois, de evidente ponderação de valores, com base nas teorias de Dworkin e Alexy.

4 DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Como tema central do presente artigo, verifica-se que a doutrina administrativa diverge amplamente acerca da possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, mormente os que são praticados no exercício da atividade discricionária do agente público.

É possível sistematizar o entendimento de maneira simplificada: Admite-se que o poder judiciário realize o controle acerca dos limites do mérito administrativo, sem, contudo, invadir a discricionariedade administrativa, ou seja, não se admite que o julgador substitua o juízo de conveniência e oportunidade do administrador, sob pena de ofensa ao princípio da separação harmônica de poderes. Assim se posiciona José dos Santos Carvalho Filho (2016), ao criticar a doutrina moderna que entende pela ampliação do controle da valoração administrativa (mérito) pelo Poder Judiciário.

Contudo, é possível que o Poder Judiciário realize o controle do mérito e, nada obstante, possa determinar obrigação de fazer ao poder omissor, que instado a se manifestar ou praticar ato em favor do interesse público, não o faz, seja por mera omissão, seja porque exorbitou prazo razoável e tolerável para a prática do ato.

Não se pode olvidar que a invasão arbitrária pelo poder judiciário no âmbito do mérito administrativo é tão temerária quanto deixar que a Administração Pública, por si só, realize o controle de seus próprios atos, pois em que pese a possibilidade de autotutela administrativa, observa-se que na maioria esmagadora dos casos concretos se faz necessário o pleito judicial para que o administrador pratique ato necessário ao interesse coletivo.

Assim, a invasão do mérito é tão inconstitucional quanto a omissão administrativa, momento em que se faz necessário ponderar acerca do ativismo judicial (*judicial review*) e a invocação da reserva do possível no seio da Administração Pública, como se verá em tópico específico.

Destarte, quanto aos atos administrativos vinculados a análise do julgador é mais simplória, pois basta o exercício de subsunção do ato à norma abstratamente prevista, porque se não há margem para discricionariedade do administrador público deverá o ato ser praticado nos estritos limites impostos pela norma. Se assim não o fizer, é de rigor que o Poder Judiciário, quando da análise do ato inquinado de vício, proceda à sua anulação e determine que poder público pratique novo ato válido, em conformidade com os ditames normativos de regência.

4.1 Controle de Políticas Públicas e Ativismo Judicial

O controle judicial dos atos administrativos não se limita à mera aferição dos contornos do mérito no bojo da administração pública (atos discricionários) ou ao mero exercício de subsunção (atos vinculados). Deve-se ir além ao tratar do controle judicial de políticas públicas. Entende-se como política pública toda a medida necessária implementada pelo Estado, como prestações positivas por meio do exercício da função estatal, através do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sobretudo quando de sua interferência nos demais poderes ao determinar obrigações de fazer em prol do interesse coletivo (HESS, 2011).

É possível exemplificar com base na existência das normas constitucionais programáticas, estas criadas pelo constituinte originário para instituir à longo prazo prestações positivas em face da coletividade (v.g: arts. 6º, 196 e 205 da CF/88). Em determinadas ocasiões, os órgãos incumbidos do *facere* permanecem inertes em detrimento do interesse público, cabendo ao Poder Judiciário interferir na seara administrativa para que os beneficiários, ora administrados, recebam as prestações que lhe são de direito.

O Poder Judiciário é instado a se manifestar em casos de tais omissões através de ações populares e ações civis públicas. A interferência do Poder Judiciário na esfera

administrativa pode ser aqui denominada de ativismo judicial. Momento em que o tema ganha relevância para o presente trabalho, tendo em vista que é considerada uma interferência legítima.

Segundo Heliana Maria Coutinho Hess (2011), o Poder Judiciário possui o poder de controlar os atos da administração pública, sejam os atos discricionários, sejam os atos vinculados. A interferência visa a garantia do mínimo existencial e a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. A autora utiliza como exemplo a concessão e distribuição de medicamentos por meio de ações coletivas e individuais respaldadas no direito à saúde (art.6º, CF/88).

