

Artigo

A separação dos poderes e o controle jurisdicional dos atos administrativos do poder executivo: um diálogo doutrinário com a casuística do MS 37.097/DF STF

The separation of powers and jurisdictional control of administrative acts of executive power: a doctrine dialogue with the casuistics of MS 37.097/DF – STF

Stephano Bismark Lopes Cavalcante Moreira¹, Kleber Rafael Soares Gomes², Thalita Dayse de Souza Costa Gomes³, Vinicius Freire Amorim⁴, Pedro Paulo Santana Silva⁵, Francisca Joseanny Maia e Oliveira⁶, Arthur César Barbosa Nunes⁷, Maria Eduarda Moreira da Silva⁸

¹Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, Paraíba. Advogado Licenciado e Bolsista CAPES. E-mail: bismarkmoreira@outlook.com;

²Especialista em Direito Constitucional pela Escola da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, Natal, Rio Grande do Norte. Assessor Jurídico Ministerial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: klebergomesadv@hotmail.com;

³Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21 Região, Natal, Rio Grande do Norte. Assistente-Chefe de Gabinete do TRT21. E-mail: thalitaadv@hotmail.com;

⁴Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Damásio Educacional, Patos, Paraíba. Advogado. E-mail: vinil.amorim@hotmail.com;

⁵Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Rio Grande do Norte. E-mail: pedrosantanapaulo10@gmail.com;

⁶Doutora em agronomia pela Universidade Federal da Paraíba, Areia, Paraíba. Pesquisadora de Desenvolvimento Regional Técnico-FAPERN. E-mail: josy.fapern23@gmail.com;

⁷Mestrando em Administração pela Universidade Potiguar, Natal, Rio Grande do Norte. Técnico de Nível Superior UERN. E-mail: arthurtns@gmail.com;

⁸Pós-graduanda em Violência doméstica pela Faculdade do Leste Mineiro, Natal, Rio Grande do Norte. Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar. E-mail: eduardamm2018@gmail.com.

Submetido em: 28/06/2024, revisado em: 29/06/2024 e aceito para publicação em: 01/07/2024.



Resumo: Este estudo aborda a teoria da separação dos poderes no contexto brasileiro contemporâneo, destacando sua relevância para a democracia. A separação dos poderes, fundamentada desde a antiguidade e formalizada por Montesquieu, visa evitar a concentração de poder e proteger os direitos individuais, sendo um pilar da ordem democrática brasileira nos termos da Constituição de 1988. Metodologicamente, utiliza-se o método de estudo de caso para analisar a nomeação de Alexandre Ramagem como Diretor-Geral da Polícia Federal, apoiando-se em autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Jorge Cruz de Carvalho para discutir as funções dos poderes e os freios e contrapesos. A pesquisa é de natureza básica e exploratória-descritiva, buscando compreender fenômenos subjetivos sem partir de hipóteses pré-definidas. Utiliza-se revisão bibliográfica para fundamentar a análise jurisprudencial e doutrinária do Mandado de Segurança nº 37.097/DF, julgado pelo STF, que questionou a nomeação de Ramagem. Os resultados destacam a legitimidade do controle jurisdicional sobre atos do Poder Executivo, ressaltando a importância do Judiciário na proteção dos princípios constitucionais diante de possíveis abusos de poder. Conclui-se que a separação dos poderes é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito no Brasil, embora enfrentando desafios contemporâneos como o populismo e a erosão democrática. Portanto, este estudo contribui para o entendimento das complexidades da aplicação da teoria da separação dos poderes na atualidade brasileira, enfatizando o papel crucial do Judiciário na preservação do equilíbrio institucional e na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Atos administrativos; Controle judicial; Separação dos Poderes; Democracia.

