

**DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO
POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas
sobre a história do controle judicial dos
atos administrativos no Brasil**

Fábio Lins de Lessa Carvalho

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professor Associado da UFAL, Professor do Centro Universitário Cesmac, Procurador do Estado de Alagoas, Advogado, Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Mariana Aires Athayde

Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Mestranda em Direito na Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. mari_aires@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo procura fazer uma análise histórica do controle judicial dos atos administrativos, propondo desenvolver tanto reflexões teóricas quanto considerações de foro pragmático. A análise que se segue tem o propósito de esclarecer aspectos relevantes a respeito do atual momento deste âmbito do direito administrativo, indicando que pensar em um desenho para o controle judicial dos atos administrativos mais comprometido com os preceitos do Estado Democrático de Direito e seus novos desafios, a partir da consciência de sua trajetória histórica, irá requerer uma reformulação da separação dos poderes.

Palavras-chave: Controle Judicial. Atos administrativos. Separação dos Poderes.

**FROM A CONTRADICTORY PAST AND A PRESENT DIVIDED INTO
TWO WORLDS TO A PRAGMATIC FUTURE: notes on the history of
judicial control of administration acts in Brazil**

ABSTRACT

This paper aims to analyze the history of judicial control of administration acts, developing both theoretical reflections and pragmatic questions. The following analysis clarifies relevant aspects regarding the current moment of this field of administrative law. The research points out that, in order to reach a model of judicial control of administrative acts that is more committed with the precepts of the Democratic State of Law and its new challenges, a reformulation of the separation of powers is required.

Keywords: Judicial Control; Administrative acts; Separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

O controle judicial dos atos administrativos e sua abrangência são temas de infindáveis controvérsias ao longo do tempo e os juristas parecem ter grandes dificuldades de chegar a um denominador comum sobre o conjunto de parâmetros a serem seguidos. Diferentes propostas sobre quais deveriam ser os limites do controle judicial são lançadas, identificando cenários distintos, que apontam desde uma insinceridade constitucional na aplicação do direito administrativo até uma cultura de hipercontrole do administrador por meio de princípios constitucionais.

O presente artigo não pretende entrar na discussão em defesa de alguma teoria sobre o controle judicial em específico. O que se propõe é fazer um esforço, como objetivo geral, para sintetizar a história do controle judicial dos atos administrativos a partir de considerações da teoria e da prática. Partindo daí, será tecido um conjunto de reflexões com o propósito de esclarecer aspectos relevantes a respeito do atual momento deste âmbito do direito administrativo.

O valor do texto está não na proposição de modelos ou critérios para o controle judicial da Administração Pública, como se vê em muitos artigos, mas no tom problematizador da realidade teórica e prática pouco ou nada tranquila que o permeia no Brasil. O texto não pretende ser uma exposição pela exposição, mas vir a fornecer elementos para que discussões futuras sobre o assunto sejam formuladas a partir da conjuntura nacional, livrando-nos das malgradadas idealizações descontextualizadas, pouco férteis para a realidade brasileira.

A estrutura do presente artigo apresenta quatro partes. Por questões didáticas, optou-se por dividir em três momentos históricos distintos a narrativa sobre o controle judicial dos atos administrativos, dando origem às três primeiras partes deste ensaio, que apresentam, no todo, uma sistematização semelhante. De início, propõe-se uma exposição das principais teorias e aspectos do controle judicial da Administração Pública no período designado, para então, de seguida, serem articuladas reflexões críticas sobre o momento descrito. Na quarta e última parte, o artigo ganha novas nuances para tratar de um ponto que atravessa a análise dos três tópicos anteriores: a separação dos poderes. Neste quesito, a análise se foca em mostrar

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

criticamente como o conteúdo da separação dos poderes pode e deve ser problematizado para, ao invés de servir como freio, acompanhar e permitir as mudanças institucionais e de controle, necessárias e exigíveis pela sociedade em um determinado tempo. A justificativa para esse tópico encerrar o artigo é simbólica, uma vez que serão desmitificados pontos que engessam o avanço de novas formas de se pensar o controle, permitindo que se possa estabelecer discussões futuras mais úteis para o controle judicial dos atos administrativos.

2 O PRIMEIRO MOMENTO: A “PROGRESSÃO DE CONTENÇÃO” DO CONTROLE JUDICIAL (UMA HISTÓRIA MARCADA PELA CONTRADIÇÃO)

Antes de tudo, um importante aviso ao leitor: a narrativa histórica que se segue é uma escolha subjetiva dos marcos temporais e dos eventos teóricos mais relevantes. Ela não adota um relato minucioso de todo o percurso do controle judicial dos atos da Administração Pública, mas segue uma linha baseada em alguns pontos selecionados como importantes pela influência teórica que exercem na reflexão sobre o cenário atual desse controle. Por isso, alguns impasses podem existir na seleção realizada, o que não descaracteriza, no entanto, os méritos do relato que estão na utilidade das reflexões por ele proporcionadas. Além disso, é preciso ainda chamar a atenção para o fato de que a narrativa histórica do controle será contada, nesta primeira etapa, a partir, em boa medida, do Direito francês, devido a influência que exerceu, com algum atraso, no Direito brasileiro.⁷⁵

O primeiro momento histórico do controle jurisdicional dos atos administrativos que será abordado atravessa do século XIX até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse período, olhando para o Direito francês, percebe-se que a ideia original de discricionariedade, cunhada nos Estados europeus dos séculos XVI a XVIII, era incompatível com a ideia de Estado de Direito (BINENBOJM, 2014, p. 208). Se em seu berço ela representava a soberania decisória do monarca absoluto, não conhecendo, assim, limites, no Estado de Direito francês do século XIX, que buscava a subordinação do poder à lei estrita, ela teria que ganhar uma releitura para se manter.

⁷⁵ Segundo Andreas Krell, “No Brasil, [...] foi o Direito francês que mais influenciou a doutrina no trato do tema da discricionariedade e seu controle” (*Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.)

