

RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONTEXTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

REINTERPRETATION OF THE THEORY OF SEPARATION OF POWERS IN THE CONTEXT OF JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE MERIT

Bruno Leonardo Mantuano Costa*

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

*Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito do Estado pelo Instituto Excelência - PODIVM. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Major e Professor de Direito Administrativo Disciplinar Militar, Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar no Curso de Habilitação de Oficiais (CHO) - 2016 a 2023 - e do Curso de Formação de Oficiais (CFO) - 2018 a 2022 - ambos do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal (CBMDF). Assessor Jurídico na Corregedoria do CBMDF. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8576-3255>

**Pós-doutorado pela Università del Salento, Lecce, Itália. Doutor e Mestre em Direito Urbanístico PUC/SP. Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana - GPDDPU (CEUB). Juiz de Direito (TJDFT). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7715-3983>

Como citar: COSTA, Bruno Leonardo Mantuano; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Releitura da teoria da separação dos poderes no contexto do controle jurisdicional do mérito administrativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 285-301, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p285-301. ISSN: 1980-551X.

Resumo: O objetivo deste artigo é retratar que, embora a teoria da separação dos poderes esteja consagrada na Constituição Federal como princípio fundamental, o cenário atual é que o Poder Judiciário tem realizado verdadeira incursão nos atos típicos dos outros poderes, como os atos discricionários praticados pelo Poder Executivo. Essa incursão, materializada por meio do controle judicial sobre o mérito administrativo, revela destacado ativismo judicial, o que tem ocasionado um engessamento do administrador, o qual tem medo de tomar decisões que venham a ser atacadas pelo Poder Judiciário. Como resposta a esse fenômeno, surgem as posições doutrinárias sugerindo a autocontenção do Judiciário e a deferência à Administração Pública, oriundas de uma leitura contemporânea da teoria da separação dos poderes. Por meio de uma análise qualitativa sobre as posições doutrinárias alusivas ao tema e pelo método hipotético-dedutivo, conclui-se que, sendo o Poder Judiciário o último a se manifestar, somente por meio de uma autocrítica, promotora de autocontenção e deferência à Administração Pública, em respeito à separação dos poderes, é que o panorama atual de incursões exageradas no mérito administrativo poderá ser alterado, evitando-se a mera substituição da vontade do administrador pela do magistrado.

Palavras-chave: separação dos poderes; controle judicial; mérito administrativo; ativismo judicial; autocontenção do judiciário.

Abstract: The aim of this paper is to portray that, despite the theory of separation of powers being enshrined in the Brazilian Federal Constitution as a fundamental principle, the current scenario reveals that the Judiciary has increasingly encroached upon the typical functions of other branches, particularly the discretionary acts of the Executive. This judicial intervention, manifested through judicial review of administrative decisions, underscores significant judicial activism, leading to a cautious approach by administrators who fear decisions being challenged in court. In response to this trend, doctrinal positions advocating judicial self-restraint and deference to Public Administration have emerged from a contemporary interpretation of the separation of powers. Through a qualitative analysis of doctrinal viewpoints and employing a hypothetical-deductive approach, the study concludes that, as the

Judiciary is the final arbiter, a critical self-reflection promoting self-restraint and respect for Public Administration, in accordance with the separation of powers, could mitigate the current trend of excessive judicial intervention in administrative matters, thereby preventing mere judicial substitution of administrative discretion.

Keywords: separation of powers; judicial control; administrative merit; judicial activism; judiciary self-restraint.

INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes, proposta por Montesquieu no século XVIII, segundo a qual o Estado possui três espécies de poderes, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, em que cada um limita o poder do outro, carece de uma releitura moderna, contempladora das expertises desempenhadas por cada uma dessas funções do Estado, como forma de lançar luz ao debate sobre o controle judicial de atos do Poder Executivo e do Legislativo.

A questão central da teoria apresentada por Montesquieu cingia na identificação das atividades primordiais de cada um dos poderes do Estado e na contenção que um poder exercia sobre o outro.

Contudo, com o avanço das funções do Estado, e em especial das atividades desempenhadas pelo Poder Judiciário, tem sido observado um crescimento das decisões judiciais envolvendo decisões dos demais poderes, num possível desequilíbrio entre os três poderes. Nesse sentido, hoje discute-se sobre a incursão de decisões judiciais no mérito administrativo, no mérito de políticas públicas e de deliberações parlamentares.

No presente artigo, delimita-se a questão do equilíbrio entre os três poderes com o contexto do controle judicial sobre o mérito administrativo das decisões do Poder Executivo, ou seja, sobre as decisões da Administração Pública em que o poder legiferante conferiu ao Administrador o poder de escolha, em determinados casos concretos, de uma dentre outras soluções igualmente válidas para atingir o interesse público na prática do ato administrativo, escolhendo-se o melhor desfecho ao caso pendente de decisão.

