

I ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO DO FUTURO

**DIREITO ADMINISTRATIVO, POLÍTICAS
PÚBLICAS E REGULAÇÃO**

D598

Direito Administrativo, políticas públicas e regulação [Recurso eletrônico on-line]
organização I Encontro Nacional de Direito do Futuro: Escola Superior Dom Helder Câmara –
Belo Horizonte;

Coordenadores Dalton Tria Cusciano, Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira e Edna
Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara -
ESDHC, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-957-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os desafios do humanismo na era digital.

1. Direito do Futuro. 2. Humanismo. 3. Era digital. I. I Encontro Nacional de Direito do
Futuro (1:2024 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



I ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO DO FUTURO

DIREITO ADMINISTRATIVO, POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO

Apresentação

O Encontro Nacional de Direito do Futuro, realizado nos dias 20 e 21 de junho de 2024 em formato híbrido, constitui-se, já em sua primeira edição, como um dos maiores eventos científicos de Direito do Brasil. O evento gerou números impressionantes: 374 pesquisas aprovadas, que foram produzidas por 502 pesquisadores. Além do Distrito Federal, 19 estados da federação brasileira estiveram representados, quais sejam, Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe, São Paulo e Tocantins.

A condução dos 29 grupos de trabalho do evento, que geraram uma coletânea de igual número de livros que ora são apresentados à comunidade científica nacional, contou com a valiosa colaboração de 69 professoras e professores universitários de todo o país. Esses livros são compostos pelos trabalhos que passaram pelo rigoroso processo double blind peer review (avaliação cega por pares) dentro da plataforma CONPEDI. A coletânea contém o que há de mais recente e relevante em termos de discussão acadêmica sobre as perspectivas dos principais ramos do Direito.

Tamanho sucesso não seria possível sem o apoio institucional de entidades como o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), a Universidade do Estado do Amazonas (UEA), o Mestrado Profissional em Direito e Inovação da Universidade Católica de Pernambuco (PPGDI/UNICAP), o Programa RECAJ-UFGM – Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a Comissão de Direito e Inteligência Artificial da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, o Grupo de Pesquisa em Direito, Políticas Públicas e Tecnologia Digital da Faculdade de Direito de Franca e as entidades estudantis da UFGM: o Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP) e o Centro Acadêmico de Ciências do Estado (CACE).

Os painéis temáticos do congresso contaram com a presença de renomados especialistas do Direito nacional. A abertura foi realizada pelo professor Edgar Gastón Jacobs Flores Filho e pela professora Lorena Muniz de Castro e Lage, que discorreram sobre o tema “Educação jurídica do futuro”. O professor Caio Lara conduziu o debate. No segundo e derradeiro dia, no painel “O Judiciário e a Advocacia do futuro”, participaram o juiz Rodrigo Martins Faria,

os servidores do TJMG Priscila Sousa e Guilherme Chiodi, além da advogada e professora Camila Soares. O debate contou com a mediação da professora Helen Cristina de Almeida Silva. Houve, ainda, no encerramento, a emocionante apresentação da pesquisa intitulada “Construindo um ambiente de saúde acessível: abordagens para respeitar os direitos dos pacientes surdos no futuro”, que foi realizada pelo graduando Gabriel Otávio Rocha Benfica em Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS). Ele foi auxiliado por seus intérpretes Beatriz Diniz e Daniel Nonato.

A coletânea produzida a partir do evento e que agora é tornada pública tem um inegável valor científico. Seu objetivo é contribuir para a ciência jurídica e promover o aprofundamento da relação entre graduação e pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Além disso, busca-se formar novos pesquisadores nas mais diversas áreas do Direito, considerando a participação expressiva de estudantes de graduação nas atividades.

A Escola Superior Dom Helder Câmara, promotora desse evento que entra definitivamente no calendário científico nacional, é ligada à Rede Internacional de Educação dos Jesuítas, da Companhia de Jesus – Ordem Religiosa da Igreja Católica, fundada por Santo Inácio de Loyola em 1540. Atualmente, tal rede tem aproximadamente três milhões de estudantes, com 2.700 escolas, 850 colégios e 209 universidades presentes em todos os continentes. Mantida pela Fundação Movimento Direito e Cidadania e criada em 1998, a Dom Helder dá continuidade a uma prática ético-social, por meio de atividades de promoção humana, da defesa dos direitos fundamentais, da construção feliz e esperançosa de uma cultura da paz e da justiça.

