

A EXCEPCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO ACOMETIDO PELO DESVIO DE FINALIDADE E O CASO “ALEXANDRE RAMAGEM”

Ryan Fonseca Theodoro¹
Geraldo Luiz Vianna²

RESUMO

Por força do princípio da legalidade, os atos administrativos resguardam os atributos da presunção de veracidade e legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Apesar de tais prerrogativas, o particular detém a faculdade de impugná-los pela via administrativa ou judicial, o que pode ser feito através da impetração do Mandado de Segurança, que se mostra um instrumento cabível e viável contra ilegalidade ou abuso de poder. Por vezes, a judicialização do ato administrativo se limita ao controle da legalidade, no entanto, a perspectiva traçada pela jurisprudência contemporânea admite, em atenção ao sistema dos freios e contrapesos e ao princípio da separação de poderes, o controle jurisdicional do mérito administrativo se violado, além da legalidade, princípios constitucionais administrativos.

Palavras-chave: Princípio da Separação de Poderes. Sistema dos Freios e Contrapesos. Controle Judicial dos Atos Administrativos. Mandado de Segurança.

1. INTRODUÇÃO

Através de Aristóteles, que diferenciou a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário, a sociedade grega apresentava sinais da imprescindibilidade da separação de poderes.

Após séculos de evolução histórica, política e jurídica, o século XVIII representou, por intermédio da doutrina de John Locke e Montesquieu, a sistematização da teoria da tripartição de poderes.

A queda do sistema absolutista, até então vigente na França revolucionária, impôs uma atuação indistinta e sem vinculação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Desse sentimento inovador, desenvolveu-se o sistema dos freios e contrapesos, apto a tutelar a prerrogativa de fiscalização recíproca entre os Poderes.

No sistema constitucional brasileiro, a Constituição Cidadã de 1988 aderiu tais sistemas e disciplinou a harmonia e independência como pressuposto de exercício.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de São Lourenço.

² Mestre em Direito Constitucional, especialista em Direito Público, especialista em *Compliance*, professor do curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, advogado, orientador do Artigo Científico.

Em garantia de sua aplicação, o Poder Constituinte Originário demarcou, dentre outros meios, a impetração do Mandado de Segurança com o objetivo de proteção a direito líquido e certo em confronto com a ilegalidade de ato administrativo e abuso de poder de autoridade pública.

A impetração do *writ* é uma das fórmulas de rompimento com o princípio da inércia da jurisdição, de modo a permitir ao Poder Judiciário a compreensão detida da ilegalidade do ato administrativo e a correção do vício.

Por outro lado, há que se considerar que, ainda que provocado, o controle jurisdicional será dado como ilegítimo, se se aventurar na zona da oportunidade e conveniência do ato administrativo discricionário.

Diante de tais ponderações, busca-se no presente trabalho, a partir da análise do caso envolvendo a nomeação pelo Presidente da República do delegado Alexandre Ramagem para a chefia da Polícia Federal e sua posterior suspensão pelo Supremo Tribunal Federal, abordar a aplicação do princípio da separação de poderes e da teoria dos freios e contrapesos em sede de Mandado de Segurança, tendo por base a jurisprudência do próprio STF que admite o controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário, desde que configurada a violação dos princípios constitucionais administrativos.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A solidificação do Estado Democrático de Direito somente foi possível após a superação das políticas afixadas junto aos Estados Liberal e Social.

A doutrina destes Estados serviu de baliza para a mutação das políticas públicas contemporâneas, pois “[...] o grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, [...] nem a partir de uma autonomia pública ao nível do Estado [...]” (BARBOSA & SARACHO, 2018, p.1305-1317).

Na dicção da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019) o Estado de Direito foi estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, segundo o qual se pretende assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 67-81) comenta que “a doutrina positivista da separação dos poderes sobrevive até os nossos dias. Ainda é a que marca o Estado de Direito, presidido pelo princípio de legalidade, quando estreitamente concebido”.

A título histórico, a ocorrência da Revolução Francesa no ano de 1789 foi o grande marco de rompimento com o Estado absolutista monárquico até então vigente.

Barroso (2010, p.41) adverte que o levante “não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero e as relações feudais no campo”.

Nesse respectivo cenário, “o poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa” (BONAVIDES, 2000, p.171).

Segundo Hobsbawn *apud* Moraes (2014, p.271) “a Revolução Francesa é comumente associada ao início da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, já que ela formatou as linhas mestras da política e da ideologia do século XIX, sendo a revolução de seu tempo”.

Após a sua ocorrência, e a fixação das ideias revolucionárias, sucede-se, então, ao Estado Liberal, que “representou o término do Estado absolutista, no qual o soberano muitas vezes, abusava do poder, passando para a busca da liberdade individual burguesa” (BARBOSA & SARACHO, 2018, p. 1.306).