Abstract: This study addresses the theory of separation of powers in the contemporary Brazilian context, highlighting its relevance for democracy. The separation of powers, founded since antiquity and formalized by Montesquieu, aims to avoid the concentration of power and protect individual rights, being a pillar of the Brazilian democratic order under the terms of the 1988 Constitution. Methodologically, the case study method is used to analyze the appointment of Alexandre Ramagem as Director General of the Federal Police, relying on authors such as Celso Antônio Bandeira de Mello and Jorge Cruz de Carvalho to discuss the functions of the powers and the checks and balances. The research is basic and exploratory-descriptive in nature, seeking to understand subjective phenomena without starting from pre-defined hypotheses. A bibliographical review is used to support the jurisprudential and doctrinal analysis of Writ of Mandamus No. 37,097/DF, judged by the STF, which questioned Ramagem's appointment. The results highlight the legitimacy of judicial control over acts of the Executive Branch, highlighting the importance of the Judiciary in protecting constitutional

principles in the face of possible abuses of power. It is concluded that the separation of powers is essential for maintaining the Democratic Rule of Law in Brazil, despite facing contemporary challenges such as populism and democratic erosion. This study contributes to the understanding of the complexities of applying the theory of separation of powers in Brazil today, emphasizing the crucial role of the Judiciary in preserving institutional balance and guaranteeing the fundamental rights of citizens.

Key words: Administrative acts; Judicial control; Separation of Powers; Democracy.

1 INTRODUÇÃO

A separação dos poderes como princípio constitucional brasileiro é um tema fundamental para a compreensão do funcionamento do Estado Democrático de Direito no Brasil contemporâneo. Este artigo se propõe a explorar esse princípio à luz de suas bases teóricas e conceituais, justificando sua relevância diante dos desafios contemporâneos à democracia. A análise se concentrará na nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, destacando aspectos metodológicos e teóricos pertinentes.

A teoria da separação dos poderes remonta à Antiguidade, sendo formalizada por Montesquieu como medida para prevenir a concentração de poder e proteger os direitos individuais. No contexto brasileiro pós-ditadura, a Constituição de 1988 reafirmou esse princípio como pilar da ordem democrática, estabelecendo independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF).

Metodologicamente, este estudo se concentrará na análise jurisprudencial e doutrinária do episódio da nomeação de Alexandre Ramagem, utilizando o método de estudo de caso. Teoricamente, embasará-se na obra de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Jorge Cruz de Carvalho para discutir as funções típicas e atípicas dos poderes, assim como nos conceitos de freios e contrapesos desenvolvidos por Pedro Lenza e controle jurisdicional dos atos administrativos do poder executivo na exegese de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Nesse diapasão, na casuística do julgado do Mandado de Segurança n. 37.097/DF pelo STF algumas ponderações precisam ser discutidas, com o objetivo de sanar as inquietações e, especialmente, três questionamentos fomentaram esse estudo: 1) O julgado trata-se de uma violação a separação dos Poderes?; 2) O decreto de 28 de abril de 2020, o qual nomeia Alexandre Ramagem Rodrigues ao cargo de diretor-geral da PF, é passível de controle jurisdicional?; 3) Trata-se de um ato imoral, que violou o princípio da moralidade?

Outrossim, a proposta deste estudo é responder os questionamentos, retro mencionados, dialogando com a doutrina, no intuito de propor uma interpretação da conjuntura. Por esse motivo, adota-se na hermenêutica jurídica exploratória.

O artigo se estrutura em três seções principais: a primeira seção introduzirá o contexto histórico e teórico da separação dos poderes; a segunda seção abordará a nomeação de Alexandre Ramagem à luz dos princípios constitucionais e dos desafios contemporâneos à democracia; e a terceira seção analisará a decisão judicial sobre o mandado de segurança, explorando o papel do

Judiciário na proteção desses princípios diante de possíveis abusos de poder.

Por fim, este estudo busca contribuir para o entendimento das complexidades da aplicação da teoria da separação dos poderes no Brasil contemporâneo, refletindo sobre o papel crucial do Judiciário na manutenção do equilíbrio institucional e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2 METODOLOGIA

Um dos principais fatores de apresentação de um trabalho de pesquisa, é tornar clara a forma como o estudo foi aplicado, ou seja, os métodos utilizados para atingir os resultados desejados. Sendo assim, a metodologia da pesquisa é adotada de acordo com sua questão e seus objetivos propostos, com isso poderá proporcionar uma análise e uma compreensão do estudo com base na construção do conhecimento (Praça, 2015).