A Dom Helder mantém um consolidado Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Ambiental e Sustentabilidade, que é referência no país, com entradas nos níveis de mestrado, doutorado e pós-doutorado. Mantém revistas científicas, como a Veredas do Direito (Qualis A1), focada em Direito Ambiental, e a Dom Helder Revista de Direito, que recentemente recebeu o conceito Qualis A3.

Expressamos nossos agradecimentos a todos os pesquisadores por sua inestimável contribuição e desejamos a todos uma leitura excelente e proveitosa!

Belo Horizonte-MG, 29 de julho de 2024.

Prof. Dr. Paulo Umberto Stumpf – Reitor da ESDHC

Prof. Dr. Franclim Jorge Sobral de Brito – Vice-Reitor e Pró-Reitor de Graduação da ESDHC

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – Pró-Reitor de Pesquisa da ESDHC

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS: DA FORMAÇÃO CONCEITUAL À APLICAÇÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

JUDICIAL CONTROL OF DISCRETIONARY ACTS: FROM CONCEPTUAL FORMATION TO APPLICATION IN CONTEMPORARY BRAZIL

Lucas Maciel de Oliveira

Resumo

O presente trabalho explora a dimensão conceitual do regramento dos atos administrativos, além de abordar como fora a construção dos conceitos próprios e dos pertinentes à sua existência. Ademais, não se imiscui de trazer à tona aspectos pertinentes à formação e aplicação no contexto brasileiro, remetendo-se dessa maneira a autores conceituados no plano de estudo do direito administrativo brasileiro. O objetivo deste trabalho é ser uma apresentação primária ao tema, percebendo resultados no tocante às conjugações entre os conceitos, definindo sua afinidade para que uma maior polidez possa ser conferida.

Palavras-chave: Atos administrativos, Controle judicial, Discricionariedade, Direito administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper explores the conceptual dimension of the regulation of administrative acts, as well as addressing how the concepts themselves and those pertinent to their existence were constructed. Moreover, it does not shy away from bringing up aspects pertinent to the formation and application in the Brazilian context, thus referring to authors conceptualized in the Brazilian administrative law study plan. The aim of this work is to be a primary introduction to the subject, realizing the results in terms of the conjugations between the concepts, defining their affinity so that greater politeness can be conferred.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative acts, Judicial control, Discretion, Administrative law

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente produção científica é um estudo primário sobre o regramento dos atos administrativos e sobre o controle de discricionariedade dos atos administrativos pelo poder judiciário, alicerçada em conceitos basilares que remetem desde a origem do direito administrativo pós-revolução francesa até o pensamento de diversos autores da contemporaneidade. O resultado dessa demonstração de evolução entre a origem e a atualidade no tocante à doutrina aplicada é essencial para a compreensão do tema.

Um aspecto da polarização política vista no Brasil, recentemente, é a desconfiança em relação ao poder judiciário: questionamentos sobre a legitimação do poder acerca de determinados atos, a autoridade conferida aos juízes e a fragilização da segurança jurídica, princípio previsto no artigo 5 da Constituição Federal, são levantados constantemente pela mídia e por figuras com alto poder propagandístico como forma de incendiar os ânimos e promover confrontos políticos eivados de desinformação e perigos, uma vez que podem se mostrar contrários à democracia e desestabilizar a sociedade.

A única via de combate aos discursos que ameaçam o regime democrático e o Estado de Direito é irradiar sobre eles a luz da razão, e trazer para o ambiente acadêmico-científico os questionamentos das coletividades. Dessa maneira, é preciso que a academia brasileira assuma um papel fundamental e seja o pilar do diálogo e da investigação na conjuntura atual, não se afastando de questões relevantes ao funcionamento da sociedade como um todo. Dessa maneira, a pesquisa sobre o tema surge como uma maneira de fazer frente aos imbróglis proporcionados pelas tensões sociais modernas.

No tocante à metodologia da pesquisa, o presente resumo expandido utilizou, com base na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), a vertente metodológica jurídico-social. Com relação ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. Por sua vez, o raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético. Quanto ao gênero de pesquisa, adotou-se a pesquisa teórica-bibliográfica.