Nessa linha, “a admissão da necessidade de intervenção/regulação da economia pelo Estado ampliou os contornos da ordem liberal e deu margem, em um momento de ruptura, à passagem para um modelo de Estado que intervém na ordem social e econômica” (MORAES, 2014, p.274).

A partir de então “[...] surge o modelo de Estado Social que pretendeu a criação de uma sociedade mais equânime na qual a igualdade material entre os indivíduos haveria de ser garantida mediante a mudança do papel desempenhado pelo Estado [...]” (BARBOSA & SARACHO (2018, p. 1.306).

Inobstante a fixação de conceitos sociais, o Estado Social foi insuficiente em suas formulações, passando-se, então, ao Estado Democrático de Direito.

Ricardo Quartim de Moraes (2014, p.279) assinala precisamente que:

A peculiaridade do Estado Democrático de Direito é sua vocação a superar a atual contradição do Estado contemporâneo – que ou preserva a todo o custo a liberdade dos indivíduos ou, em alguns casos, cresce desproporcionalmente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das prestações materiais necessárias à vida digna do indivíduo. Nesses termos é que vai a assertiva de que o Estado Democrático de Direito submete-se ao império da lei, mas da lei que assegura o princípio da igualdade não somente diante da generalidade de seus preceitos como também diante das desigualdades sociais existentes. Uma tarefa tal, implica realizar transformações sociais, alterar o *status quo*.

É de se destacar que o conceito do Estado Democrático de Direito baliza-se no “[...] respeito aos direitos fundamentais e à independência dos Poderes [...]” (MENDES & BRANCO, 2014, p. 1210).

Utilizando-se, novamente, da obra de Barbosa & Saracho (2018, p. 1.306):

Ressalte-se que, para ser considerado Estado Democrático de Direito, é fundamental que o mesmo tenha uma estrutura política concebida sob a tripartição dos poderes e consagre os direitos e as

garantias constitucionais. O princípio da separação de poderes constitui-se na máxima garantia de preservação da Constituição democrática, liberal, pluralista e humanista.

Segundo Filho (2015, p.67-81) “é com Montesquieu e o Espírito das Leis que efetivamente nasce a doutrina da separação dos poderes. Marca-a a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais”.

Explica Bonavides (2000) que a compreensão histórica deste princípio é válida porque auxilia nos estudos de sua aparição no século XVIII e posterior desdobramento nos textos constitucionais dos Estados, sobretudo, os ocidentais.

Neste segmento, averba-se que a separação de poderes possui raízes antigas, retrocedendo a Aristóteles, conforme comenta Bonavides (2000, p.172):

Distinguiu Aristóteles a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu.

Em similar transcrição, Joaquim Falcão (2006, p. 243, 235-274) acentua que:

Apesar de ter adquirido consagração com a obra clássica de MONTESQUIEU, a teoria da separação dos poderes tem antecedentes antigos. Já ARISTÓTELES, na Política, defendia a ideia de que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, "sujeito a todas as possíveis desordens e afeições da mente humana", era inconveniente, e, com tal aviso, distinguia as funções do Estado em deliberante, executiva e judiciária. Foi na Era Moderna, entretanto, que a divisão do exercício do poder principiou a tomar corpo, sobretudo no sulco da evolução política por que passou a Inglaterra até a edição do *Bill of Rights*, em 1689. Baseado na realidade inglesa do tempo, LOCKE formulou a primeira construção sistemática de uma teoria da separação de poderes, dividindo-os em Legislativo, Executivo e Federativo. Ao primeiro competiria elaborar as leis que disciplinariam o uso da força na comunidade civil; ao segundo, aplicar as leis aos membros da comunidade; e ao terceiro, o desempenho da função de relacionamento com outros Estados. Não aparece, na obra do autor, o Poder Judiciário como corpo independente dos demais. Apesar de reputar diversas em si as funções representadas de cada um desses poderes, LOCKE entendia que o Executivo e o Federativo deveriam ser exercidos pela mesma pessoa.

Em nosso ordenamento jurídico constitucional vigente, o princípio da separação de poderes, além de previsto no Art. 2º da Constituição da República de 1988, foi incluído expressamente pelo Poder Constituinte Originário com *status* de cláusula pétrea, vedando-se, dessa forma, qualquer tentativa de supressão mediante emenda constitucional.

Nos termos do Art. 60, § 4º, III, da Constituição da República, admite-se a proposta de emenda, mas, no entanto, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes” (grifo nosso).