A pesquisa, quanto à finalidade é classificada como pesquisa básica, ou seja, apresenta um propósito definido, desenvolver novos conhecimentos científicos, buscando o estabelecimento de teorias e leis (Prodanov; Freitas, 2013).

Quando a relação da abordagem dessa pesquisa, é classificada como qualitativa que segundo Prodanov & Freitas (2013), existe uma ligação inseparável entre a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzida em números e o mundo objetivo. Sendo considerada aquela que cujo tipo de investigação que busca compreender fenômenos em seu caráter subjetivo diferente da pesquisa quantitativa, a coleta de dados é descritiva e o foco está mais no processo do que no resultado. Sendo aquele tipo de pesquisa que não parte de nenhuma hipótese pré-definida.

Quanto aos objetivos, tem-se que a pesquisa é exploratória, ou seja, o conhecimento acumulado e sistematizado na área da pesquisa é escasso e para Vergara (2007), também, caracteriza-se como descritiva, sendo assim, tem como principal objetivo descrever as características de determinado público ou situação, ou estabelecer uma relação entre variáveis (Novaes; Gil, 2009).

Por fim, os procedimentos para realização prática desse estudo surgem a partir de uma revisão bibliográfica de artigos, doutrinas, legislações e demais documentos sobre o tema, organizada com base em material já publicado sobre o assunto, buscando concatenar e apresentar a discussão oportuna sobre as ideias acerca do tema.

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Em primeiras linhas, é imperioso destacar que acerca das principais teorias da separação dos poderes, ainda na antiguidade, Aristóteles descreveu que o Poder do Estado atua em três partes, designadas pelo nome de corpos deliberativos, dos magistrados e dos juízes. Embora tal concepção não tenha sido uma teoria sobre o tema, não deixa de ser uma reflexão e uma análise descritiva das Constituições de seu tempo.

A ideia de separação dos poderes, fundamenta-se com a teoria de Montesquieu, esta criada com o objetivo de evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano comum no Estado absoluto, período este que antecede as revoluções burguesas. A tripartição dos poderes idealizada por Aristóteles e aprimorada por Montesquieu, é hoje a base da democracia, uma vez que nos regimes totalitários o poder é concentrado em um único órgão que, por vezes, confunde-se com a própria pessoa física que o ocupa.

No Brasil, após o término de um regime marcado pela concentração de poder no Executivo, a Constituição Federal de 1988, com o objetivo de consolidar o regime democrático, inseriu no Título I “dos princípios fundamentais”, o art. 2º dispondo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No mesmo escopo, com o intuito de torná-la efetiva e pleno exercício, sem frustrações de um despótico, o constituinte originário assegura a separação dos poderes como cláusula intocável (art. 60, §4º, III da CF)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014), a tripartição de poderes foi desenvolvida com o intuito de evitar a concentração de poder, preservando a liberdade dos indivíduos contra os abusos dos governantes. Ademais, ressaltou que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem funções típicas, quais sejam, administrativas, legislativas e judicante, respectivamente, mas de forma atípica exercem funções atinentes aos outros órgãos de poder.

Ademais, sobre o tema, Jorge Cruz de Carvalho (2005) argumenta que embora a Constituição utilize o termo poderes, este é uno e indivisível, pois o que acontece é apenas uma divisão de seu exercício em três funções estatais, na qual órgãos especializados asseguram a existência do próprio Estado. Assim, ainda que independentes, os poderes são harmônicos entre si, visto que a chave para esse sistema está nas limitações recíprocas, que é traduzido pela expressão “freios e contrapesos”.

Nesse contexto, Pietro (2018) ensina que ao adotar o sistema de jurisdição única, o direito brasileiro entregou ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional. Dessa forma, apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão aos direitos, sejam eles coletivos ou individuais, ficou a cargo do Poder Judiciário, afastando, deste modo, o sistema de dualidade de jurisdição, que é aquele onde todos os litígios de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados, são resolvidos judicialmente pela justiça comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário.