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Na verdade, no início da mudança do Estado absolutista para o jovem Estado de Direito, a discricionariedade foi encarada como um “corpo estranho” nos novos horizontes a ser eliminado tanto quanto possível. Era um resquício monárquico instaurado no seio do “novo” projeto de Estado e suas aspirações (KRELL, 2013, p. 14). É somente após anos de debate político e jurídico que a discricionariedade passa a ser aceita como “verdadeira necessidade para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações da sociedade industrializada” (KRELL, 2013, p. 14).

O consentimento do Estado de Direito em relação à discricionariedade, entretanto, não se fez sem resistências que a marcassem definitivamente. Enquanto a discricionariedade resistia ao máximo as mudanças, estratégias de tensionamento também eram adotadas, criando resultados dialéticos no percurso. Teorias surgiram como produto, diminuindo os espaços discricionários ao tempo em que os preservava de um controle mais extenso. É assim que, de discussões de abandono completo da discricionariedade e de manutenção intacta dela, passou-se a discutir sobre a abrangência do espaço discricionário, mais especificamente, do mérito administrativo.

Nesse processo, data do século XIX a primeira evolução formal do controle dos atos discricionários. Era tradição que o Conselho de Estado francês admitisse, por entender como elementos sempre vinculados do ato administrativo, o controle da competência (atribuição legal do órgão administrativo habilitado) e da forma (revestimento exterior do ato). Entretanto, em 1864, essa instância de controle passou a entender como cabível, também, o controle da finalidade do ato sob a influência da teoria do desvio de poder.⁷⁶ Essa teoria pregava, como até hoje ainda prega, que:

[...] em despeito da discricção presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível ou se tiver eleito algum fim seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera da discricionariedade (MELLO, 2001, p. 33).

⁷⁶ Segundo Celso Antônio Barndeira de Mello: “A história nos conta que foi, em fevereiro de 1864, no *arrêt Lesbast*, que o Conselho de Estado da França, pela primeira vez, admitiu o ‘desvio de poder’, verificado quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido” (MELLO, Celso Antônio Barndeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2001, p. 56)

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

A teoria do desvio de poder representou, então, um primeiro avanço do controle judicial sobre o ato administrativo. Mas, ainda nesta época, se preservava a insindicabilidade do motivo e do objeto do ato administrativo, considerados como “a resistência natural da discricionariedade administrativa [que] podem agasalhar o mérito da decisão” (KRELL, 2013, p. 23).

No Brasil, a teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade, só veio a ser encampada em 1941, mais de meio século depois de sua criação na França. Como contam os registros, a sua primeira utilização foi no pioneiro julgamento da Apelação n.º 1.422, sob relatoria de Seabra Fagundes. No então voto emitido pelo relator, afirmou-se que o Judiciário não poderia admitir, a pretexto de ser questão discricionária, que uma empresa de transportes fosse protegida pela Administração Pública em prejuízo da concorrente, o que até então se vinha fazendo em virtude de que “a discricionariedade era considerada tabu e com fetichismo pelos tribunais pátrios, que se recusavam a enfrentá-la.” (VELLOSO, 2005)

Essa teoria, porém, não desfez a preocupação de se proteger e preservar o mérito administrativo enquanto espaço legítimo da discricionariedade e predeterminado a afastar *prima facie* todo e qualquer controle, e por isso “não resolve[u] o problema da possibilidade da revisão de decisão administrativas [...], onde uma boa parte da doutrina e jurisprudência costuma alegar a impossibilidade de controle do mérito dos atos, que assinala o núcleo da discricionariedade” (KRELL, 2013, p. 23). O próprio Seabra Fagundes (1951, p. 1), que admitia o controle pelo desvio de finalidade, quanto ao mérito, assentava que

o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos.

É somente em 1914, na França, que se opera a segunda evolução formal do controle judicial dos atos discricionários. Naquele ano, o Conselho de Estado francês passou a admitir o controle dos motivos, permitindo, inicialmente, que o controlador da decisão administrativa pudesse examinar a qualificação técnica dos fatos. Posteriormente, dois anos mais tarde, o controle de uma segunda perspectiva dos motivos foi admitido: a análise da exatidão material dos fatos anunciados como fundamentais para a adoção dos atos (JORDÃO, 2017, p. 353).

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

O reflexo desse entendimento, embora não tão acentuadamente, foi sentido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em um caso em que se admitiu fazer a análise dos fatos que levaram à demissão de um servidor público, consignou-se que aquele tipo de análise já era feita há mais de 30 anos na França (JORDÃO, 2017, p. 354). Também em relação ao controle dos motivos, no Brasil se construiu a teoria dos motivos determinantes, pela qual se preceituava, como até hoje se preceitua, que a “Administração deve responder pelos motivos que eleger como pressupostos para a prática do ato administrativo” (BINENBOJM, 2014, p. 218).

Mais duas teorias francesas tiveram aderência, ainda que menos consistentemente, no direito brasileiro: (JORDÃO, 2017, p. 353) a teoria do controle do “erro manifesto de apreciação” e a “teoria do controle de proporcionalidade da decisão administrativa” (anos mais tarde, com a Constituição Federal de 1988, intensificada). A primeira consiste em anuir que a Administração Pública tem liberdade de escolha e de decisão, mas que, no caso em que a apreciação seja realizada em erro manifesto, caberá a intervenção judicial. A segunda revela um controle de proporcionalidade da decisão administrativa, o que seria um indicativo de avanço do controle sobre um dos aspectos do objeto do ato administrativo. A decisão administrativa, assim, não poderia ser desproporcional ou se basear em erro manifesto, pois caso contrário caberia a intervenção judicial.

2.1 Considerações sobre o primeiro momento do controle judicial dos atos administrativos no Brasil

A este ponto já é possível tecer algumas reflexões sobre o objeto de trabalho. A primeira observação é a de que as teorias traçadas para o Direito francês do século XIX chegaram ao Brasil com mais de meio século de atraso. O antigo controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública experimentou, então, um longo período de atraso teórico. Quando se passou a atualizar as teorias, em um processo acentuadamente lento, o que se deixou de atualizar também revelou muito.