Conforme propõe a esclarecer Américo Bedê Freire Júnior (2004, p.37-41), o princípio da separação dos poderes “[...] não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 67-81) pontua de forma precisa que “no limite jurídico, a separação dos poderes significa Poderes autônomos com atribuições próprias - definidas na Constituição ou decorrentes desta - que não podem ser usurpadas por um deles, nem disfarçadamente”.

Didaticamente, utiliza-se a expressão “tripartição de poderes” a fim de representá-los. No entanto, a boa técnica constitucional adverte que “o poder é uno, indivisível e indelegável. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se por meio de órgãos que exercem funções” (LENZA, 2019, p.572).

Nessa sistemática, Júnior (2004, p. 37-41) complementa e esclarece que existe “[...] em nosso país uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os "poderes" estão abaixo da Constituição”.

Adiante, verifica-se que “o objetivo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral” (FILHO, 2015, p.67-81).

Outra característica que merece destaque é a previsão da independência, harmonia e controle recíproco entre eles.

Segundo Liberal (2018, p.77):

A prudência recomenda e a história comprova a necessidade de se garantir a independência entre os Poderes, não se admitindo ingerências externas indevidas em suas funções, mas mantendo-se entre eles, porém, saudável mecanismo de controle recíproco: de freios e contrapesos (*cheks and balances*).

Observando o cenário político, jurídico e social vivenciado pela França do século XVIII, Montesquieu (2010, p.168) discorre que “[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites”, e prossegue afirmando que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

O respectivo apontamento realizado pelo filósofo propulsionou a sistemática dos freios e contrapesos, de modo que “[...] um poder pode intervir, excepcionalmente, na esfera do outro, fazendo com que haja uma fiscalização recíproca entre estes” (FERREIRA, 2020, Edição nº. 12).

Semelhante forma, por meio desse sistema “[...] um Poder do Estado está apto a conter os abusos do outro de forma que se equilibrem. O contrapeso está no fato que todos os poderes possuem funções distintas, são harmônicos e independentes” (BARBOSA & SARACHO, 2018, p.1).

Pelo decorrer do texto constitucional é possível encontrar inúmeras aplicações de controle recíproco entre os Poderes.

Como exemplos de controle recíproco na Constituição Federal de 1988, podemos citar: Competência do Supremo Tribunal Federal: 1) para o processo e julgamento originário de infrações penais

comuns do Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional e o Procurador-Geral da República (Art. 102, I, b); 2) para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, de modo a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Art. 102, §2º). Competência do Presidente da República: 1) para editar Medida Provisória em caso de relevância e urgência, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (Art. 62); 2) para vetar projetos de lei durante o processo legislativo considera-lo, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público (Art. 66, §1º). Competência do Congresso Nacional: 1) para autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; 2) sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (Art. 49).

Em síntese, atenta à evolução do constitucionalismo, a Constituição Federal de 1988, promulgada sobre os alicerces do Estado Democrático de Direito, concede ao princípio da separação de poderes *status* de cláusula pétrea, núcleo intangível, vedada a supressão, e, ainda, implementa no sistema constitucional brasileiro a regra de controle recíproco entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como forma de tutelar os direitos e garantias fundamentais, manter a segurança jurídica e garantir a independência entre si.

3. TEORIA DO DESVIO DE PODER

O principal efeito jurídico do ato administrativo maculado pelo desvio de poder é o reconhecimento de sua invalidade, sendo assim haverá desvio de poder “[...] quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia a natureza do ato utilizado.” (MELLO, 2010, p.406).

Na precisa lição de Hely Lopes Meirelles (2015, p.123):

O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quanto à autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

Numa publicação feita em abril de 2020 no sítio Consultor Jurídico, Streck & Serrano (2020, p.1) sintetizam que:

Os desvios de poder acontecem quando um ato da administração (que pode ser político) se caracteriza pela incompatibilidade entre a finalidade real do ato praticado e a finalidade da

competência legal ou constitucional que deveria presidi-lo. Como bem nos ensinou Celso Antônio Bandeira de Mello, há desvio de poder quando o fim buscado não tem compatibilidade com a finalidade estipulada normativamente. É o mau uso da competência, como também ressalta Sílvio Luís Ferreira da Rocha. São desvios de poder atos em que o governante atende não ao interesse público que o ato deveria se destinar, mas a um fim pessoal. A busca real acaba sendo de privilegiar ou de prejudicar alguém.

A título histórico, merece transcrição parte de um artigo escrito pelo professor Caio Tácito e publicado pela Revista de Direito Administrativo no ano de 2005:

A noção de *détournement de pouvoir* como vício de legalidade do ato administrativo foi construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França a partir do famoso caso *Lesbats*, decidido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865, no qual se firmou o entendimento de que o recurso por excesso de poder compreendia o caso em que a autoridade praticasse determinado ato no uso de seus poderes legais, porém visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (TÁCITO, O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, Revista de Direito Administrativo; v. 242, 2005; 63-74).