Ainda, tocante ao mecanismo de freios e contrapesos, Pedro Lenza (2015) destaca alguns exemplos sem sua obra, quais sejam: a possibilidade do Poder Legislativo rejeitar o veto do Poder Executivo (art. 66, § 4º da CF); a possibilidade do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”, da CF); o cabimento de emenda parlamentar (poder legislativo) em projeto de lei do Presidente da República (art. 63, I e II, da CF). Assim, tal mecanismo torna-se um sistema capaz de equilibrar os poderes e minimizar riscos de abuso no exercício do poder.

Nesse diapasão, o Estado Brasileiro está sedimentado sob a forma democrática, com base nas disposições constitucionais, cujo poder é exercido mediante representação (democracia representativa), e sob teoria da separação dos poderes, evitando-se a concentração do exercício nas mãos de um único governante.

Porém, vale destacar que, após a eleição do presidente Donald Trump nos Estados Unidos e do Brexit no Reino Unido, as discussões acadêmicas tornaram-se recorrentes acerca da decadência do sistema democrático representativo, pois as democracias consolidadas antes tidas como exemplos de constitucionalismo democrático, atualmente tem enfrentado graves tensões, sem que nenhum outro país tenha surgido para ocupar o espaço como modelo de democracia constitucional (Barroso, 2020).

Consoante lição de Ricardo Duarte Cavazzani (2014), a democracia representativa mal exercida fulmina o equilíbrio que deve imperar entre os três poderes do Estado, na medida em que um Poder sobrepõe ao outro em uma luta incansável de ego dos representantes do povo em busca de dinheiro, poder e de satisfação de interesses pessoais, quase sempre escusos.

Outrossim, frisa-se que o recente avanço do populismo tem diretamente influenciado no processo de degradação democrática, uma vez que, seus líderes, mantendo uma falsa democracia, descaracteriza as instituições democráticas, sem desintegrá-las completamente, gerando um desequilíbrio entre os Poderes. O populismo se instala e se aprofunda quando os representantes políticos desconsideram as regras básicas que asseguram uma competição política justa e a cooperação entre os opositores (Barroso, 2020).

Nesse bordo, dentre muitas condutas problemáticas o populismo desconsidera as regras do jogo e ataca, além dos órgãos eleitos, do judiciário e das organizações da sociedade civil, as instâncias burocráticas e administrativas que permitem que o governo funcione de forma relativamente previsível (Barroso, 2020 apud Issacharoff et al, 2018).

Diante do exposto, é possível visualizar que a decisão do Ministro Alexandre de Moraes – que suspendeu a eficácia do Decreto que nomeava Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal – coaduna com o enfraquecimento institucional, embora fosse legítima a nomeação deste pelo Chefe do poder Executivo, afrontava os princípios constitucionais e da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. Nesta linha ténue, o controle jurisdicional realizado, in

casu, não se trata de uma violação aos Poderes Estatais, pois, foi realizado em sentido material e valorativo, conforme prelecionada Andrade (2007, p 322)

[...]Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

Por esse motivo, em virtude da manutenção do Estado Democrático de Direito, a legitimação do Judiciário é pertinente, pois é presente observar que pequenas medidas implementadas gradativamente, com contornos de legalidade, acabam por levar as nações por um rumo autoritário e antiliberal, tratando-se de uma maneira ardilosa.

Consoante lição de Ricardo Duarte Cavazzani (2014), pior do que uma ditadura, a aristocracia ou a monarquia explícita é a democracia apenas formal, atrás da qual se esconde uma forma de governo autoritária e autocrática. Os ataques ao regime democrático no XXI respeitam os limites formais da Constituição, visto que ocorre por meio de escolhas políticas legítimas quando isoladamente consideradas, o que dificulta sua identificação e, conseqüentemente, a intervenção de cortes constitucionais.