Depreende-se, portanto, que os direitos sociais não podem ficar ao critério discricionário de concretização do administrador público. Foi a orientação exarada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.389.952-MT, em que se discutia a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado a tomada de providências para garantir condições dignas em estabelecimento carcerário superlotado e com condições precárias. Transcrevemos a ementa do acórdão divulgado no Informativo nº 543 do Tribunal da Cidadania.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA.

Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relato de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (Informativo 543 do Superior Tribunal de Justiça, acesso em 02 set. 2016, grifo original).

Verifica-se que no caso examinado o STJ decidiu acertadamente que não houve invasão na discricionariedade administrativa, não sendo possível invocar a reserva do possível, tampouco ofensa ao princípio da separação de poderes, haja vista que

conforme mencionado a concretização dos direitos sociais não pode permanecer ao alvedrio da Administração Pública, sobretudo quando há urgência em efetivar e garantir tais direitos.

Assim, segundo o entendimento do STJ a interferência judicial no Poder Executivo foi legítima, porque feita de maneira excepcional e necessária para a garantia de direitos fundamentais. Em *hard cases* não se pode interpretar o princípio da separação de poderes de maneira ortodoxa. É preciso que se pondere os bens em litígio, pois não é proporcional e razoável o sacrifício de direito fundamental para prevalência de hipotética harmonia entre os poderes constituídos.

4.2 Da Ponderação de Valores: Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)

Consoante alhures mencionado, parte-se da premissa que o Poder Judiciário deve interferir na função administrativa para garantir direitos fundamentais. Para tornar legítima a intervenção de um poder em outro sem que isso cause ofensa ao princípio da separação de poderes, é preciso utilizar-se do critério da ponderação, idealizado por Robert Alexy (*“Theorie der Grundrechte”*) e Ronald Dworkin (*“Taking Rights Seriously”*). Sintetizando de forma breve o entendimento de ambos os autores, Virgílio Afonso da Silva (2003) esclarece que Alexy e Dworkin filiam-se a teoria da separação de regras e princípios, espécies do gênero norma.

Para Dworkin, as regras valem ou não (*all or nothing*), em caso de colisão de regras uma prevalecerá sobre a outra, afastando a aplicação daquela inviável ao caso concreto. Porém, em caso de colisão de princípios haverá prevalência ou não. Em outras palavras, um princípio não revoga outro, apenas possui maior peso, prevalecendo em detrimento de outro conforme cada caso concreto (SILVA, 2003).

Entrementes, Alexy parte da premissa que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são mandamentos que devem ser realizados com a maior abrangência possível, ao passo que as regras expressam direitos definitivos e imediatos. Como exemplo, o caso supramencionado sobre o sistema carcerário brasileiro, que no entendimento dos Tribunais Superiores o Estado não pode invocar

princípios orçamentários com o fito de escusar-se de implementar a infraestrutura adequada ao estabelecimento prisional para garantir a dignidade humana do apenado (SILVA, 2003).

O Estado não pode se defender alegando que não há previsão orçamentária para que sejam despendidos gastos com o estabelecimento prisional. De outro plano, o apenado não possui garantia da dignidade humana, da honra, da intimidade e incolumidade física, ante as condições precárias do cárcere. Torna-se possível a ponderação de valores, porque o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser resguardado amplamente (mandamento de otimização), de forma que a ausência de fundo orçamentário não deve servir de supedâneo ao Estado para escusar-se de suas prestações positivas.

No caso em tela, o Poder Judiciário de forma correta e legítima interfere em outro poder determinando ações administrativas que irão garantir direitos fundamentais. É evidente o controle dos atos administrativos que deverão ser praticados pelo poder omissor. Portanto, não é admissível que o Estado invoque o princípio da reserva do possível em casos como o discutido no precedente supramencionado. A reserva do possível implica que o Estado pode, em tese, se escusar de prestar determinada obrigação de fazer se não existir previsão orçamentária para tanto.

Segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2012), a Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha no ano de 1970. A teoria em pauta reconhece a existência de limites orçamentários, de forma que o legislador pátrio deverá elencar as prioridades e necessidades do Estado, incluindo-as na lei orçamentária anual.

Portanto, pode o cidadão requerer do Estado aquilo que for razoável, pois parte-se do pressuposto que o Poder Público fornece o mínimo existencial para a coletividade, ou seja, a reserva do possível aliada aos princípios orçamentários não pode ser invocada quando se tratar de garantir direitos fundamentais pertencentes ao mínimo existencial (saúde, educação, moradia, dentre outros), e, portanto, torna-se importante a ponderação de valores em cada caso concreto, de forma que o judiciário irá interferir em ações eminentemente administrativas, o que caracteriza interferência legítima e controle dos atos administrativos discricionários do poder omitente.

Os precedentes na jurisprudência do STF são fartos, em que o Pretório Excelso, no exercício da ponderação, determinou que a Administração Pública efetivasse direitos e garantias fundamentais ao cidadão lesado, visando a garantir o direito à saúde (STF, Pet 1246 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 13/02/1997) e a educação (STF, RE nº 410715, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 03/02/2006), ao idoso (STF, ADIN nº 3.768, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 26/10/2007), dentre outros.

Transcrevemos parte do acórdão emanado pelo STJ no REsp 1.389.952-MT, cuja ementa foi transcrita acima, vez que sintetiza e demonstra didaticamente os conceitos ora externados.

[...] a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Ademais, também não há como falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/1964 (que preveem a necessidade de previsão orçamentária para a realização das obras em apreço), na medida em que a ação civil pública analisada objetiva obrigar o Estado a realizar previsão orçamentária das obras solicitadas, não desconsiderando, portanto, a necessidade de previsão orçamentária das obras. Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não

pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro [...] (Informativo 543 do Superior Tribunal de Justiça, acesso em 02 set. 2016, grifo nosso).

Segundo o escólio de Carvalho Filho (2016):

É inegável, porém, a atual tendência em ampliar o ativismo judicial mediante ingerência direta do Poder Judiciário. Semelhante tendência tem sido registrada em várias decisões judiciais pelas quais se impõem obrigações de fazer à Administração. Citem-se, a título de exemplo, decisões que ordenaram a manutenção de programas sociais tipicamente administrativos ou que determinaram a promoção de medidas ou de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, deixando-se clara a impossibilidade de alegação da reserva do possível. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 115).

Conforme descrito acima, o juiz ou tribunal irá interferir na seara administrativa quando necessário o resguardado do mínimo existencial, determinando ao agente público que pratique o ato administrativo em benefício do interesse da coletividade. Em tempo, interessante instituto foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF. O Tribunal declarou que o sistema carcerário brasileiro vive um intenso Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2015), o ECI teve origem na Corte Constitucional Colombiana, que definiu a existência do instituto no momento em que se observa grave violação generalizada de direitos humanos e direitos e garantias fundamentais em virtude da omissão do poder público.

Em outras palavras, o ECI consiste na violação generalizada de direitos fundamentais em razão da omissão voluntária dos órgãos e autoridades responsáveis pelo *facere* (e não apenas um órgão ou autoridade), de forma a atingir e lesionar número indeterminado de pessoas, quadro este que somente será revertido pela vontade política dos órgãos e autoridades omissas.

Conforme relatório da ADPF 347:

[...] a técnica da declaração do 'estado de coisas inconstitucional' permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerando o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas,

argumentar que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática de direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de 'bloqueios institucionais' nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição [...] (ADPF 347, Supremo Tribunal Federal, acesso em 15 de setembro de 2016).

Portanto, no caso em tela a interferência do STF consiste em verdadeiro ativismo judicial estrutural, porque repercute na esfera administrativa dos órgãos omissos, bem como no limite orçamentário. Na problemática exposta na ADPF 347, requereu-se fossem tomadas as providências diante da violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. O STF concedeu a liminar pleiteada para que juízes e tribunais: em casos de prisão provisória, motivem a não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão; que realizem a audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas contados do momento do cárcere; que considerem o precário sistema carcerário brasileiro quando da aplicação de medidas cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal; que estabeleçam penas alternativas à prisão e, por fim, que a União libere o saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional para suas finalidades, esta última ação, de cunho eminentemente administrativo.