Na figura do direito comparado, Márcia Fratari Majadas (2004) propõe a confrontar a teoria do desvio de poder entre os diversos sistemas administrativos. Para tanto, esclarece que o Direito Italiano diverge, como acontece no Direito Francês, do Direito Brasileiro, uma vez que o legislador italiano não definiu o conceito de excesso de poder como causa anulatória do procedimento administrativo. Além disso, o Direito Italiano confunde, numa perfeita identidade de substância, o "*excesso di potere*" e o "*détournement de pouvoir*" do Direito Francês. A jurisprudência italiana acompanha a lição do Conselho de Estado da França e repele tanto o ato administrativo inspirado em um fim de natureza privada, como o que objetive um fim público diverso do endereço legal. No Direito Português, a doutrina e a jurisprudência adotam a nulidade pelo desvio de poder, mesmo quando a autoridade deixa de executar o fim legal e procura alcançar outro objetivo de interesse público. Por fim, a teoria do Desvio de Poder no Direito Brasileiro, como causa de nulidade de atos administrativos, foi divulgada por Seabra Fagundes, quando do julgamento da apelação civil nº 1.422 em de 28 de julho de 1948, enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Conforme disserta Majadas (2004, p.111-120), o Direito Brasileiro possui semelhança com o Direito Francês, berço da referida teoria:

Portanto, o Direito Brasileiro é semelhante ao Direito Francês no caso *Lesbats*, em que, em fevereiro de 1864, no *arrêt Lesbats*, o Conselho de Estado da França admitiu, pela primeira vez, o "desvio de poder" como uma das hipóteses em que se cabia atacar o ato administrativo no quadro dos recursos, por "excesso de poder"; designação genérica que abrange os vícios de incompetência, de forma, de violação da lei e de desvio de poder.

Mais que simples teoria, o desvio de poder é uma limitação ao poder discricionário, além de ser, também, "um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, [...], possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à revisão legal" (TÁCITO, 2005, p. 63-74).

Em nosso sistema infraconstitucional, a Lei n. 4.717/65 (Ação Popular) descreve serem nulos “[...] os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas[...] nos casos de: e) desvio de finalidade”.

Assim, merece destaque a observação doutrinária, segundo o qual “[...] o desvio de finalidade entrou definitivamente para nosso Direito Positivo como causa de nulidade dos atos da Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 124).

A fim de possibilitar controle rigoroso dos atos praticados por autoridade pública, o Poder Constituinte instituiu, no art. 5º, LXIX, o Mandado de Segurança como instrumento processual “[...] para proteger direito líquido e certo [...] sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade [...]”. O mandado de segurança um dos principais remédios constitucionais trazidos pela lei maior, e atualmente é regulamentado pela Lei 12.016/2009.

Neste sentido, aponta Meirelles (2015, p.122):

Entre nós, o abuso do poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-nos com o remédio heroico do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade (CF, art. 52, LXIX, e Lei 12.016/2009), e assegurou a toda pessoa o direito de representação contra abusos de autoridade (art. 52, XXXIV, "a"), complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei 4.898, de 9.12.65, que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade.

Portanto, conforme propõe a descrever Di Pietro (2019, p.490), “a teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público [...]”.

Em que pese a aplicação no direito administrativo e constitucional, “[...] a teoria não é tão simples de ser aplicada, especialmente quando se observa o ato objeto da decisão em debate” (STRECK & SERRANO, 2020, p.1).

A par disso, o controle jurisdicional de sua finalidade é uma aplicação direta da teoria dos freios e contrapesos, advindo conjuntamente com o desenvolvimento do princípio da separação dos poderes.

Por oportuno, registre-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde se admitiu a utilização do Mandado de Segurança como instrumento impugnativo do ato administrativo maculado pelo abuso de poder:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM CONCEDIDA - REEXAME NECESSÁRIO "EX OFFICIO" - ARTIGO 14, §1º DA LEI 12.016/2009 - TAXISTA - ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS - PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA - VIOLAÇÃO - ABUSO DE PODER - CONFIGURAÇÃO - SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Conforme previsão expressa do §1º do artigo 14 da Lei 12.016/2009, a sentença que concede a segurança está sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. 2. Deve ser confirmada a sentença que concede a segurança para afastar o ato administrativo que condicionava a isenção do ICMS na aquisição de veículo novo, para exercício da profissão de taxista, à apresentação de certidão de regularidade fiscal, eis que aludida exigência além de se mostrar na contramão do princípio constitucional da livre iniciativa econômica, reflete uso arbitrário de poder. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.036098-8/001, Relator(a): Des.(a)

Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/06/2021, publicação da súmula em 02/06/2021) (grifo nosso).