4 O PODER EXECUTIVO E A EDIÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS: UM ENFOQUE DA DISCRICIONARIEDADE E A NOMEAÇÃO DE ALEXANDRE RAMAGEM RODRIGUES AO CARGO DE DIRETOR-GERAL DA PF

A Administração Pública para sua organização e movimentação necessita posicionar-se, devendo ocorrer de maneira formal. Por esse entendimento, o regime jurídico de Direito Público autoriza ao Poder Executivo, no exercício da função típica, a edição de atos administrativos para celebração de negócios jurídicos administrativos, os quais de acordo com Júnior (1968) esse negócio é perfeitamente possível para o constitutivo de direito novo, mesmo que importe a alteração da ordem jurídica ordinariamente estabelecida, conglobando os casos de aquisição, modificação ou extinção.

A noção do ato administrativo é circunstanciada para individualizar um tipo de ato estatal, que possui bases antagônicas dos atos civis e, portanto, privado, bem como,

os atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário, a lei e as decisões. Correspondentemente, na perfeita dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 385) é “declaração do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Noutro giro, a máquina administrativa não deve ser compreendida apenas como um mero cumpridor da lei, mas deve conferir ao administrador a faculdade do pensamento, no exercício de sua autonomia. Haja vista, as constantes mutações nas relações sociais e impossibilidade da onipresença do legislador na regulamentação, por isso, é prerrogativa da Administração a discricionariedade, contudo, essa não é ilimitada, mas deve ser balizada pela lei.

Correspondentemente, Pietro (1991) pondera a discricionariedade como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”. Em conformidade com a cealuma, não pode perder de vista o binômio da oportunidade e conveniência que coadunam com interesse público.

Para além, hodiernamente na nova ordem jurídica, atenta-se a mitigação do caráter normativo dos princípios, que tem conduzindo a mudança da legalidade estrita para noção de juridicidade. Assim, esses atos devem guardar fidedignidade com os princípios da administração pública, positivados no art. 37, caput, da CF, sendo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988, ao constitucionalizar os princípios da Administração Pública, alargou a função jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, possibilitando a revisão judicial. É claro que, em que pese não caber ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo, permitiu ao Judiciário revisão os atos do Poder Executivo em dissonância com os princípios constitucionais. Nesse bordo, a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante as nomeações de cargos públicos com caráter discricionário quanto ao mérito, que devem observância não só ao princípio da legalidade, mas também aos demais princípios constitucionais.

De acordo com a lição de Miguel Seabra Fagundes (1967), a atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública dele se desviar, para obter resultados não visados pelo legislador, pois os atos administrativos devem procurar alcançar os resultados almejados quando a lei autorizou sua prática, sob pena do ser nulo.

In casu, o ato de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues, para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, está em estrito cumprimento legal a lei Federal n. 9.266/1996 no seu art. 2º-C, bem como, ao art. 84, I da CF, sendo, pois, nomeado pelo Presidente da

República, logo, aparentemente não apresenta nenhum vício de legalidade passível de controle externo.

Contudo, na exegese do decreto de 28 de abril de 2020, que promovia a nomeação em certame, o ato é ponderado a existência da supremacia de interesses privados, sobre o interesse público. Uma vez que foi motivado por necessidade de receber informações privilegiadas das investigações sobre o Presidente e seus familiares, suportando, a Polícia Judiciária interferência política do Poder Executivo. Cumpre ressaltar, que mesmo sendo aquela subordinada a essa (art. 144, §1º, IV da CF), o órgão integra a rede de controle (accountability), portanto, devendo exercer sua missão constitucional com independência das convicções e decisões políticas de qualquer governo.

Correspondente, em desconformidade com o escopo, o Regimento Interno da Polícia Federal -RIPF no inciso XVIII do art. 35 já pondera ser atribuição do Diretor-geral da PF “apresentar ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública o relatório anual de atividades da Polícia Federal, o plano estratégico, os planos de ação e a proposta orçamentária anual”. Nesta cognição, os atos que ultrapassem esse limiar, como por exemplo, relatórios de inteligência, pode configurar como um ato despótico.

Nesta linha, é atual estabelecer uma separação de conceitos entre discricionariedade e arbitrariedade, para tanto, urge, apoiar-se na definição do jurista Edmir Netto de Araújo (2015) em que para caracterizar discricionariedade deve estar presente elementos como: a) comunhão ao ordenamento jurídico; b) competência; c) finalidade e d) forma, assim, na ausência de uma dessas elementares caracteriza arbitrariedade. Portanto, no caso em análise, a componente finalidade está em desarmonia com a celeuma em estudo, caracterizando assim, um decreto arbitrário, defeso no Estado Democrático de Direito.