Desse ponto, vem a segunda observação. Uma análise estática sobre as teorias da discricionariedade cunhadas no século XIX poderia pressupor, que houve na história do

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

controle judicial dos atos administrativos, uma progressão unidirecional voltada a um sempre aumento desse controle. Isto, entretanto, do ponto de vista dinâmico, não se confirma em sua totalidade. Sob uma percepção dinâmica, o que entra em foco não é o aumento dos parâmetros de controle que as teorias proporcionaram, mas o que a seleção desses parâmetros fez desprezar no universo de possibilidades apresentadas pelo contexto. Ao se firmar a teoria do desvio de poder, por exemplo, se admitia o controle sobre a finalidade, mas ao mesmo tempo também o restringia a isto: a finalidade. É desse ponto de vista que há a percepção de que a evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários é contraditória, produzida pela tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade (BINENBOJM, 2014, p. 18).

Parece ser possível dizer que tanto o direito administrativo como um todo, quanto às questões envoltas à discricionariedade, em específico, constituem-se enquanto um terreno em disputa pelas forças sociais e políticas. Elas se dinamizam e mobilizam pelo choque de interesses da história, produzindo, no mais das vezes, resultados contrastantes, que coexistem e se tencionam. O caminho é acidentado, marcado por incremento de garantias e fuga do direito constitucional.⁷⁷

Um exemplo dessa contradição e fuga é que a primeira evolução do controle judicial dos atos discricionários mencionada no relato acima – surgimento da teoria do desvio de poder –, e também a adesão à teoria dos motivos determinantes, “partiram de elementos vinculados à lei e não à constituição, embora diversos Estados europeus à época já tivessem sido constitucionalizados” (BINENBOJM, 2014, p. 19). Não menos contraditório, como aponta Gustavo Binенbojm, é a percepção de que as ideias de vinculação positiva à lei serviram mais à criação de espaços de insubmissão do que de submissão da Administração, isto é, criava-se mais atos, qualitativamente e quantitativamente, tidos por discricionários e insindicáveis, já

⁷⁷ Nesse sentido, Gustavo Binенbojm afirma que “Talvez o aspecto mais paradoxal dessa acidentada evolução tenha sido o que Sebastian Martín-Retortillo identificou como uma fuga do direito constitucional. Com efeito, embora criado sob o signo do estado de direito, para solucionar os conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de deslocamento do direito constitucional. A própria descontinuidade das constituições, em contraste com a continuidade da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 18.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

que a regulamentação legal se destinava a poucos atos, do que atos controláveis (BINENBOJM, 2014, p. 19).

Em resumo à segunda observação, há um sempre percurso multifacetado no controle jurisdicional do ato administrativo que mistura progressão em relação a alguns elementos do passado e contenção em relação ao potencial do contexto, preservando outros aspectos antigos. Por falta de um termo que possa abarcar a complexidade envolta à questão, chama-se de uma “progressão de contenção” para um maior controle.

Um terceiro aspecto relevante é que o estilo do direito administrativo, neste período, é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador e (iv) crente na centralidade do direito como explicação da vida econômica e social.⁷⁸ Disso decorre que o controle judicial da Administração Pública também absorve essas características. Um dos indicativos é a influência teórica européia sobre as teses desse âmbito do direito administrativo, como evidenciado no relato acima, principalmente do Direito francês, cujas teorias do controle dos atos discricionários foram importadas para o Brasil sem grandes modificações e discussões. Também não se questiona que a discussão tenha se passado em um plano conceitual e dogmático, voltado ao direito como ponto central, sem referências a aspectos pragmáticos e realistas.

Um último aspecto que chama atenção é o fato da separação dos poderes, com um conteúdo formalista (que remete a Montesquieu), permear as discussões apresentadas, caminhando atrelada a elas para demarcar a abrangência do controle. Nesse sentido, é com fundamento em uma ideia normatizada do princípio da separação dos poderes que boa parte da doutrina e jurisprudência alegava, irrefletidamente, a impossibilidade de controle judicial do mérito, deixando-se perpetuar arbitrariedades.

⁷⁸ Essas características foram identificadas por José Vicente Santos Mendonça em: MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 13, n. 265, pp. 179-198, jan./ abr. 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/330/3073>. Acesso em: 24 dez. 2019

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

3 O SEGUNDO MOMENTO: A CONVIVÊNCIA DO NOVO E DO ANTIGO

O período denominado de “o segundo momento” corresponde ao lastro temporal que vai da promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais. Ele se justifica porque foi a partir da Constituição de 1988, bem como dos processos de redemocratização que ela ajudou a protagonizar, que surgiu o novo direito constitucional e, com ele, a luta teórica e judicial para dar efetividade às normas constitucionais no Brasil (BINENBOJM, 2015, p. 279).

O mais interessante desse momento, para fins deste artigo, é a constitucionalização moderna⁷⁹ do direito administrativo. Esse fenômeno insere uma mudança de paradigma: o princípio da legalidade estrita cede espaço para um controle das atividades administrativas baseado não só na legalidade, mas também em princípios e no ordenamento jurídico como um todo, cujo termo adotado é juridicidade.

Pela assunção da vinculação dos atos administrativos à juridicidade, a divisão qualitativa entre ato vinculado e ato discricionário, ainda não completamente afastada do consciente jurídico nacional,⁸⁰ perde força. Tal ocorre porque todo ato administrativo, tanto o discricionário propriamente dito como o decorrente de preenchimento administrativo dos conceitos indeterminados, passa a ser, ao menos teoricamente, vinculado a uma norma principiológica e “suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado em princípios constitucionais” (KRELL, 2013, p. 76).