Esse processo de escolha da melhor solução ao caso concreto, em que a Administração faz um juízo de oportunidade e conveniência, no desempenho de sua competência discricionária, buscando concretizar seus fins constitucionais, constitui o mérito administrativo do ato praticado. Uma vez escolhida a solução, dentre mais de uma possível, pelo administrador, pode ocorrer de algum interessado questionar judicialmente a opção do gestor, levando-se ao escrutínio do Poder Judiciário o mérito da escolha feita pela Administração Pública.

A possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre o mérito administrativo, deliberando mais do que questões envolvendo a legalidade do ato questionado, com o fito de concretizar direitos e garantias fundamentais e geralmente sob o escopo de analisar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato administrativo, como tem ocorrido no país, é questão merecedora de profunda reflexão na doutrina e jurisprudência pátrias, sobretudo à luz da teoria da separação dos poderes, em especial a uma visão moderna de sua concepção.

Com efeito, hodiernamente se tem debatido sobre o denominado ativismo judicial, que seria a atuação proativa do magistrado de expandir o sentido e alcance de normas e princípios, notadamente constitucionais, para a materialização de direitos fundamentais, decidindo em processo judicial sobre atos administrativos, políticas públicas e atos emanados pelo Poder Legislativo. Nes-

se contexto, por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário, balizado por parte significativa da doutrina brasileira, tem decidido, portanto, sobre o mérito administrativo de atos administrativos e políticas públicas.

Como um freio a essa faceta de atuação do Poder Judiciário, encontra-se a teoria da Separação dos Poderes, limitando a atuação do Judiciário como substitutiva do exercício regular das atuações executivas e legislativas, mas a invocação dessa teoria não tem se revelado suficiente para a contenção do ativismo judicial, havendo inclusive maior produção doutrinária e jurisprudencial favorável a esse ativismo, ao ponto de existirem atualmente posições que falam inclusive em “redução a zero” da discricionariedade administrativa.

A consequência desse tipo de decisão judicante tem sido um engessamento dos gestores públicos, os quais tem adotado postura defensiva e conservadora, com receio da intervenção dos órgãos de controle e de eventual responsabilização pela prática de ato administrativo que, posteriormente, o Poder Judiciário o invalide.

Em resposta a esse período vivenciado de destacado ativismo judicial, a doutrina vem se debruçando sobre o tema, propondo soluções, normalmente envolvendo a autocontenção do Judiciário e a deferência à Administração Pública, sobretudo quando esta age em decorrência de sua competência discricionária, e contemplando a expertise que cada Poder possui no exercício do seu mister, numa verdadeira releitura da teoria da separação dos Poderes proposta por Montesquieu. Com isso, busca-se o equilíbrio na problemática apontada, freando eventuais excessos de controle judicial e criando um arcabouço teórico robusto capaz de sustentar uma atuação judicial mais parcimoniosa.

Nesse sentido, o presente artigo que ora se desenvolve possui o objetivo de apresentar uma proposta de releitura da teoria da separação dos poderes, modernizando-a, como forma de moldar uma postura de autocontenção do Poder Judiciário, no intuito de promover o equilíbrio entre os três Poderes, evitando-se um governo de juízes, no qual, indesejadamente, ocorreria, ao final, mera substituição da vontade do gestor pela vontade do magistrado.

1 A QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO, DA INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL E DO DESEQUILÍBRIO ENTRE OS TRÊS PODERES NO ATIVISMO JUDICIAL

Antes de evidenciar que algumas atuações do Poder Judiciário têm proporcionado desequilíbrio entre os três poderes, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a discricionariedade administrativa e sobre mérito administrativo, para melhor compreensão da análise proposta.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2001, p. 48) aponta que a discricionariedade aparece somente quando não existe um único desfecho a ser adotado pelo administrador no mandamento da norma, remanescendo a ele a escolha de, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis para adotar a solução mais adequada à finalidade pública.

Para Di Pietro (2001, p. 75-76), em quatro situações ocorre a discricionariedade administrativa, quais sejam, quando a lei de forma expressa confere à Administração o poder de escolha; quando a lei é insuficiente em razão de ser impossível predeterminar todas as situações; quando a lei prescreve a competência, mas não a conduta do agente público; quando a lei contém conceitos jurídicos indeterminados.