Paralelamente, o ato de nomeação também se apresenta revestido de pessoalidade, imoralidade e ineficiência, ou seja, contrário aos princípios da administração pública (art. 37, caput da CF). Haja vista, a nomeação ter sido um ato político e partidário, comprometendo desta forma, as estruturas democráticas e credibilidade da Polícia Judiciária da União. Dessarte, diante de sua evidente mancha, Mello (2010) pondera sobre a necessidade de um controle jurisdicional.

5 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA INGERÊNCIA JURISDICIONAL: GENERALIDADES E ESPECIFICIDADES DO MS 37097/DF

O controle jurisdicional dos atos administrativos é permitido em virtude da adoção ao sistema de unidade de jurisdição ou sistema inglês, no qual todos os litígios, particulares ou administrativos, se sujeitam a apreciação da justiça comum. Neste sistema, adotado pelo Brasil, apenas o Poder Judiciário prola decisões revestidas com caráter de definitividade, inerente a afirmativa, a Administração Pública, em nenhum momento exerce função jurisdicional, assim, não há coisa julgada definitiva, sendo, pois sujeita a apreciação judiciária (Angiolucci, 2014). Dessarte, consagrada no inciso XXXV do art. 5º da CF “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

a direito”.

Em contramão, há controvérsias na doutrina a cerca dessa apreciação, no que tange ao alcance. Neste cenário, a professora Odete Medauar (2018) assevera a existência de duas posições vigentes, a primeira é permissível o controle restrito, desde que seja fundamentada apenas sobre égide da legalidade, intrinsecamente na Constituição e leis. Para isso, apoia-se sobre dois fundamentos basilares: 1) o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF), no qual a ingerência do Poder Judiciário nos atos do Poder Executivo demonstra uma notória violação a tal. 2) O chefe do Poder Executivo é provido de mandato eletivo, sendo o único passível de reapreciar os aspectos de interesse público, logo, afasta a invalidação pelo Poder Judiciário. Em conclusão, ficaria limitado ao controle de matérias, inerente a competência, forma e ilicitude do objeto.

A segunda corrente está vinculada a ideia de um controle mais amplo da Administração, apoiando-se, também, no argumento da separação dos poderes, contudo, atribuindo uma outra hermenêutica, logo, se ao Poder Judiciário cabe o exercício da jurisdição, é evidente a possibilidade do controle jurisdicional da Administração. Haja vista ele utiliza parâmetros técnicos para execução de sua função típica, bem como, a sua blindagem institucional. Em outra perspectiva, invocar a ausência de cargo eletivo do Poder Judiciário é um tanto obsoleto, haja vista, que a democracia não se exaure na eleição e na subsistência dos partidos políticos.

Nutrido os argumentos da segunda corrente, para Moraes (2003, p. 366) na harmonia entre os Poderes de Estados e na manifestação do sistema dos freios e contrapesos, o judiciário goza de prerrogativas inerentes que garante uma imparcialidade e independência, uma vez que os magistrados não são submetidos hierarquicamente e politicamente a nenhum órgão político. De igual modo, “os controles configuram-se previsões originárias do legislador constituinte”, sendo, possível seu exercício na função típica sem ressalvas.

Sobre essa ótica, a professora Pietro (2018) assevera que o controle pelo Judiciário deve ser sobre os aspectos da legalidade e diagnosticar se a Administração emitiu atos arbitrários, se presente a segunda hipótese deve invalidar, pois a autoridade excedeu o espaço da discricionariedade e invadiu o campo da legalidade. Por conseguinte, para invalidação deve apoiar-se o magistrado na fundamentação de sua decisão a teoria do desvio de poder, a teoria dos motivos determinantes e a teoria de noções imprecisas.