Como visto, em regra o Poder Judiciário não interfere não ações administrativas, uma vez que a cada poder compete exercer as suas funções típicas. Contudo, não há óbice na interferência quando necessário resguardar direitos fundamentais, caso em que o Poder Judiciário determina que o órgão omissos pratique ações positivas para protegê-los.

Trata-se, portanto, de interferência legítima que não encontra óbice na reserva do possível, pois necessário observar e fornecer o mínimo existencial ao corpo coletivo. Assim, a configuração do ECI no sistema prisional brasileiro demandou a atuação ativista do STF para que a Administração Pública em geral tome providências para sanar o quadro massivo de violação generalizada de direitos fundamentais de reeducandos, o que inclui a prática administrativa de atos, programas, dentre outras determinações tomadas pelo Tribunal no caso *sub judice*.

Desta feita, conforme relatado acima em diversas passagens, a análise do mérito administrativo não pode ser limitada pela visão clássica de não intervenção e controle limitado dos atos administrativos.

Nada obstante, convém salientar com base em premissas neoconstitucionalistas, bem como pela Força Normativa da Constituição (Konrad Hesse), que as normas da Carta Maior devem guardar correspondência com a realidade social, irradiar seus efeitos plenamente, pena de figurar como mera “folha de papel”, segundo Lassale (2002, p.68), considerando que “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”.

Assim, diante da força normativa que implica a necessária observância de concretização de regras e princípios constitucionais, afigura-se totalmente plausível, legítima e imprescindível a interferência judicial no controle dos atos administrativos discricionários.

4.3 Da Proporcionalidade e Razoabilidade no Controle dos Atos Administrativos Discricionários

Não são raras as vezes em que o administrador público pratica ato arbitrário sob justificativa de exercer o poder discricionário. Conforme mencionado no presente trabalho, mesmo a discricionariedade concedida ao agente público está prevista em norma legal, motivo pelo qual é necessário que ao atuar mediante conveniência e oportunidade, aponte a opção adequada, necessária e proporcional ao caso concreto, sob pena de invalidação pelo Poder Judiciário.

A razoabilidade e proporcionalidade são princípios constitucionais implícitos que orientam a administração pública, imprescindíveis, sobretudo quando da prática de atos administrativos discricionários, uma vez que nos atos vinculados o agente não possui qualquer margem de conveniência e oportunidade para atuar. Pela razoabilidade, entende-se que o administrador deverá atuar com bom senso, conforme orientação do homem-médio, ou seja, atua de acordo com o que se entende razoável ao interesse público.

Segundo Mazza (2016, p. 128), “comportamentos imoderados, abusivos, irracionais, desequilibrados, inadequados, desmedidos, incoerentes ou desarrazoados não são compatíveis com o interesse público”. A proporcionalidade, por sua vez, consiste na adequação entre os meios e os fins. Para que se alcance determinado fim pela administração pública, os meios utilizados devem guardar correspondência com o mesmo. Trata-se da proibição do excesso, muito embora também exista a faceta da proibição da proteção deficiente.

Nesse sentido, como exemplo, os Tribunais Superiores não admitem a revisão judicial de questões de concurso público, haja vista ser critério discricionário da Administração Pública, motivo pelo qual a revisão dar-se-á através de recursos analisados pela banca examinadora do certame por critérios eminentemente administrativos. Transcrevemos ementa de acórdão julgado pelo STF no sentido ora exposto:

CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA REPÚBLICA. PROVA OBJETIVA: MODIFICAÇÃO DO GABARITO PRELIMINAR. REPROVAÇÃO DE CANDIDATA DECORRENTE DA MODIFICAÇÃO DO GABARITO. ATRIBUIÇÕES DA BANCA EXAMINADORA. MÉRITO DAS QUESTÕES: IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A modificação de gabarito preliminar, anulando questões ou alterando a alternativa correta, em decorrência do julgamento de recursos apresentados por candidatos não importa em nulidade do concurso público se houver previsão no edital dessa modificação.