Ademais, a nulidade decorrente do desvio de poder não é exclusiva dos atos administrativos do Poder Executivo, pois, conforme propõe o professor Caio Tácito, o desvio também atinge os atos legislativos e jurisdicionais.

Concluindo, temos que o *détournement de pouvoir* assim como se universalizou no direito administrativo comparado, com a exportação do modelo francês ao direito dos demais países, também merece ser estendido ao controle de atos típicos do legislativo ou judiciário, a título de modalidade de excesso de poder pela violação da finalidade prevista ou implícita da norma de direito. A matéria de fato, em tais casos, será de aferição mais difícil. A questão de direito está, porém, presente pelo princípio da necessária razoabilidade no exercício da competência constitucional ou legal, por mais discricionária que se possa entender sua latitude. A finalidade é elemento permanente e de vinculação da conduta do agente administrativo, como do legislador ou do juiz (TÁCITO, O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, Revista de Direito Administrativo; v. 242 (2005); 63-74).

Conclui-se que o Mandado de Segurança se presta a conter a ilegalidade do ato e a combater o abuso de poder emanado de autoridade pública, ainda que transitoriamente, pertencente aos quadros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, a teoria do desvio de poder se mostra mais efetiva contra atos administrativos advindos do Poder Executivo, que possui a prerrogativa de praticar atos discricionários, pautados na conveniência e oportunidade dentro de sua função precípua de administrador.

4. ATOS ADMINISTRATIVOS E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Segundo Mello (2010), o ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos, possuindo como traço distintivo dos demais atos, o respeito às condições de validade e eficácia que lhe é peculiar, além de pertencer ao gênero fato jurídico.

Meirelles (2015, p.173) conceitua ato administrativo como “[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Por se tratar de um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e modifica direitos, deve o administrador público atuar com respaldo ao princípio da legalidade “[...] para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas” (LINDB, 2018, Art. 30).

Na seara relativa aos atos administrativos, há de se destacar que o instituto possui requisitos próprios, tais como a competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Segundo Meirelles (2015), a competência é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. É requisito vinculado, insuscetível de ser fixada ou alterada ao nuto do administrador e ao arripio da lei. A finalidade é o interesse público que se pretende atingir com a prática do respectivo ato, vedada sua utilização com o fito de satisfazer interesses particulares. A forma é o meio pelo qual o ato será apresentado ao mundo jurídico. Diverge dos atos praticados por particulares, pois nestes vige a regra da liberdade de escolha, enquanto que o ato administrativo exige procedimentos especiais e forma legal. O motivo, quando não exigido para a realização do ato, fica à disposição do agente público para que o pratique ao seu critério. Por fim, o objeto corresponde à criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas.

A competência, finalidade e forma são atos vinculados, e, neste caso, “[...] impõe-se à Administração o dever de motivá-los, no sentido de evidenciar a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade” (MEIRELLES, 2015, p.192).

Por outro lado, existem os atos discricionários, onde “[...] a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação” (MEIRELLES, 2015, p.180).

Merece *vênia* o artigo publicado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no sítio eletrônico da Editora Fórum denominado de “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, onde o magistrado explica que “a idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2014, p.1).

Relativo à constitucionalização do direito frente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em especial à Administração Pública que compreende o Poder Executivo, o autor leciona que a constitucionalização limita a sua discricionariedade e lhe impõe deveres de atuação:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO, 2014, p.1). (grifo nosso).

É certo que a rotina da administração pública corresponde à prática e resolução dos mais diversos atos. Deste modo, a discricionariedade administrativa possui a prerrogativa de solucionar os casos não previstos pela norma legal.

Segundo Meirelles (2015, p.193), “a discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções [...]”.

Fiorini *apud* Meirelles (2015, p.193), complementa que a discricionariedade:

[...] Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.

Por se tratar de ato unilateral, seja ele vinculado ou discricionário, é prudente que, em nome da segurança jurídica, o seu controle seja propagado aos demais Poderes, bem como ao povo, para fins de fiscalização e revisão.

Nesse sentido, Alexandrino & Paulo (2020, p.986) esclarecem que o controle administrativo compreende

[...] o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria administração pública, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa [...].

Ocorre que, por força do interesse público que os justificam, os atos administrativos presumem-se legítimos e verídicos. No entanto, tal presunção é meramente relativa (*juris tantum*), pois se admite a produção de prova, e até mesmo ações judiciais, tendente a impugná-los.

A respeito o tema, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 732), esclarece que a presunção relativa “[...] é admitida a prova em sentido contrário, de forma que o fato presumido será considerado ocorrido pelo juiz desde que a parte contrária não produza prova que afaste tal presunção”.