Já Dinorá Grotti (1999, p. 108-111), ao estudar profundamente a relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, aduz que o campo da discricionariedade é maior na norma de Direito, ficando reduzida quando da sua aplicação ao caso concreto, após o processo interpretativo, sendo que apenas haverá a discricionariedade, após a interpretação, quando duas ou mais soluções forem igualmente sustentáveis e, em tais casos, a decisão do administrador será tida como inatacável.

No tocante ao mérito administrativo, Seabra Fagundes, um dos brasileiros pioneiros no estudo do tema, afirma que o mérito está no sentido político do ato administrativo e que surge em conexão com o motivo e o objeto do ato administrativo, sendo o conteúdo discricionário deste (Fagundes, 2006, p. 180-181) e elemento integrante apenas dos atos administrativos discricionários¹.

Juarez Freitas (2004, p. 217), assevera que a palavra mérito está ligada ao juízo de conveniência e oportunidade que é dado ao administrador e que, por isso, seria insindicável pelo Poder Judiciário, com a ressalva de que o “demérito” seria passível de controle, por não se admitir uma discricionariedade administrativa distraída dos seus objetivos cruciais.

Para Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 75), mérito administrativo é um juízo de oportunidade e conveniência que a Administração Pública pode exercer em dada situação, no desempenho de uma competência discricionária, sendo indiscutível, conforme ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 226), a identificação, na prática do ato administrativo, de determinados fatores que pressupõem a valoração do administrador e seu processo de escolha, possuindo maior liberdade para sua decisão.

Estreitando a liberdade que haveria para o administrador decidir na prática de ato discricionário está o entendimento de Gustavo Binembojm (2014, p. 38-39), o qual aponta que, com a constitucionalização do direito administrativo, a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa, motivo pelo qual entende que se deve abandonar a dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, para se falar somente de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, conferindo-se, assim, maior possibilidade de controle judicial sobre o mérito administrativo, que se vê reduzido.

¹ Segundo Seabra Fagundes (2006), no ato vinculado o mérito deste já se encontra esgotado previamente, pois o mérito do ato já foi objeto de análise e de solução erigida idealmente pelo legislador de maneira apriorística, cabendo ao administrador somente executar a solução pré-deliberada, de forma vinculada, não possuindo margem de escolha quanto a praticá-la ou não praticá-la.

Em continuidade a esse estreitamento da discricionariedade administrativa e, por conseguinte, do mérito administrativo, está o fenômeno que César Augusto Guimarães Pereira (2003, p. 243) denominou de “redução a zero” da discricionariedade administrativa, em que, diante de um caso concreto, após o procedimento adequado à escolha pública, as alternativas de prática do ato se reduziriam a uma única conduta possível, após a atividade hermenêutica.

Sandro Dezan (2014, p. 58) aponta que a teoria tem caminhado no sentido de limitar essa margem de liberdade da Administração para a prática dos atos discricionários, fazendo com que o juízo de conveniência e oportunidade, por meio da razoabilidade e proporcionalidade, identifique o interesse público a ser consagrado à luz do caso concreto, visto que “somente há de haver um único ato ótimo a realizar por completo o interesse público posto em jogo”, denominando essa busca da edição do único ato adequado como “razoabilidade qualificada”, o que parece coadunar com a “redução a zero” da discricionariedade administrativa, em virtude de não haver possibilidade de escolha ao ser concebível somente um único ato ótimo.

Dessa forma, considerando que mesmo no exercício de uma competência discricionária, haveria somente uma escolha, no caso concreto, a ser praticada pelo administrador, caso este optasse pela prática de outro ato, indaga-se se estaria o Poder Judiciário legitimado a cassar o ato praticado. Como é cediço, uma vez que alguém questione judicialmente um ato administrativo, ainda que discricionário, caberá ao Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal², analisar o pleito do autor, proferindo decisão ao caso concreto, proferindo, assim, a aplicação da lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular (Bastos; Martins, 1989, p. 169).

Caso o magistrado entenda, no caso concreto, que somente há um ato ótimo a ser praticado e tal ato seja distinto do escolhido pelo administrador, então ocorrerá a invalidação judicial do ato administrativo praticado, consoante a doutrina esposada que se posiciona no sentido de estreitar a margem de atuação da Administração Pública. A inquietação com tal cenário surge a partir do momento em que se constata que, enquanto um juiz pode entender que somente uma decisão (diversa da escolhida pelo administrador) poderia ter sido praticada no caso concreto pela Administração, em busca do ato ótimo, outro juiz, sobre o mesmo caso, pode entender que justamente o ato praticado pelo administrador é que seria o ato ótimo.