Nessa ordem, a diferença entre ato vinculado e ato discricionário é de grau (quantitativa), porque todo ato passa sempre a estar vinculado, ainda que minimamente, a um princípio

⁷⁹ Embora o termo constitucionalização seja dotado de múltiplos sentidos, para fins deste ensaio, ele é empregado enquanto “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 12). Nesse sentido, também Louis Favoreu. La constitutionnalization du droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La collstittliollwlisation des branches dll droit*, 1998, p. 191: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”.

⁸⁰ Nesse sentido, por exemplo, CRETELLA JR., José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 1998, p. 148 ss.; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 1995, p. 85 ss. REIS, José C. V. dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. 2003, p. 197s.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

constitucional. Dessa forma, quanto mais intensa for a incidência dos princípios na conformação do ato administrativo, maior ou menor será o controle jurisdicional.⁸¹ Isso implica que essa mudança de paradigma produz um estreitamento do mérito administrativo, uma vez que algumas interpretações possíveis pelo enunciado normativo são afastadas porque colidem com os princípios preconizados na Constituição Federal.

A adoção da juridicidade como critério de controle dos atos administrativos trouxe mais flexibilidade para a atuação dos controladores ao apreciar à decisão administrativa sobre o crivo de normas mais abertas, sendo esta uma marca deste período. A insegurança jurídica também vem sendo anunciada como qualidade produzida pelo controle por juridicidade. Quanto a isso, o que se pode afirmar é que o aumento da flexibilidade do controle judicial vem permitindo, isto sim, que no cenário brasileiro, de baixa qualidade da racionalidade da argumentação jurídica, a insegurança jurídica se notabilize.

A preferência por essa descrição tem uma justificativa a mais do que meramente estética. É que a pura e simples descrição sobre a insegurança jurídica como atributo do controle judicial dos atos administrativos por vinculação aos princípios pode colidir com a atualização que se vem construindo doutrinariamente do conceito de segurança jurídica e com os diversos ângulos de abordagem que essa ideia tem despertado. Nessa atualização, em uma ótica jurídica do conceito, a segurança jurídica é associada à dimensão argumentativa do discurso jurídico e não ao texto normativo. Essa concepção tem o prestígio de identificar que a segurança jurídica possível deve ser construída a partir de padrões argumentativos para restringir o intérprete sem, contudo, submetê-lo a limites que o impeça de dar conta adequadamente dos novos conflitos (RODRIGUEZ, 2013, p. 223). É por adesão a essa ideia promissora que se fez a ressalva sobre o cenário de insegurança experienciado neste período.

Além da adoção da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais, dividem o cenário com ela outras já conhecidas teorias – de certa forma, como um modo de resistência à constitucionalização do direito administrativo. O que se pode dizer é que, embora o “novo paradigma” tenha proporcionado certos avanços na matéria de

⁸¹ Nesse sentido, Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revovar, 2014. pp. 39-45.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

controle do mérito, o modelo antigo “continua muito vivo” para “uma parcela significativa dos juristas teóricos e práticos do Brasil, que ainda utilizam acriticamente a teoria da discricionariedade pensada pelo direito administrativo francês do século XIX” (MELLO, 2004, p. 88). O mérito administrativo, nesse contexto, ainda tem, diante das complexidades e das expectativas sociais atuais, “servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração” (DI PIETRO, 1991, p. 54).

No mais das vezes, essas utilizações irrefletidas de teorias passadas para afastar o controle judicial do ato administrativo têm se apoiado em um padrão normatizado de separação dos poderes, que associa o papel do Judiciário aos limites da legalidade estrita, mesmo diante da constitucionalização do direito administrativo. Nesses casos, o controle judicial tende a ser afastado *prima facie*.

Um exemplo prático desse afastamento do controle judicial tem sido quanto à apreciação pelo Poder Judiciário das notas aferidas em concursos públicos. O entendimento, preconizado desde o MS 21.176/1990, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, e reproduzido até hoje em uma postura auto-restritiva do Judiciário, pode ser sintetizado nos seguintes argumentos: I) A competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso; e II) Por não se tratar de exame de legalidade, o exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, sob pena de incursão no mérito administrativo.⁸²

⁸² Para uma melhor compreensão do conteúdo dessas decisões e de como STJ também vem trabalhando a matéria, transcreve-se:

RE 268244/CE – Ceará – Recurso Extraordinário – Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 09/05/2000 – Órgão Julgador: Primeira Turma. Ementa: – Recurso extraordinário. Concurso público. – Também esta Corte já firmou o entendimento de *que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas* (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma). Pela mesma razão, ou seja, *por não se tratar de exame de legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame*. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido.

RMS 18318/RS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2004/0065094-7 Relator – Ministro Nilson Naves Relator para o Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido. Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito administrativo. Concurso público. *Exame de questões da prova. Impossibilidade. Incursão no mérito administrativo.*

1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Como se percebe, os argumentos levantados na fundamentação das decisões para obstar o controle judicial não são baseados em elementos do caso concreto ou no grau técnico da Banca Examinadora, evidenciado no caso específico, mas senão na própria ideia de que compete ao Judiciário apenas a análise da legalidade e deferência para com o mérito.

Nesse contexto, é possível dizer que “grande parte da jurisprudência brasileira continua pregando uma auto-restrição dos tribunais, enquanto a moderna doutrina administrativista defende a ampliação do controle judicial dos atos administrativos discricionários”. Assim, o termo figurativo de que “a discricionariedade administrativa representaria no Estado de Direito um verdadeiro ‘Cavalo de Tróia’, até parece ser ainda justificada no Brasil, onde os conceitos de *discricionariedade* e do *mérito*, até hoje, servem para encobrir arbitrariedades”.

Em resumo, o cenário atual do controle judicial da atividade administrativa é marcado pela disputa e tensionamento entre o paradigma da juridicidade e a invocação irrefletida das teorias da discricionariedade do Direito francês do século XIX. Cada qual, em si, já apresenta desafios, bem como a intersecção deles revela uma certa incoerência de suas coexistências, que nem sempre são percebidas pelos críticos e operadores do direito.