A teoria do desvio de poder é invocada quando a autoridade usa o poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou, assim, o Poder Judiciário é assentido anular, pois desviou o interesse público. A teoria dos motivos determinantes é quando a Administração pontua os motivos que levará a praticar o ato, esse só será válido se o móbil for verdadeiro, devendo analisar os pressupostos de fatos e provas de sua ocorrência. A teoria de noções imprecisas se verifica quando o administrador usa, com reiteração, motivação de caráter amplamente discricionário e subjetivo para designar o motivo e a finalidade do ato (conveniência administrativa, ordem pública, interesse público,

moralidade etc.).

Na casuística do Mandado de Segurança 37097/DF, julgado pelo STF sobre a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, invoca para motivação da decisão a teoria do desvio de poder, não se limitando a apreciação da legalidade ou legitimidade, mas a dissonância com a moral administrativa e o interesse público.

Frisa-se que, embora não seja ilícito a nomeação de um amigo para um cargo de confiança, está se torna ilegal no momento em que é utilizada para cumprir com uma missão ilícita, como foi no caso em análise, uma vez que, de acordo com as declarações do ex-Ministro Sérgio Moro, a nomeação de Alexandre Ramagem teve como finalidade impedir a investigação de parentes ou aliados do presidente da República.

Para o relator, as provas pré-constituídas apresenta-se suficiente para demonstrar o *fumus boni iuris*, verificada a probabilidade do direito alegado, e o *periculum in mora*, correspondente a irreparabilidade do dano. Por todo o exposto, fica demonstrado, portanto, que a liminar concedida ao MS encontra correspondência no ordenamento pátrio.

Uma vez que, as decisões judiciais não devem ser analisadas desconectadas de considerações reais e pragmáticas, sendo sensível a conjuntura nacional e internacional, na qual a proliferação de discursos populistas e agressão as estruturas democráticas estão presentes (Barroso, 2020). Neste interim, as erosões as instituições democráticas são realizadas de maneira gradual, velando e maculando, de forma artificiosa, a legalidade, conduzindo a nação por um rumo autoritário, logo, mantendo uma fachada democrática e ao mesmo tempo enfraquecendo suas instituições.

In casu, é notório o intuito de enfraquecer a funcionalidade institucional da Polícia Federal e sua autonomia investigativa, com súplicas de uma subordinação desprovida de aparato legal. Uma vez que esse órgão atua com exclusividade na função de polícia judiciária da União, de acordo com o art. 144, §1º, IV da Constituição Federal, e não como órgão de inteligência subordinado ao Presidente da República.

Ademais, em intrínseco entendimento, a subordinação a União é limítrofe a prestação e entrega de relatórios anuais conforme já previsto no art. 35, XVIII do RIF. Portanto, sem nenhuma previsão no regimento, sobre o lapso temporal tão curto, de 24h, como exigido pelo chefe do poder executivo, bem como, direcionado a personalidade, deixando desnudo o caráter imoral do ato.

Nesta paralela, invocar a celeuma de um ativismo judicial, em casos como esse, politicamente carregado, sobre a premissa de decisão imediatista fomentada por ondas populistas, não é a mais acertada. Portanto, filiando-se a dicção de Pietro (2018, p. 301) o clamor público sobre os atos imorais deve ser ouvido e apreciado pelo judiciário.

[...]Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos

dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz. Normalmente, os atos imorais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos.

Dessa forma, sem exaurir a problemática, o STF já tem precedentes judiciais, a exemplo, a ADI 5468/ DF que prevê a precípua fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como, quanto ao desvio de finalidade, deturpando o dever-poder, mesmo que aparentemente esteja atuando dentro dos limites de sua atribuição institucional, mobilizando a sua atuação à finalidade não imposta, ou não desejada pela ordem jurídica, ou pelo interesse público; HC 165443 AgR/SP a possibilidade de controle judicial de atos administrativos abusivos ou ilegais, sem ferir a separação dos Poderes Estatais; ARE 753331 AgR “não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, concluiu-se que o ordenamento jurídico pátrio evoluiu com relação aos mecanismos de proteção contra atos arbitrários, maculados pelo abuso de poder, praticados pelos agentes públicos, ampliando as possibilidades capazes de resguardar os direitos dos administrados dos atos acobertados sob o manto da falsa ideia de legalidade, devido à discricionariedade.