2. DO CONCEITO E REGRAMENTO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos podem ser conceituados, embora haja divergências, como toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar,

extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. Além disso, para sua formação, é necessária a presença dos elementos competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Há, também a presença de atributos que qualificam o ato administrativo, essa presença é necessária para que a administração possa conseguir assumir um papel que consiga atender aos interesses públicos.

Os atos administrativos, quanto ao seu regramento, podem ser divididos em duas formas distintas: atos vinculados e atos discricionários. Os atos são vinculados quando a lei não deixa opções; ela estabelece que, diante de determinadas situações, a Administração deve agir de tal ou qual forma (Di Pietro, 2010, p. 489). Nesse sentido, os atos administrativos vinculados encontram apoio no princípio da legalidade, no que tange ao aspecto de comando normativo-autorizativo próprio do princípio.

Por outro lado, os atos discricionários podem ser definidos como atos praticados no exercício de competência ensejadora de certa discricção (Bandeira de Mello, 2023, p. 400). Sobre isso, entende-se que ao contrário dos atos vinculados, onde a administração não possui tolerância alguma de diferenciação acerca do que é predeterminado pelo ordenamento jurídico no que diz respeito à prática dos atos, os atos discricionários dispõem de uma margem de liberdade amparada pela conveniência e oportunidade da própria administração.

É válido ressaltar que alguns dos elementos essenciais formadores dos atos administrativos não suportam discricionariedade alguma, uma vez que sua natureza é prevista no ordenamento (Moraes, 2016, p.16). Além disso, todo ato discricionário possui elementos vinculados, embora haja divergência doutrinária a respeito de quais elementos podem ser considerados discricionários. Disso é possível afirmar que, portanto, existem atos totalmente vinculados e não existe discricionariedade absoluta.

3. DA ORIGEM FRANCESA À FORMAÇÃO DOUTRINÁRIA BRASILEIRA

Tendo sua origem após a revolução francesa, o direito administrativo é indissociável das suas raízes à medida em que a história justifica aspectos essenciais do passado e também da atualidade, tais como: a separação dos poderes e a aversão ao absolutismo. Dessa forma, a influência francesa na formação do direito administrativo brasileiro não só é presente, como também pode ser considerada absoluta (Azevedo, 1994, p. 191)

Na Europa, é inconcebível a ideia de controle jurisdicional sobre atos políticos, uma vez que tal controle é incompatível com o Estado de Direito por evidenciar um resquício do absolutismo monárquico (Mello, 1979, p. 37-39 apud Bandeira de Mello, 2023, p. 37). Tal concepção ideológica fora compatível com o pensamento doutrinário brasileiro, sobretudo no século XX: "ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos" (Seabra, 1968, p. 167 apud Jappur, 1985, p. 335). Tal constatação encontra alicerce no pensamento Montesquiano, o qual instituiria o sistema de freios e contrapesos, medida necessária para que o poder, que é uno, encontre limites e não cometa abusos, sendo limitado pelo próprio poder.

Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos "as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas". Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem" (Di Pietro, 2010, p. 22). Nesse sentido, percebe-se a aversão europeia pela concentração de poder, ocasionada pelo temor ao absolutismo.

Em Estados cuja a aversão pela concentração de poder não seja tão forte, pois sua formação não compreende eventos significativos como a Revolução Francesa e ainda apresenta acontecimentos contrários ao pensamento liberal, tal como fora a instituição do Poder Moderador na constituição de 1824 (Assis, 2016, p. 10- 13), é visto uma dissociação sensorial da organização política, no sentido de fragilidade das instituições democráticas, o que permite um flerte ao autoritarismo.

É válido destacar que essa dissociação sensorial também remete a outros aspectos essenciais da formação do Estado brasileiro, como é o caso da corrupção. O inquestionável e irredutível Monarca facilitava para a ocorrência de casos em que a moeda ditava a organização social, como compra de títulos pelos nobres (Schwarcz, 2019, p 78-83). Dessa maneira, o jeitinho brasileiro, popularmente conhecido, é consequência direta de aspectos irresponsáveis da formação brasileira e é um dos causadores da fragilidade institucional que permite a perpetuação de ideais contrários ao regime democrático e o Estado de Direito.