A presunção de legitimidade e veracidade, bem como os atributos da imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade, não impedem que os atos administrativos sejam controlados.

Segundo Filho (2017, p.112), “[...] pode a Administração disfarçar a ilegalidade com o manto de legitimidade do ato, o que não raro acontece. Tal hipótese, entretanto, sempre poderá ser analisada no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato”.

No mais, tratando-se de ato derivado do poder discricionário da Administração Pública, ele “[...] pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder” (MEIRELLES, 2015, p.180).

A observação de que o ato administrativo, mesmo que discricionário, possa ser revisto pelo Judiciário, decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXXV).

Nesse compasso, merece transcrição uma passagem do voto do Min. Luiz Fux no julgamento do RE 632.853/CE, segundo o qual:

O controle jurisdicional é, portanto, sempre admitido em abstrato, como corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV). O que irá variar de caso para caso é o maior ou o menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, ao que corresponderá maior ou menor grau de densidade do controle judicial, em respeito ao postulado da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º).

Na mesma linha de raciocínio, merece reprodução uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2017 fixada junto ao Recurso Especial nº 1.612.931 – MS:

A discricionariedade da Administração Pública não é absoluta, sendo certo que os seus desvios podem e devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe o controle de sua legalidade, bem como dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto [...] O controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, porém, deve ser visto com extrema cautela, para não servir de subterfúgio para substituir uma escolha legítima da autoridade competente. Não cabe ao Magistrado, nesse contexto, declarar ilegal um ato discricionário tão só por discordar dos valores morais ou dos fundamentos invocados pela Administração, quando ambos são válidos e admissíveis perante a sociedade. (grifo nosso).

É pacífico, portanto, que “[...] não afronta o princípio da separação dos Poderes o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre atos administrativos tidos por abusivos ou ilegais” (STF, AI-AgR 410.544/GO, rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Dje de 17/03/2015).

Passada a compreensão inicial que admite o controle sobre o ato administrativo, destaque-se que, além do controle realizado pelos demais Poderes, a Administração Pública exerce “[...] ela mesma, o controle sobre os próprios atos” (DI PIETRO, 2019, p. 1.626).

Segundo a doutrina, existem duas formas, numa perspectiva dimensional, de controle do ato administrativo. O primeiro seria o controle interno, sendo aquele realizado pelo órgão que praticou o ato. No caso da Administração Pública, o controle administrativo deriva do poder de autotutela, onde “reconhece-se à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o dever de anular ou convalidar os atos inválidos que haja praticado” (MELLO, 2010, p.96).

Por outro lado, o controle externo da Administração é aquele realizado pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Segundo a obra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.940), “o controle externo compreende (I) o controle parlamentar direto, (II) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria) e (III) o controle jurisdicional”.

Destaca-se, ainda, a respeito do controle sobre os atos administrativos, a existência do sistema do contencioso administrativo de origem francesa e o sistema da unidade de jurisdição de origem inglesa.

Segundo Filho (2017, p.569):

O sistema do contencioso administrativo, também denominado de sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa. Esse sistema, adotado pela França e pela Itália, entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justiças, as decisões proferidas ganham o revestimento da res iudicata, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de dualidade de jurisdição: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa.

A professora Maria Silvia Zanella Di Pietro (2019, p.97) esclarece “o apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum [...]”.

Por outro lado, o sistema da unidade de jurisdição, delimitado pelos ingleses, significa que a aferição de todos os litígios ficará a cargo do Poder Judiciário. Não existe, portanto, a compreensão da esfera administrativa como um viés alternativo.

Conforme discorre José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.570) “no sistema da unidade de jurisdição – *una lex una jurisdictio* –, apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade”.

O sistema da unidade de jurisdição foi adotado pelo sistema administrativo brasileiro, conforme propõe a dizer Filho (2017, p.570):

O fundamento da adoção do sistema da unidade de jurisdição pelo Brasil está sufragado pelos termos do art. 5º, XXXV, da vigente Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O preceito é claro: nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame, com foros de definitividade, por órgãos jurisdicionais.

Em que pese a adoção pelo sistema único de jurisdição, vale mencionar que a esfera administrativa possui competência para apreciação de questões administrativas específicas, contudo “[...] todas as demandas podem ser submetidas ao Poder Judiciário, de forma que a decisão administrativa não faz coisa julgada em sentido estrito” (ALEXANDRE & DEUS, 2017, p.120).