Sim, pois, conforme Lenio Streck (2014, p. 157), o Judiciário brasileiro se encontra em um “estado de natureza interpretativo”, por meio do qual “cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da escolha que Tribunais fazem acerca de cumprir a lei ou não cumprir a lei”, Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 79-81), no mesmo sentido, denuncia esse processo de escolha decisória exemplificando com a alternância de entendimento de um magistrado sobre ocorrência de improbidade, ao contextualizar sobre o uso de princípios para “julgar nas nuvens”.

2 Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Por ativismo judicial, compreende-se a “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, revelando-se como o oposto da autocontenção judicial (Barroso, 2017, p. 445). A atividade judicial expressada por Montesquieu como o juiz sendo a boca da lei, realizada pela subsunção, a partir da legislação abstrata e geral, vinculante à administração da Justiça, aplicável a todos e sem distinção, dá o seu lugar para a prática da hermenêutica, centrada em valores e princípios, ponderando-se as normas vigentes do caso concreto (Taquary, 2017, p. 33).

O Judiciário, sob o prisma do ativismo judicial, utiliza-se do conceito da juridicidade e de princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade para a ampliação do controle jurisdicional que realiza sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, adentrando no mérito administrativo e na definição de políticas públicas.

Compreende-se que o direito passou por um movimento do positivismo ao pós-positivismo (Fernandes; Bicalho, 2011, p. 111), e que a aplicação do direito passou da legalidade à juridicidade, ou seja, atuação conforme a lei e o Direito (Dezan, 2014, p. 43), ocorrendo uma espécie de enfraquecimento da lei para o fortalecimento de valores (Dezan, 2021, p. 297), sendo enxergado esse avanço como uma evolução e não como uma crise (Di Pietro, 2012, p. 16), mas entende-se que esse “avanço” chegou ao que deveria ser considerado o limite do caminho pendular, havendo a necessidade de se retomar a direção em busca de um caminho mais parcimonioso e harmônico entre os Poderes.

Isso porque, no contexto deste artigo, em razão do princípio da inafastabilidade jurisdicional, qualquer ato administrativo questionado judicialmente deve ser submetido à apreciação do Poder Judiciário para este promover decisão ao caso concreto, porém, quando o ato questionado se tratar de conteúdo discricionário, a invalidação do ato, no cenário aqui apresentado de destacado avanço do ativismo judicial, poderá representar a mera substituição da vontade do Poder Executivo pela vontade do Poder Judiciário, o que configuraria a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz (Meirelles, 2016, p. 883), situação que o direito deve evitar, por fragilizar a separação dos Poderes, consagrada no art. 2º da nossa Lei Maior³.

Com efeito, Montesquieu, já no século XVIII, apontava existir em cada Estado três tipos de poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo que um impõe limite ao outro, de modo que se um se sobressair sobre outro, avançando em suas atribuições, haverá um desequilíbrio indesejado. Assim, se o poder de julgar estiver unido ao de legislar, será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, “pois o juiz será legislador”; se estiver amalgamado ao Poder Executivo, “o juiz poderá ter a força de um opressor” (Montesquieu, 2014, p. 230).

3 Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

2 A CONCEPÇÃO MODERNA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle judicial dos atos discricionários praticados pela Administração Pública, no contexto do mérito administrativo, é assunto diretamente ligado à teoria da separação dos Poderes.

Para compreender melhor a importância da teoria da separação dos poderes, deve-se buscar suas origens, de modo a compreender seu processo de formação e sua essência. Aristóteles teria sido o primeiro a escrever sobre os poderes do Estado, ao refletir sobre os órgãos e suas funções perante o Estado, ocasião em que observou a existência de três poderes nos governos, quais sejam, o poder deliberativo, que delibera sobre os negócios do Estado, o poder executivo, que seriam as magistraturas e os poderes constituídos para o agir do Estado, e o poder judiciário, que abrange os cargos de jurisdição (Aristóteles, 2001, p. 87), o que poderia ser considerado um pensamento embrionário da teoria da separação dos poderes mais adiante apresentada de forma aperfeiçoada por Montesquieu.

Além de Aristóteles, outro grande pensador que contribuiu para a construção do pensamento da teoria da separação dos poderes foi John Locke, o qual, em o Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, também observou a existência de três poderes, quais sejam, o poder legislativo, que define o modo que deverá se utilizar a força da comunidade para a sua própria preservação e de seus membros, o poder executivo, que executa as leis em vigor, e o poder federativo, que resolve as controvérsias da sociedade e dos seus membros, além de fornecer mecanismos para a reparação de danos (Locke, 1994, p. 171-172).

Por fim, adveio a concepção clássica de divisão dos poderes, apresentada por Montesquieu, em o Espírito das Leis, quando atestou a existência de três Poderes do Estado, quais sejam o Legislativo, incumbido da função de legislar, o Executivo, a quem cabe administrar, e o Judiciário, responsável pela função de julgar. Sua ideia central estava na contenção de um poder sobre o outro, tendo destacado que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (Montesquieu, 2014, p. 229). Esse é o fundamento mais clássico sobre a separação dos Poderes e que restou consagrado até tempos hodiernos.