Nesse sentido, a intervenção do Poder Judiciário, entre os meios de controle dos atos administrativos discricionários, torna-se o de maior proteção aos administrados, pois, sem adentrar no mérito da conveniência e oportunidade do ato praticado, deve analisar se ele está de acordo com o ordenamento jurídico, bem como se obedece aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade aos fins colimados.

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário, respeitando a tripartição de poderes, coibir a arbitrariedade e o abuso de poder dos administradores que utilizam a liberdade de praticar o ato administrativo discricionário para atingir objetivos diversos dos fins legais que é o interesse público, mas também aos demais princípios constitucionais. A jurisprudência moderna é no sentido de que não se pode admitir apenas um controle superficial e ineficaz que não garanta a observância dos requisitos mínimos que se aguarda de um ato administrativo.

Ademais, com o presente estudo, constata-se que a interferência judicial não é uma violação à tripartição de poderes, visto que, ao declarar que um ato administrativo discricionário é ilegal e abusivo, o Poder

Judiciário está unicamente garantindo a supremacia do texto constitucional.

Nesse contexto, é admissível e plausível um controle mais amplo dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, deste modo, este poder concorre para manutenção do Estado Democrático de Direito, que nos últimos anos vem enfrentando graves tensões, com o avanço do fenômeno do populismo, por exemplo.

Com isso, como o Poder Judiciário deve anular os atos praticados em desacordo com as normas legais, bem como, em dissonância com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, o Ministro Alexandre de Moraes ao deferir a liminar suspendendo a posse de Alexandre Ramagem Rodrigues no cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, atuou em estrito cumprimento do dever legal, concorrendo para salvaguardar o modelo de democracia constitucional.

Por fim vale frisar que, embora não seja da alçada do Poder Judiciário moldar subjetivamente os atos administrativos, o fato de as normas básicas do Direito Administrativo terem sido constitucionalizadas, permite que o Judiciário impeça que o Executivo edite atos que violem os princípios e preceitos constitucionais, como foi o caso da nomeação pelo Chefe do poder Executivo de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que violou os princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público.

REFERENCIAS

ANDRADE, F. G. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos.** SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 322p.

ANGIOLUCCI, M. De L. A. T. **O Controle Judicial dos atos administrativos discricionários e a jurisprudência.** 2014. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo - Usp, São Paulo, 2014.

ARAÚJO, E. N. de. **Curso de Direito Administrativo.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1432 p.

BARROSO, L. V. B. **A indicação de Ramagem, a decisão de Moraes e o populismo do século XXI.** 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/indicacao-ramagem-decisao-moraes-populismo-seculo-xxi-29042020. Acesso em: 5 mai. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.

CARVALHO, J. C. de. Controle jurisdicional e discricionariedade administrativa. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte, v.1, n. 1, jul./dez., 2005. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/224/254. Acesso em: 15 maio. 2022. p. 249.

CAVAZZANI, R. D. Crise da Democracia Representativa e os Reflexos sobre a separação dos poderes: O Enfraquecimento do Estado. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez. p. 339-361. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2024.

CRETELLA J. Negócio Jurídico Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 196, n. , p. 29-49, jun. 1986.

FAGUNDES, M. S. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 481p.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1560p.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018. 444 p.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 1119 p.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 31-34.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2003. 593 p.

NOVAES, M. B. C.; GIL, A. C. A pesquisa-ação participante como estratégia metodológica para o estudo do empreendedorismo social em administração de empresas. RAM. **Revista de Administração Mackenzie**, v. 10, p. 134-160, 2009.

PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1991. 591 p.

_____, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2018. 1180 p.

PRAÇA, F. S. G. Metodologia da pesquisa científica: organização estrutural e os desafios para redigir o trabalho de conclusão. **Revista Eletrônica “Diálogos Acadêmicos**, v. 8, n. 1, p. 72-87, 2015. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170627112856.pdf. Acesso em 12 de jul. de 2024.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2013.

VERGARA, S. C. **Métodos de pesquisa em administração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.