Para Meirelles (2015), são instrumentos de controle dos atos administrativos, além do já mencionado Mandado de Segurança (Individual e o Coletivo), a Ação Popular, a Ação Civil Pública, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, o Mandado de Injunção, o *Habeas Data*, a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), a Medida Cautelar, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

(ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

5. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO MEIO EFICAZ DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

O Mandado de Segurança, ação constitucional de natureza residual, encontra-se positivado no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais e possui a seguinte redação:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (BRASIL, 2021, Art. 5º, LXIX).

Disposição semelhante é aquela disciplinada pela Lei n. 12.016/09:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Considerando o alto grau de abstração, Mello (2010, p.954) discorre ser “[...] líquido e certo o direito, independentemente de sua complexidade, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis de plano; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação [...]”.

A evolução do constitucionalismo brasileiro permite concluir que a Constituição de 1934 foi a primeira a prever o instituto em seu Art. 113, n. 33:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes (BRASIL, 1934, Art. 113, n.33).

A partir de então, a Constituição de 1946 (Art. 141, §24) passou a prever a proteção a direito líquido e certo nos casos de ilegalidade e abuso de poder, tendo tal disposição sido repetida pela Constituição Federal de 1967 (Art. 150, §21), E.C 1/69 (Art. 153, §21) e Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, LXIX).

No que se refere à gênese do Mandado de Segurança, Feichas & Salvador (2014, p.24) esclarecem que:

De fato, informa a doutrina que o Mandado de Segurança possui afeições com o *writ of madamus* do Direito anglo-saxão e no *judicio de amparo* do México. Entretanto, de forma unânime assentou a doutrina que sua origem no ordenamento pátrio passou por fortíssimas influências das Ordenações manóelinas e filipinas, com as chamadas seguranças reais, que na verdade eram uma forma de tutela específica e se prestavam a evitar e prevenir a ameaça dos direitos de alguém.

Merece destaque o fato de a Lei n. 12.016/09 prever duas modalidades do *writ*: Individual e Coletivo. Em relação a este último, possuem legitimidade ativa para impetra-lo “[...] a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXX).

Autoriza-se, portanto, a impetração por partido político, desde que haja representação no Congresso Nacional e que o fundamento jurídico do pedido esteja pautado “[...] na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária [...]” (BRASIL, Lei nº 12.016/09, Art. 21).

Nessa temática, de acordo com parte da doutrina, “[...] os direitos difusos não foram incluídos pela referida lei na proteção do Mandado de Segurança Coletivo [...]” (FEICHAS & SALVADOR, 2014, p.80).

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite a impetração do Mandado de Segurança Coletivo por partidos políticos com a finalidade de tutelar interesse difuso e coletivo, conforme adiante se vê no voto proferido pela Min. Ellen Gracie no julgamento do RE 196.184/AM:

A previsão do art. 5º, LXX da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister, tão bem delineado na transcrição supra, não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos, e sim de todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade (grifo nosso).

A defesa da ordem constitucional pelos Partidos Políticos não pode ficar adstrita somente ao uso do controle abstrato das normas. A Carta de 1988 consagra uma série de direitos que exigem a atuação destas instituições, mesmo em sede de controle concreto. À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade.

Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes (grifo nosso).

Adiante, em sede de Mandado de Segurança Coletivo n. 37.097/DF, o Min. Alexandre de Moraes discorreu que a legitimidade dos partidos políticos para impetração do *writ* objetiva a proteção da própria sociedade contra atos acometidos pela ilegalidade e abuso de poder:

O art. 21 da Lei n. 12.016/2009 deve ser interpretado no sentido de se excluir a restrição ao objeto do mandado de segurança coletivo ajuizado por partidos políticos tão somente a defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou a finalidade partidária, [...]. Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecer os concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercar essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transforma-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte (grifo nosso).

Com estes fundamentos, o Min. Alexandre de Moraes reconheceu a legitimidade ativa do Partido Democrático Trabalhista para a impetração do *writ* na condição de substituto processual.

Sabe-se, ainda, que “o rito do mandado de segurança não comporta a dilação probatória, devendo estar instruído com os documentos necessários para verificação da lesão ou grave ameaça à direito” (STF, RMS n. 27.790/DF, rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, Dje 01/02/2018).

A demonstração de prova pré-constituída é condição *sine qua non*³ para a realização do juízo de admissibilidade, tendo em vista tratar-se de requisito legalmente previsto.

Nesse segmento, o Art. 10 da Lei nº 12.016/09 dispõe que “a inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração”.

Merece transcrição recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2020, afixada em sede de RMS nº. 61.744/RO da relatoria do Ministro Herman Benjamin:

O Mandado de Segurança visa resguardar direito líquido e certo de lesão ou ameaça de lesão, assim considerado o que pode ser demonstrado de plano, por meio de prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória.