Essa concepção clássica tem sido questionada pela doutrina, a ponto de afirmarem se tratar de um princípio em decadência, em razão de que a divisão dos poderes não teria a mesma relevância de outras épocas, o que parece representar um discurso reconhecedor da atuação criativa do Poder Judiciário envolvendo decisão judicial de atos tipicamente emanados dos outros poderes, havendo o risco de se ter inclusive um Judiciário politizado, em razão de que a neutralização política desse poder “é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos (Ferraz Junior, 1994, p. 21).

Nesse sentido, a doutrina tem proposto uma reavaliação da separação dos poderes, em razão dos novos papéis assumidos pelo Estado no século XXI. É que, diferentemente da socieda-

de do século XVIII em que Montesquieu redigiu sua clássica obra, para a sociedade atual a ideia da separação dos poderes, que em sua origem teve maior foco na proteção aos direitos e liberdades individuais, tem uma concepção insuficiente, tendo em vista a necessidade de se ter um Estado mais ativo, assegurador de direitos sociais e coletivos, justificando uma atuação do Estado, em todas as esferas de poderes, nesse desiderato. Nesse sentido, aduz-se que o princípio da separação dos poderes perdeu autoridade, decaiu de vigor e prestígio, estaria presente na doutrina e nas Constituições, mas seria “um desses pontos mortos do pensamento político”, representando um obstáculo para progresso democrático contemporâneo, visto que, “quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda” (Bonavides, 2000, p. 185-186).

Nessa esteira de raciocínio, a doutrina vem compreendendo que a clássica separação de poderes vem sendo superada aos poucos, visto que, já no início do intervencionismo estatal, oriundo do Estado Social, observou-se alterações nas relações entre os Poderes do Estado, com o deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo, e, posteriormente, no Estado Democrático de Direito, o deslocamento se deu do Poder Executivo e do Legislativo para o Poder Judiciário, principalmente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais apresentam postura mais ativa (Streck; Moraes, 2003, p. 163), típica do ativismo judicial.

Justamente como contraponto a esse posicionamento doutrinário que sugere uma superação do princípio da separação dos poderes, doutrina contemporânea tem proposto uma verdadeira releitura do princípio, conservando sua essência, por meio de sua modernização. Vale dizer, além da concepção clássica, há agora um fundamento contemporâneo, no sentido de que a separação dos Poderes “promove a especialização e organização das funções do Estado, onde cada fase de exercício do poder possui integridade própria e deve ser observada” (Medeiros, 2020, p. 39). Essa ideia parte do pressuposto de que, com a separação dos Poderes, formam-se estruturas orgânicas especializadas e independentes entre si, buscando-se evitar a participação em funções estranhas às suas atividades, justamente devido à falta de especialização funcional (Ramos, 2015, p. 115).

Nessa concepção contemporânea da teoria da separação dos poderes, tem-se que um governo mais eficiente é aquele que é especializado e articulado, “dividido em três ramos distintos entre si por razão dessa especialização e articulação” e não em razão de uma divisão aleatória e distante das ideias de concretização de direitos fundamentais; ao contrário, esse desenho institucional tripartido permite que o poder passe por diversas fases, “em instâncias diferentes entre si, com atores diferentes entre si especializados de alguma forma para realizar o exercício específico desse poder”, antes que o ato produza os efeitos almejados pela ordem vigente (Medeiros, 2020, p. 48).

Logo, percebe-se que houve uma evolução após a obra de Montesquieu, havendo uma verdadeira releitura na forma de uma concepção mais ampla sobre a separação dos Poderes, sobretudo no tocante à especialização no desempenho de cada um dos Poderes (expertise técnica e credenciais democráticas). Ademais, é certo que, tanto por uma concepção clássica quanto por uma concepção moderna, a separação dos poderes se encontra consagrada nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, a qual, por isso, previu um “sistema de freios e contrapesos, à busca do

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (Silva, 1999, p. 114).

Assim, embora tenha sido previsto um sistema de freios e contrapesos, consagrando-se no ápice do sistema normativo brasileiro a teoria da separação dos poderes, o Judiciário, por ser o Poder que profere a palavra final em dado caso concreto, devido à natureza de suas funções, não parece ter contra si um contrapeso efetivo para a promoção de sua moderação, com o escopo de evitar a ocorrência de um hiperativismo judicial. Para alguns, esse ativismo judicial configura verdadeiro desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional (Ramos, 2015, p. 138). Por isso, vislumbra-se a necessidade de conscientização do próprio Judiciário sobre esse cenário, em busca de uma autocontenção nos limites de sua atuação.