3.1 Considerações sobre o segundo momento do controle judicial dos atos administrativos no Brasil

Do relato acima se extrai algumas reflexões sobre o momento presente do controle judicial dos atos administrativos. Em primeiro lugar, ele não é marcado apenas pelos novos paradigmas constitucionais, mas apresenta, em larga medida, algumas disfunções do passado.

Os conceitos de mérito e discricionariedade ainda hoje são invocados irrefletidamente em alguns espaços jurídicos, impedindo que o controle das atividades administrativas em *terras brasílicas* se adeque tanto quanto mais às expectativas e necessidades sociais de um Estado

critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora.

2. *O exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo Programático e da questão em discussão.*

3. *Recurso ordinário improvido.*

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Democrático de Direito levado a sério. Os vícios de origem ainda são focos de resistência de um passado a ser superado para que não se mantenham bolhas de insinceridade constitucional no Brasil.

Em segundo lugar, a juridicidade como parâmetro de controle – que não conseguiu eliminar esses focos de resistência e se firmar completamente – ampliou as possibilidades de intervenção judicial e trouxe flexibilidade na forma de se conceber as molduras de sindicância da validade ou invalidade do ato, destacando a importância do Judiciário em relação ao período passado, porque passa a depender, ainda mais, da interpretação dele a materialização dos limites flexíveis.

A rigor, essa ampliação da importância não faz com que as atuações do Judiciário se confundam com ativismo judicial, quando este faz referência a uma postura judicial que invade a competência dos demais Poderes. O protagonismo advindo desse novo controle é, antes, uma postura de responsabilidade atribuída pela própria Constituição Federal ao Judiciário.⁸³ Isso não quer dizer que não se reconheça a existência de excessos por parte do Judiciário. A afirmação é tão somente de que não se pode atribuir, necessariamente, ao controle por princípios uma abertura e protagonismo que redundem em um sempre resultado de ativismo judicial.

Em terceiro lugar, a flexibilidade advinda da juridicidade como critério de controle, como anteriormente relatado, quando não associada a estratégias argumentativas ou procedimentais, como no caso do Brasil, traduz o cenário fluído em insegurança jurídica. Perceber essa sutileza permite que estratégias de limitação ao controle judicial sejam criadas, não em

⁸³ Como explica Oscar Vilhena Vieira: “A responsividade, por sua vez, está associada à ideia de que o Judiciário deve estar envolvido, ainda que subsidiariamente, na tarefa de responder às promessas criadas pela Constituição ou pela legislação. Essa postura, por sua vez, é mais comum em democracias consensuais, como a nossa. Assim, se a Constituição estabelece inúmeros direitos que os legisladores ou administradores se negam a implementar, não pode o Judiciário se omitir, contribuindo para fraudar a vontade constitucional. Da mesma forma, se a maioria eventual resolve atacar a minoria, não pode o Judiciário se abster. Isso não é ser ativista. O ativismo somente ocorre quando o magistrado se afasta daquilo que estabelece a Constituição para impor as suas próprias concepções de mundo aos jurisdicionados. O que muitos parecem não compreender é que foi a Constituição de 1988, ao estabelecer um amplo e ambicioso conjunto de direitos e conferir ao Judiciário a responsabilidade última por protegê-los, quem determinou que o sistema de Justiça brasileiro assumisse uma postura mais responsiva.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Ativismo judicial?* Folha Digital. 18 de mar. de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml?origin=folha>. Acesso em: 30 dez. 2019.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

oposição aos princípios como parâmetros, porque seria negar a própria efetividade das normas constitucionais, mas a partir da dimensão argumentativa do discurso jurídico ou em relação a aspectos procedimentais/estruturais envolvidos, como a criação de parâmetros que considerem o grau de participação popular em cada decisão administrativa para instituir a intensidade do controle a partir dele.

Em quarto lugar, o “novo paradigma” de controle da Administração Pública não constitui um paradigma realmente inovador ao modelo tradicional (MENDONÇA, 2014. p 185.). Primeiro porque, assim como o estilo tradicional, evidenciado na parte primeira deste artigo, o debate continua sofrendo a influência do direito europeu. A única diferença é que agora a influência do Direito francês, como o maior expoente de referência, está em declínio. Neste momento, é o Direito alemão, com a ideia de princípio da proporcionalidade, e o Direito italiano, com o princípio da razoabilidade e a constitucionalização do Direito, que assumem a dianteira na influência da matéria (JORDÃO, 2017. p. 358.).

Segundo porque, assim como o controle tradicional, a utilização de princípios como parâmetros para o controle continua sendo, ainda que mais sofisticada, uma questão de bases conceituais, que resulta apenas no espaço de abrangência do velho mérito administrativo. Não há nesse “novo paradigma” uma mudança na forma substancial de se conceber o controle judicial dos atos administrativos, como ocorreria se ele fosse apreendido segundo questões pragmáticas, realistas, interdisciplinares e consequenciais, por exemplo. Em suma, é possível dizer que “a principal consequência da admissão do controle de juridicidade é a retração da área de abrangência de conceito interno ao paradigma tradicional: o mérito administrativo” (MENDONÇA, 2014. p. 186.). Sendo assim, “depurado em seus limites, e mais sofisticado em seus procedimentos de operação, o estilo tradicional é o grande sujeito oculto de todo esse debate” (MENDONÇA, 2014. p. 186.).

4 O FUTURO: A CHEGADA DO PRAGMATISMO

Os traços mais marcantes sobre o futuro do controle judicial no Brasil já começaram a ser esboçados. Eles têm chegado não só doutrinariamente, mas também por um modo bem característico das mudanças no Brasil: por meio de leis. As recentes alterações trazidas pela

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Lei no 13.655, de abril de 2018, ao Decreto-lei no 4.567/42 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) –, por exemplo, conformam esse esboço e dão pistas de alguns dos rumos que o controle possa agora seguir.