2. A ausência de previsão no edital do certame de interposição de novos recursos por candidatos prejudicados pela modificação do gabarito preliminar não contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. **Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas** (RE 268.244, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30.6.2000; MS 21.176, Relator o Ministro Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE 434.708, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.9.2005). (STF - MS: 27260 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, acesso em: 15 de set. 2016, grifo nosso)

Sem embargo, quanto aos atos vinculados, não é necessário confrontá-los com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando que a lei não atribui margem de conveniência e oportunidade ao agente, pois não há mérito administrativo neste ato. Portanto, eventual desvio no exercício do ato vinculado ocasiona abuso de poder, tornando-o ilegal, a ensejar anulação pelo Poder Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ato administrativo é a manifestação de vontade dos agentes que compõem a Administração Pública. O ato, para que possa existir e produzir efeitos depende da presença de atributos (legitimidade, imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade) e requisitos (competência, forma, motivo, finalidade e objeto).

Após cumprir todos os pressupostos necessários, o ato poderá versar sobre a matéria discricionária (permite juízo de conveniência e oportunidade pelo agente) ou vinculada (em que o conteúdo do ato está estritamente fixado pela norma). Contudo, em determinados casos, para suprir o interesse público é preciso que haja interferência do Poder Judiciário na seara administrativa dos demais poderes, seja pelos órgãos legitimados a fazê-lo, através de ação judicial, seja pelo requerimento do interessado.

Não há ofensa à separação de poderes, porque necessária será a interferência para garantir a harmonia entre os poderes constituídos, sobretudo para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, que não pode permanecer à pura discricionariedade do administrador público.

Com base na teoria de Alexy e Dworkin, os direitos fundamentais, quando em conflito, não se revogam, mas preponderam uns sobre os outros. Em tal sentido, é que o Poder Judiciário pode determinar que sejam realizadas ações de cunho eminentemente administrativas em casos de violação de direitos constitucionais, como exposta na atual conjuntura do sistema carcerário brasileiro.

A Administração Pública não pode invocar a reserva do possível para eximir-se do *facere* que a norma lhe impõe. Não prevalece o princípio da separação de poderes ou da reserva do possível em caso de flagrante violação de direitos fundamentais, sobretudo quando generalizada (Estado de Coisas Inconstitucional

Trata-se, portanto, de fazer valer a norma constitucional para que irradie seus efeitos para a sociedade (Força Normativa da Constituição). Assim, a crescente expansão do controle judicial dos atos administrativos, o ativismo judicial (*judicial review*), por parte

dos tribunais é de suma importância para aplicação real e efetiva da norma constitucional através de determinações judiciais à Administração Pública.

Contudo, é preciso analisar o caso concreto, pois não se pode admitir a interferência desmedida de um constituído em outro, sob pena de ilegalidade. É preciso fazer uso da proporcionalidade e razoabilidade no caso sob exame judicial, adequando-se os meios aos fins úteis ao interesse público.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.389.952, MT. Relator: Ministro Herman Benjamin, 03 de jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio, Distrito Federal, 09 de set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 27260. Relator: Ministro Carlos Britto, 29 de out. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional. 2015. Disponível em: <dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 15 set. 2016.

DI PIETRO, Maria Sùlvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. v.18, n.30, abr., 2011, p. 257-274. Disponível em: www4.jfrj.jus.br/see/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/216. Acesso em 13 set. 2016.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista Informação Legislativa**. Brasília, n.193, jan./mar., 2012. Disponível em:

www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496553/000940642.pdf?sequence=1. Acesso em 13 set. 2016.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

SILVA, Virgílio A. da. Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v.1, 2003, p. 607-630. Disponível em: constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 13 de set. de 2016.