É claro que, sob o olhar das relações dos atos da Administração Pública e o Poder Judiciário, entende-se que o controle judicial do ato administrativo é instrumento necessário para o aperfeiçoamento das atividades desempenhadas pela Administração Pública, quando caça os atos administrativos praticados em desacordo com a legalidade e com alguns parâmetros constitucionais aferíveis no caso concreto.

Ou seja, submetido ao Poder Judiciário a análise sobre a validade de determinado ato administrativo, considera-se salutar que ele escrutine a legalidade do ato e, diante do princípio da juridicidade, averigue com parcimônia se foram observados todos os princípios constitucionais incidentes no caso sob análise. Disso, compreende-se que inclusive o mérito administrativo do ato praticado pela Administração Pública deve ser conhecido e apreciado pelo Poder Judiciário, que analisará os diversos parâmetros jurídicos relacionados ao ato administrativo judicializado, dentre eles a razoabilidade e a proporcionalidade. Contudo, a autocontenção deve ser premissa de atuação do magistrado, o qual somente invalidaria o ato nas hipóteses de ilegalidade ou escandalosa ofensa à moralidade, razoabilidade ou proporcionalidade do ato.

Luís Roberto Barroso (2017, p. 417-418), aduz ser possível ao Poder Judiciário decidir sobre o mérito administrativo, quando houver ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, necessitando a correção do ato, permitindo o controle da discricionariedade administrativa. Todavia, expõe-se aqui a compreensão de que somente os atos nitidamente irrazoáveis e desproporcionais, quando praticados pela Administração Pública, devem ser conhecidos pelo Judiciário e cassados. Como exemplo, parece notavelmente desarrazoado punir, em processo administrativo disciplinar, um servidor que chegou atrasado a alguma reunião do trabalho com a pena de demissão, motivo pelo qual caberia ao Judiciário, caso provocado, cassar esse ato, por notória ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, existem também os atos visivelmente razoáveis e proporcionais e existem aqueles que pertencem a uma zona de incerteza, em que não se sabe ao certo se seriam razoáveis ou proporcionais (Fernandes, 2014, p. 154). Em casos tais, entende-se que o Judiciário deve praticar a autocontenção e, com isso, prestigiar o ato praticado pela Administração Pública, inclusive porque

ele goza de presunção de legitimidade (Bastos, 1994, p. 102), devendo-se anular somente quando da certeza da ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Vale dizer, o mérito administrativo não deve ser incognoscível pelo Poder Judiciário, mas defende-se a realização de um controle deferente (Medeiros, 2020, p. 193), em que o Judiciário, quando se depara com aqueles atos inseridos no contexto da zona de incerteza sobre sua proporcionalidade e razoabilidade, decide prestigiar a escolha administrativa, diante da ausência de parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, bem como em atenção ao princípio da separação de Poderes, e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos (Fernandes, 2014, p. 155).

Dessa forma, vislumbra-se a necessidade de uma postura de autocontenção do Judiciário, com constante autovigilância para que eventualmente não se sobreponha a outro Poder, pois a adoção de uma atuação no sentido do ativismo judicial aqui apontado pode provocar o advento de um “governo de juízes”, rompendo assim o equilíbrio fundamental dos poderes detentores da soberania na organização do Estado democrático (Bonavides, 2004, p. 432), constituindo ofensa à separação dos poderes, que, repise-se, restou consagrada no texto constitucional brasileiro.

Nesse sentido, revela-se de importância o princípio da deferência à Administração Pública, segundo o qual o controle judicial deve, ao máximo, respeitar as decisões dos outros Poderes, salvo se insanáveis e claramente incompatíveis com a Constituição (Freitas, 2011, p. 148), uma vez que “a desmedida invasão das áreas de competência do Poder Executivo acaba por esvaziar o projeto constitucional de cooperação entre os Poderes” (Oliveira, 2017, p. 222).

Isso porque, como já denunciado antes, o administrador público, por não querer correr riscos ante o excessivo controle sobre os seus atos, vem aos poucos desistindo de decidir, vendo-se engessado em suas atividades, tendo como consequência inevitável de sua retração a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública (Guimarães, 2016). Com a adoção do controle deferente, vislumbra-se uma mudança desse cenário, permitindo-se a atuação administrativa eficiente e sem receios pré-concebidos para realizar a concretização dos seus fins constitucionais.