No futuro, é possível que o direito administrativo venha a passar por uma “virada pragmática” que alcançará o âmbito do controle judicial dos atos administrativos, como já anunciavam, em maior ou menor medida, alguns autores.⁸⁴ Essa virada não necessariamente se comprometerá com toda a carga filosófica do pragmatismo,⁸⁵ mas deverá manter alguns dos seus traços principais. É bem possível, assim, que ela se caracterize por uma certa rejeição ao apego metafísico e às abstrações conceituais estáticas, imunes às transformações sociais, para aderir a uma análise que considere, também, as consequências e o contexto que cercam o objeto a ser decidido.⁸⁶

Dentre as mudanças, um princípio da Administração Pública que tenderá a ser evidenciado é o princípio da eficiência, por sua proximidade com a preocupação com as consequências. O controle judicial pautado por esse princípio poderá destacar, não obstante não se resuma a esse viés, os custos de sua intervenção, considerando as consequências econômicas dela advinda. Há, neste ponto, um certo grau de aproximação entre direito e economia, em que a

⁸⁴ Nesse sentido, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 17 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016. (primeira ed. é de 2003); Carlo. Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, 211 cd., São Paulo, Malheiros Editores, 2014. (primeira ed. é de 2012); MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 13, n. 265, p. 185, jan./ abr. 2014.

⁸⁵ Como advertem Diego Werneck Arguelhes e Fernando Lear (*Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. 2009. p. 177.), existem diversas formas de pragmatismo e uma certa indefinição em relação a ele que afeta até mesmo a sua finalidade enquanto empreendimento teórico. Tomando essas considerações e a de que a prática sempre se distingue do mundo teórico ideal, ainda mais no Brasil, é possível supor que o pragmatismo não apresente cargas filosóficas tão acentuadas, aproximando-se de um modelo mais prático.

⁸⁶ Essas características são próprias do pragmatismo (filosófico) clássico, marcado por três aspectos: “antifundacionalismo (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento); contextualismo (por enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e consequencialismo (expresso na ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas - o que leva a uma atitude empiricista e experimentalista)” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

interpretação eficiente de uma norma leva a serem considerados, em certa medida (não de forma absoluta e inafastável), os custos envolvidos na aplicação de todo e qualquer direito.⁸⁷

No atual cenário, entretanto, as consequências econômicas não têm sido objeto de maiores preocupações por parte do Judiciário no exercício do controle da Administração Pública. Em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), um grupo significativo de magistrados da ativa foi defrontado com a seguinte questão: “[d]o seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas ou ter compromisso com suas consequências sociais?”. As respostas obtidas dos juízes consultados revelaram que eles se orientam, predominantemente, por parâmetros legais (87,1%) e por consequências sociais (83,8%) no momento de proferirem suas decisões. A preocupação com as consequências econômicas, no entanto, foi revelada por apenas 40,5% dos entrevistados.⁸⁸

O controle eficiente exercido em uma virada pragmática do direito administrativo, possivelmente poderá, portanto, modificar esse quadro, trazendo para o Judiciário uma dose de responsabilidade na realização de intervenções ao ter que avaliar as consequências sociais imediatas e sistêmicas e, também, as consequências econômicas de sua decisão. Vale aqui uma nota: Essa forma de aplicação do direito exigirá dos juízes uma vasta gama de conhecimento interdisciplinares (econômicos, sociológicos, políticos, dentre outros), para melhor interpretar e identificar as consequências sociais ou econômicas da decisão (ou outros elementos que transcendam o relato abstrato da norma), o que poderá, possivelmente, levar a mudanças na própria formação dos juristas.

4.1 Considerações sobre os riscos e as contribuições de uma virada pragmática para o controle judicial dos atos administrativos

Em primeiro lugar, se pode cogitar o risco maniqueísta de se opor o estilo pragmático ao estilo de controle tradicional, como se ele fosse melhor e incompatível com este (MENDONÇA, 2014, p. 196). Essa postura poderia resumir a aplicação do direito a um

⁸⁷ A aproximação entre economia e direito, principalmente sobre uma ótica eficientista, tem sido objeto de estudo do movimento *Law & Economics*, cujo um dos maiores expoentes é o professor Richard Posner (*Economic analysis of law*), da Escola de Chicago.

⁸⁸ Entrevista disponível em: <www.amb.com.br>. Acesso em: 01 jan. 2020.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

simples cálculo econômico e de consequências, retirando toda a dimensão de reflexão ética do Direito, de que a filosofia do Direito de Rawls se ocupou.

O mais promissor para o futuro é que o pragmatismo seja visto como um instrumento valioso no processo interpretativo, “servindo para autorizar a ponderação das consequências, [...] que podem ser valoradas de acordo com princípios que compõem o núcleo normativo da Constituição Federal de 1988” (SOUZA NETO, 2006, p. 87-88) ou, quiçá, também por eles superadas, dentro de um processo argumentativo racionalmente justificado.

Em segundo lugar, a contingência de informações interdisciplinares com que o operador jurídico terá que lidar pode acarretar em um aumento de dificuldades de se promover uma articulação verdadeiramente integrada. Entretanto, em um futuro promissor, pode ser que, no limite desse desafio de lidar com múltiplos saberes, surja o estímulo para se levar mais a sério o grau de tecnicidade como parâmetro de controle. Tendo que lidar com a interdisciplinaridade, o operador pode reconhecer os seus limites técnicos (não tão evidentes quando se trata de analisar o relato abstrato da norma) e, talvez assim, consiga, diante do caso, definir a intensidade do controle a partir da expertise dos envolvidos.