4. DO CONTROLE JUDICIÁRIO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Não há o que ser discutido sobre o controle judiciário dos atos vinculados, uma vez que a lei não estabelece mérito administrativo para eles, o controle judicial é pleno (Moraes, 2006, p. 15). Dessa maneira, a complexidade acerca do controle judiciário dos atos discricionários existe tão somente por causa de sua natureza, que é baseada no mérito administrativo: a conveniência e oportunidade da administração.

A discricionariedade, já brevemente apresentada na presente produção, precisa de limites de extensão: caso contrário, os ditames legais que postulam discricionariedade administrativa, desenhando-lhe o perfil, perderiam qualquer sentido e seriam palavras ocas, valores nulos, expressões sem conteúdo ou, mais radicalmente, atestados flagrantes de inconsequência do próprio Estado de Direito (Bandeira de Mello, 2023, p. 917). Ora, não seria coerente ao que fora proposto, através do sistema de freios e contrapesos, haver um artifício que fosse ilimitado e não dispusesse de limites em seu contorno, pois isso extrapolaria o Estado de Direito e configuraria, claramente, um abuso de poder, o qual é aversivo ao mesmo.

Embora haja divergência doutrinária acerca dos elementos do ato administrativo que compõem o mérito administrativo (Seabra, 1951, p. 3), é de concordância plena que o ditame que influencia na formação do mesmo é o interesse público; afinal, é ele, também, formado por um juízo subjetivo, que escapa da mecanicidade das leis que ditam os comandos vinculativos. Daí se extrai a complexidade do assunto, uma vez que o controle judiciário dos atos discricionários seria um juízo acerca de um juízo formado a partir de um juízo ainda maior, iniciativo, que seria o interesse do povo.

Outro ponto de enfoque acerca do tema é o limite de interferência do judiciário sobre os atos. Se o controle é necessário para que não haja abusos do executivo a fim de evitar a concentração de poder, tal como fora o absolutismo monárquico já evidenciado na produção, o judiciário, realizando-o, poderia se tornar aquilo que buscava evitar: poder concentrado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que deve ser unicamente a legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário apreciar a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato questionado, ou seja, sobre o mérito administrativo (Meirelles, 2016, p. 845-846). Dessa forma, o Poder Judiciário também encontraria freios que impossibilitariam seu abuso.

Consoante a isso, Moraes (2006, p. 26) aponta o princípio da eficiência como prisma do controle judiciário dos atos discricionários:

Repita-se, porém, que não caberão ao Poder Judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, nem tampouco a edição dos consequentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da eficiência.

Através desse mecanismo de controle, o judiciário não se atentaria a extrapolar os limites de preservação jurídica necessários a estabilidade dos três poderes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, a existência de um distanciamento conceitual de separação dos poderes, uma vez que, embora importemos o conceito europeu que fora eclodido pela Revolução Francesa, falta uma experiência própria brasileira que dite o funcionamento da máquina governamental e que influencie na formação social e cultural brasileira. No entanto, é válido destacar que a ausência dessa experimentação culturalmente própria brasileira não impede que surja, de maneira diferente da Europa, a aplicação dos conceitos teóricos tratados.

Infer-se ainda que a causa, da qual esse desnorreamento é consequência, problematiza outras inúmeras questões sociais brasileiras, tais como a desigualdade e a corrupção. Vê-se, diante desse panorama, a fragilidade institucional ocasionada por uma colonização irresponsável, o que perdura na sociedade atual pela falta de políticas públicas capazes de corrigir os desafios postulados. Essa intersecção entre as problemáticas que compõem a conjuntura social brasileira é um ponto a ser considerado em estudos futuros.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 969, p. 01-25, jul. 2016. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002781412>. Acesso em: 19 maio 2024.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Influência do Direito Francês Sobre o Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 89, p. 183-194, jan. 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67243>. Acesso em: 19 maio. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-16, dez. 1951. DOI: 10.12660/rda.v23.1951.11830. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830>. Acesso em: 19 maio. 2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NÍCACIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5a. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

JAPPUR, José. O Mérito do Ato Administrativo Perante o Judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 22, n. 85, p. 335-342, jan. 1985. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181560>. Acesso em: 19 maio. 2024

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

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

MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 243, p. 13-28, jan. 2006. DOI: 10.12660/rda.v243.2006.42538. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/42538>. Acesso em: 19 maio. 2024.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.