Calha destacar que o princípio da deferência à Administração Pública possui fundamento não só na constatação fática de que a Administração está em melhor posição para tomar decisões que envolvam a sua expertise ou condição política, quando comparado ao Poder Judiciário (Medeiros, 2020, p. 197), mas também em razão da presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, e em observância ao que preceituam o art. 2º da Constituição Federal (separação dos Poderes) e o art. 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018 (Brasil, 2018), que, explicitamente, previu o dever de se considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, quando da interpretação de normas sobre gestão pública⁴.

4 Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (Brasil, 1942).

Eduardo Jordão assevera que a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado, focando nos controladores da aplicação do direito, tem ocasionado “ineficiências gerenciais importantes”, classificando as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 como “antirromântica” ou “anti-idealista” e que o seu grande objetivo foi introduzir “boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público” (Jordão, 2018, p. 65-66).

Assim, parece claro que o próprio legislador buscou positivar a essência do princípio da deferência à Administração Pública na LINDB, justamente para tentar trazer mais segurança jurídica à atuação do gestor, como forma de tentar alterar a realidade de controle judicial demasiado, direcionando que o magistrado torne inválidas somente as decisões administrativas nitidamente desarrazoadas.

Há que se esclarecer que deferência significa que o Deferidor, quando tomar sua decisão seguirá uma determinação feita por algum outro indivíduo ou instituição, determinação essa que o Deferidor poderia não ter tomado se tivesse decidido de forma independente sobre o mesmo processo de escolha, concebendo-se o outro indivíduo ou instituição que impacta este processo de tomada de decisão como o Deferido (Dotan, 2019, p. 765-766).

Assim, a deferência envolve um julgador, pondo de lado seu próprio julgamento e seguindo o julgamento de outro tomador de decisão, em circunstâncias nas quais o julgador poderia ter chegado a uma decisão diferente. Ou seja, o julgador (o Deferidor) poderia ter outra opinião ou consideração sobre o objeto da decisão, decidindo de forma diversa, se estivesse decidindo de forma independente e coubesse a ele aquela decisão, mas acaba se submetendo à decisão do Deferido, por conferir peso ao seu juízo de valor e conseqüente decisão (Dotan, 2019, p. 767).

A cultura de deferência é justamente essa forma recorrente de se decidir conferindo peso especial ao processo decisório nos atos que envolvem discricionariedade dos membros dos outros poderes, coadunando-se com a nova forma de concepção do princípio da separação dos poderes, que leva em consideração a expertise dos membros de cada poder no exercício de suas funções típicas e atípicas.

Portanto, com uma cultura de deferência, oriunda de uma nova forma de se ler a teoria da separação dos poderes, que privilegia as expertises dos demais poderes, tem-se que os magistrados devem adotar uma conduta de autocontenção em face de interpretações razoáveis que gestores públicos deem sobre normas que comportem mais de uma solução, todas igualmente válidas, em razão das “vantagens institucionais comparativas da Administração Pública”, mesmo que discorrem da solução erigida pelo administrador como a melhor, sendo maior a deferência “quanto maior for o grau de complexidade técnica ou dimensão política do ato, de discricionariedade concedida ao gestor no caso concreto ou de indeterminação do texto da norma que embasou a decisão” (Medeiros, 2020, p. 227), considerando-se, sobretudo, a capacidade especializada do gestor para a edição daquele ato, em face da expertise adquirida no exercício de suas atribuições.

O fundamento para essa cultura de deferência é que, tendo por base o exercício da competência discricionária do administrador público com a escolha de uma dentre duas ou mais soluções

juridicamente admissíveis, a invalidação do seu ato pelo Judiciário representaria a mera substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz. Em tais circunstâncias, não existem critérios objetivos e inatacáveis que demonstrem que a escolha do magistrado seria superior à do administrador (pela especialização da Administração Pública, presume-se que seria o contrário), razão pela qual “deve ser prestigiada a escolha administrativa em atenção ao princípio da separação de Poderes e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como, eventualmente, à presunção de constitucionalidade das leis em que se lastreia o ato administrativo” (Fernandes, 2014, p. 160).

CONCLUSÃO

Em linhas de conclusão, é necessário reafirmar que a teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu restou consagrada no ordenamento constitucional pátrio e, em razão disso, necessário é que cada um dos poderes atue de forma harmônica com os outros poderes.

Nesse sentido, calha destacar que, embora o ativismo judicial seja realidade preponderante na jurisprudência pátria, cresce o número de manifestações doutrinárias pugnano por uma autocontenção do Poder Judiciário, para a adoção de uma cultura de controle deferente à Administração Pública, respeitando-se a harmonia necessária que deve haver entre os três poderes. Invoca-se uma releitura da separação dos poderes, que privilegia e fomenta o respeito à expertise adquirida por cada poder no exercício de suas funções constitucionais.