Outro risco para o futuro é que a virada pragmática do direito administrativo nem chegue a se concretizar de fato ou venha a ser uma pseudo-virada para o âmbito do controle judicial, por operar apenas em contenção à interpretação principiológica, deixando de impor uma análise consequencialista e contextualizada nos casos em que o controle seja de legalidade, em virtude de uma dada concepção de separação dos poderes. Na verdade, algumas críticas ao pragmatismo já seguem nesse sentido, afirmando que a utilização de argumentos pragmáticos pelo Judiciário colocaria em risco o princípio da separação de poderes, uma vez que levariam ao desprezo das normas legais editadas pelo legislativo em virtude das consequências negativas de sua aplicação.⁸⁹

⁸⁹ Nesse sentido, vale conferir a síntese das críticas ao pragmatismo e ao consequencialismo jurídico feitas na parte inicial de: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 14, n. 256, p. 132, jan./ abr. 2011. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/302/2821>. Acesso em: 30 dez. 2019.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Para um cenário mais promissor, neste caso, será preciso constatar como se desenhará e se irá ser desenhado uma concepção de separação dos poderes mais adequada à realidade pragmática e, também, à constitucional, embora que em relação a esta última os atrasos de uma atualização desse princípio no consciente dos juristas já tem causados infortúnios à sua efetivação.

Em virtude da influência que uma atualização do princípio da separação dos poderes possa representar nessa quadra do controle judicial, ocupe-se de algumas importantes considerações.

5 SEPARAÇÃO DOS PODERES: UM PONTO A SER COLOCADO EM DISCUSSÃO EM PROL DE UM CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE MAIS COMPROMETIDO

Quando se trata de invocar o mérito administrativo como palavra mágica para afastar *prima facie* o controle judicial dos atos administrativos discricionários, apoia-se, quase sempre, em uma concepção clássica normatizada da separação dos poderes, cujas referências remontam a teoria tripartite de Montesquieu.

Embora a separação dos poderes não tenha sido puramente criada por Montesquieu, pode-se dizer, ao menos, que a teoria clássica foi por ele, e também por Madison, desenvolvida na forma com que o mundo ocidental veio a aplicá-la a partir do século XVIII (HELLER, 2019. p. 74.). Como explicita Madison, em *The Federalist*, “Se não foi ele [Montesquieu] o autor desse valioso preceito da ciência política [separação dos poderes], teve ao menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo do modo mais eficaz à atenção da humanidade”.

Charles Luis de Secondat, o Barão de Montesquieu, sistematizou a separação dos poderes em sua obra denominada de *O Espírito das Leis (De l'esprit des lois)*, no capítulo VI, do Livro XI, de 1748. No entendimento do filósofo, a concentração absoluta do poder nas mãos de uma única pessoa ou seguimento do Estado levaria, necessariamente, à tirania. Assim, como forma de combatê-la e evitá-la é que o poder deveria ser dividido em três tipos de poder independentes entre si (o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder de julgar), de modo que ocorresse a limitação de uma parcela do poder por outra. Em suas palavras,

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao Poder Executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1968).

O mais interessante da obra *O Espírito das Leis* não é essa estrutura tripartite de Poder desenhada pelo livro. Esse arranjo, baseado na “visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro, é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar” (RODRIGUEZ, 2013, p. 185). O ponto central da obra, e o que ainda tem serventia para se refletir no presente, “é mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle” (RODRIGUEZ, 2013, p. 185), de maneira que o fundamental é articular um modelo institucional apto a impedir o arbítrio, independentemente de como ele venha a se configurar.

Seguindo a trilha histórica do direito positivo, a positivação do princípio da separação dos poderes data do Século XVIII, com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776. Já em 1789, o princípio foi preconizado no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que disciplinava: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos Poderes, não possui Constituição”.

No Brasil, o princípio é previsto desde a Constituição do Império (que estabelecia a existência não de três, mas de quatro poderes – art. 10)⁹⁰, perpassando pela Constituição do Regime Militar de 1967 e sua Emenda Constitucional n.º 1/1969,⁹¹ sendo atualmente previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁹⁰ A defesa de uma separação dos poderes estava disposta no texto constitucional de 1824, em seu art. 9º, nos seguintes termos: “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece”.

⁹¹ Na Constituição de 1967 a separação dos poderes estava disciplinada no art. 6º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, Executivo e o Judiciário”. O teor do artigo permaneceu inalterado após a emenda constitucional de 1969, que, entretanto, acentuou ainda mais a prevalência do executivo, quando as hipóteses de cabimento de decreto-lei foram significativamente ampliadas (SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. *Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais*. Fortaleza: 2008, p. 22.)

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Se se promovesse uma análise da história do conceito de separação dos poderes nas constituições, isto é, uma leitura histórica desse princípio em cada momento constitucional brasileiro em que ele foi preconizado, o que aqui não seria possível pelas limitações deste artigo, certamente se constataria que ele assumiu diversas gramáticas de acordo com o arranjo institucional e a forma sócio-política da época. Uma investigação desse nível serviria para mostrar que o conceito de separação dos poderes não é algo fechado e acabado, mas antes é conformado em um horizonte sociopolítico temporalmente determinado, marcado por disputas para o preenchimento de seu conteúdo.

Uma pista nesse sentido – até ingênua, dir-se-ia, mas que chama à reflexão – poderia ser evidenciada pelo fato de que, embora a Constituição de 1824 também fale em separação dos poderes, já na própria estrutura dela é possível observar o princípio lapidado a partir de quatro poderes, destoando-se, quantitativamente e na dinâmica institucional, do modelo clássico.

Como já se pode deduzir, não existe apenas um arranjo institucional possível para a separação dos poderes, mas existem, em diversos países, vários modelos (*e.g.* parlamentarismo do pós-guerra no Japão e Alemanha Ocidental), podendo a adoção imutável de um modelo ser um problema. Como adverte Franz Neumann, se o princípio da separação dos poderes for pensado como um modelo normativo predefinido para enquadrar todo o conflito social em uma gramática imune à contestação pelas forças progressistas, ele pode funcionar como obstáculo às transformações sociais ” (NEUMANN apud *Rodriguez*, 2013. p. 185.).

Nesse viés, cumpre anotar que, no Brasil, os últimos anos foram e, continuam sendo, de muitas transformações das instituições. De um lado, a Administração Pública vem se modernizando, o que requer uma dose de experimentalismos com erros e acertos, assim como vem se abrindo à participação popular através dos mais diversos conselhos e conferências nacionais, por exemplo; do outro, o Judiciário, que até os anos 2000 resistia a assumir seu papel constitucional, passou a atuar com mais intensidade, mesmo também ainda existindo polos de resistência.

Nesse processo de mudanças, os arranjos que venham a ser conferidos às instituições podem influenciar, por exemplo, nos impulsos de inovação da Administração Pública brasileira.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

Ocupando-se desse assunto, Eduardo Jordão projetou hipóteses positivas e negativas para a inovação pública a partir de um maior ou menor controle judicial das decisões administrativas (JORDÃO, 2018, p. 133-146). Em uma conjectura positiva, ele listou a possibilidade de que o maior controle judicial dos atos da administração pública crie “um impulso natural à inovação e à qualificação administrativa, como atitudes do administrador, pelo simples fato de que está submetido diuturnamente à fiscalização de diferentes órgãos de controle” (JORDÃO, 2018, p. 141). Também destacou que a inovação, segundo correntes doutrinárias, pode ser (I) fomentada pelo controlador, quando decorrente da imposição do controlado por uma melhor atuação em relação a um “direito à boa administração”, ou (II) diretamente exigida por ele, quando a inovação seja, em si, um dever do Estado.

Por outro lado, em uma conjectura negativa, o doutrinador destacou que o controle judicial da Administração também pode desincentivar a inovação e seus avanços. Como a inovação trabalha com uma margem de tentativa e erro, um cenário de alto controle administrativo, em boa parte ainda atrelado a uma concepção estrita do chamado princípio da legalidade, pode inibir uma postura de modernização do administrador através do medo da sanção.

Seja como for, independente do mérito do estudo de Jordão, o que importa para este ensaio é tomá-lo, em partes, como ilustração das implicações que um maior ou menor controle judicial das decisões administrativas tem nas transformações tecnológicas e sociais, podendo fazê-las avançar ou recuar. Desse modo, um conteúdo atualizado da separação dos poderes deve considerar a sua influência nessas transformações mediante a definição das possibilidades institucionais e de controle; caso contrário, o apego à concepção clássica de separação dos poderes, como se fosse a única possível, além de inútil, revela-se em uma barreira ficcional para lidar com as exigências reais da sociedade contemporânea.

Dito isso, é importante sublinhar que (1) o conceito de separação dos poderes não é fechado em si mesmo e único; (2) que ele deve ser colocado em discussão e ser ressignificado mediante a consideração das transformações contemporâneas; (3) e que a ausência de percepção dos outros dois pontos pode funcionar como obstáculo à construção da dinâmica de um controle judicial mais comprometido com os preceitos do Estado Democrático de Direito e seus novos desafios.

6 CONCLUSÃO

O percurso do controle judicial dos atos administrativos no Brasil é acidentado. O período compreendido entre o século XIX e a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominado de “o primeiro momento”, sinaliza para uma “progressão de contenção” para um maior controle. Teorias como a do desvio do poder e dos motivos determinantes permitiram que o Judiciário avançasse nesse âmbito, ao mesmo tempo que o custo dessas escolhas teóricas foi não se ter dado um avanço maior, como o contexto permitia. Em consequência disso, continuou-se a encobrir a existência de clientelismo, inércia e corrupção na Administração Pública, sob o manto da insindicabilidade do mérito administrativo.

No presente, os desafios que se encerram nesse âmbito do direito administrativo não são apenas constituídos pelos novos paradigmas, mas também pela permanência de certos vícios antigos. Por um lado, a ampla constitucionalização do direito administrativo, que é uma das marcas deste período, trouxe a possibilidade de uma maior intervenção judicial baseada nos inúmeros princípios previstos na Constituição, assim como gerou uma maior flexibilidade do controle judicial dos atos administrativos, dada a maior abertura textual desses princípios. Essa flexibilidade dos critérios de controle, ocorrida no cenário de baixa racionalidade da argumentação jurídica e de poucas estratégias procedimentais, conformou a insegurança jurídica como uma das características deste período. Por outro lado, a presença de vícios antigos, muitas vezes cristalizados na ideia de mérito administrativo, criam até hoje bolhas de auto-restrição do Poder Judiciário, fazendo com que este se abstenha *prima facie* de enfrentar atos praticados pela Administração Pública em clara ofensa a direitos fundamentais, contribuindo para, muitas vezes, fraudar a vontade constitucional.

Para o futuro, é possível que o direito administrativo venha a passar por uma “virada pragmática”, que alcançará o âmbito do controle judicial dos atos administrativos. Isso tenderá a fazer com que o controle judicial seja menos afeito às interpretações meramente conceituais, passando a aderir a uma análise que considere, também, as consequências e o contexto que cercam o objeto a ser decidido. Essa perspectiva levará os juristas a terem que calcular os custos de suas decisões, as consequências sociais e sistêmicas delas, exigindo deles um conhecimento interdisciplinar. Para acompanhar essa exigência, possivelmente se

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

realizará uma mudança na formação dos juristas que, nos moldes atuais, ainda se fecham no mundo normativo do direito.

Por fim, pensar em um desenho para o controle judicial dos atos administrativos mais comprometido com os preceitos do Estado Democrático de Direito e seus novos desafios, a partir da consciência de sua trajetória histórica, irá requerer, como ensinam o passado e o presente, uma desnormatização da ideia clássica da separação dos poderes. Será, pois, imprescindível para o avanço de discussões futuras sobre esse âmbito do direito administrativo a percepção de que esse conceito também deve evoluir, sob pena de se obstaculizar as próprias potencialidades institucionais para o avanço social.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, 1951.

HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 13, n. 278.2, p. 74, maio/ ago. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/41839/90433>.

JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, ano 23, n. 72, pp. 133-146, abr./ jun. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/21662/68026>.

Fábio Lins de Lessa Carvalho | Mariana Aires Athayde

JORDÃO, Eduardo. Ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). *O direito administrativo na atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiro Editores, 2017.

KRELL Andreas J. *Discricionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 13, n. 265, p. 186, jan./ abr. 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/330/3073>.

MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. In: *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006. p. 87-88.