O controle judicial sobre os atos da Administração Pública é, em verdade, desejável e importante para evitar ilegalidades, usurpação de competências e atos de notória inconstitucionalidade, fomentando-se que a Administração Pública ande sempre na linha da legalidade, cumpra seus objetivos constitucionais e preste suas atividades com eficiência. Trata-se de um dos contrapesos oriundos da teoria da separação dos Poderes.

O que se roga, contudo, é que os atos oriundos da discricionariedade administrativa, embora também sejam suscetíveis de controle judicial, sejam prestigiados sempre que não houver ilegalidade nem notória irrazoabilidade e desproporcionalidade no mérito do ato, o que somente ocorrerá a partir da adoção de uma autocrítica do Poder Judiciário promotora de sua autocontenção. O Judiciário é o destinatário direto da produção acadêmica propositora de uma cultura deferente, lastreada em uma concepção moderna da teoria da separação dos poderes, que prestigia a expertise que cada poder desenvolve no exercício do seu dever.

É que, com o excesso de controle judicial, promovedor de indevidas incursões no mérito administrativo, além de gerar desarmonia entre os poderes, ainda faz com que os gestores públicos se vejam engessados, com receio de tomar decisões, mormente nos casos de grande complexidade, o que tem afetado sua autonomia, promovendo um verdadeiro estado de ineficiência pelo medo do controle, fragilizando, inclusive, os objetivos constitucionais da Administração Pública. Ocor-

re um duplo efeito: o administrador deixa de tomar decisões importantes (medo do controle) ou as toma em cumprimento a decisões judiciais (ação após o controle), transferindo a responsabilidade de suas decisões e políticas públicas para o Poder Judiciário, que determina a sua conduta. Vislumbra-se que somente a autocontenção do Judiciário, oriunda da releitura proposta sobre a separação dos poderes, será capaz de alterar esse cenário.

É certo que algumas ações vêm sendo praticadas na tentativa de alteração dessa realidade, como a edição da Lei nº 13.655/2018, que incluiu o art. 22 na LINDB, e os diversos textos doutrinários chamando a atenção para o fenômeno ora debatido e buscando uma concepção moderna da teoria dos três poderes, em que se privilegie as expertises de cada poder, mas, reitera-se, para que se ocorra uma alteração desse panorama, é necessária essa mudança de atuação do Judiciário, priorizando-se a autocontenção sobre o ativismo.

Atos administrativos ilegais ou nitidamente irrazoáveis ou desproporcionais devem ser cassados pelo Judiciário, no exercício legítimo do seu papel de controle. Porém, atos razoáveis e proporcionais ou aqueles pertencentes a uma zona de incerteza, quando oriundos da discricionariedade administrativa, devem ser prestigiados pelo Judiciário, por inexistir critério seguro que assegure que a opção do julgador é melhor que a do administrador, evitando-se a mera substituição da vontade do Executivo pela do Judiciário, deturpando-se o papel constitucional dado a cada um dos Poderes.

Em uma reflexão final, pode-se dizer que o Poder Judiciário tem o encargo constitucional de exercer o escrutínio e a vigilância constante dos atos da Administração Pública, mas e “quem vigia os vigilantes”? Somente os próprios vigilantes, por meio da autocontenção do seu mister, hipótese que providenciaria uma atuação harmônica do Poder Judiciário em face dos Poderes Legislativo e Executivo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (lei de introdução às normas do direito brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, n. 1, p. 224-236, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/42/25>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DEZAN, Sandro Lucio. **Administração pública e políticas de meio ambiente: o princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa**. Curitiba: Juruá, 2014.

DEZAN, Sandro Lucio. Da constitucionalização à democratização do direito administrativo. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 35, n. 3, set./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v35i3.13009>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades jurídicas*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1998**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DOTAN, Yoav. Deference and disagreement in administrative law. **Administrative Law Review**, Washington, DC, v. 71, n. 4, p. 761-801, 2019. Disponível em: https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2019/12/ALR_71.4-Dotan.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do direito administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 51, n. 203,

p. 143-164, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507410>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbabilidade por quebra de princípios. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8612>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1999. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos_juridicos_inde-terminados.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, [São Paulo], n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20 jun. 2023.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. especial, p. 65-66, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 20 jun. 2023.

LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. Algumas reflexões sobre o controle judicial da administração pública contemporânea. **Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 222, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.150>

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45827>

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Ativismo jurídico internacional: os instrumentos de compliance no sistema interamericano de direitos humanos**. 2017. 662 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12410>. Acesso em: 20 jun. 2023.

Recebido em: 30/06/2023

Aceito em: 07/04/2024