A doutrina encarta, ainda, que o instrumento protetor em tela também se presta a conter abuso de autoridade, de modo que “[...] o abuso do poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-nos com o remédio heroico do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade [...]” (MEIRELLES, 2015, p.122).

Para que se caracterize “a compostura é prescindível que exista uma verdadeira antinomia, uma antítese, entre a finalidade da lei e a do ato praticado, bastando o singelo desacordo entre ambos” (MELLO, 2010, p.980).

Conclui-se, portanto, que o Mandado de Segurança visa a tutelar direito líquido e certo demonstrado de plano, além de combater conduta ilegal ou abusiva praticada por parte de autoridade pública.

5.1. A concessão da liminar em Mandado de Segurança e a impugnação da doutrina.

Através do art. 84 da Constituição Federal, o Poder Constituinte Originário concedeu ao Poder Executivo, na figura do Presidente da República, inúmeras competências privativas.

³ O mesmo sentido de indispensável.

Dentro da margem limítrofe da conveniência e oportunidade, a Carta Política consignou que o chefe do executivo detém competência para “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal.” (BRASIL, 1988).

Ademais, encontra-se, também, dentre as competências do Presidente da República, a autorização legislativa para nomear ministros do Supremo Tribunal Federal e outros servidores integrantes da administração pública.

Segundo o art. 84, XIV, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIV: nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei (grifo nosso).

A Lei n. 9.266/96 encontra seu fundamento jurídico constitucional, justamente, no inciso XIV do Art. 84 da Constituição Federal.

Conforme o Art. 2º, c, da referida norma infraconstitucional, compete ao Presidente da República dispor, mediante a discricionariedade que possui, sobre a ocupação do cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

Conforme destaca Pompermaier (2020, p.1) “a questão da troca do comando do cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, entretanto, muito embora tenha o seu destaque político, é de ordem constitucional, devendo o impasse ser resolvido pelo que enfatiza a Magna Carta”.

Atuando nos limites previstos em lei, o Presidente Jair Messias Bolsonaro sinalizava o interesse de nomear o Delegado Federal Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Ocorre que, diante das declarações emitidas pelo chefe do executivo federal, o cenário político e jurídico se agitara de tal forma que o Partido Democrático Trabalhista impetrou Mandado de Segurança Coletivo objetivando obstaculizar tal pretensão, o que efetivamente ocorreu através de decisão monocrática proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, do qual concedeu a liminar suspendendo a nomeação de Alexandre Ramagem.

Juristas e professores renomados, como é o caso de Lenio Luiz Streck, rebateram a concessão da medida liminar.

Em uma publicação desenvolvida ao lado do professor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, denominada de Constitucionalistas “espalha-rodas”⁴: “o caso Ramagem” e publicada no sítio eletrônico Consultor Jurídico, os autores concluíram da seguinte forma: “Ousamos, pois, dizer que o STF errou” (grifo nosso).

⁴ Segundo os autores, o termo representa a ideia contra majoritária dos constitucionalistas.

Segundo Streck & Serrano (2020), a decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes apresenta problemas técnico-jurídicos, sendo o primeiro deles, o fato de inexistir provas, visto que neste processo onde se discute desvio de poder é imprescindível a dilação probatória.

Nas palavras dos autores:

O primeiro problema é justamente restringir a etapa de produção de provas às publicações da mídia sobre o fato e às declarações do ex-ministro Sérgio Moro dadas à imprensa. A decisão toma como conteúdo fático aquilo que deveria ser tratado como meras suspeitas. É preciso lembrar que é desconhecido o inteiro teor das conversas mantidas acerca da nomeação de Ramagem, o que se conheceram foram as versões de Moro e Bolsonaro e alguns trechos de mensagens de celular, que passaram sempre pelo crivo editorial de profissionais de imprensa. Pode-se considerar que tais conteúdos são importantes para iniciar uma investigação sobre os atos, mas são insuficientes para saber se houve desvio de poder. Afinal, a mídia não é órgão de investigação do Estado, nem pode ser. Não se pode deslocar para a mídia o papel dos tribunais, é preciso que o fórum adequado realize audiências, oitiva de testemunhas, provas periciais, quebra de sigilos, entre outras medidas (STRECK & SERRANO, 2020, p.1).

Outro ponto destacado pelos autores diz respeito ao uso do Mandado de Segurança como instrumento de controle da Administração Pública, pois sustentam que o meio processual utilizado não se mostrava adequado ao caso concreto, certo de que, em situações como estas, outras alternativas se mostram eficazes, como é o caso da Ação Popular com pedido liminar, Ação Anulatória de Ato Administrativo e Ação Cautelar.

Não se sustenta o receio de muitos de que o mandado de segurança evitou um dano que poderia ser irreversível se de fato houve abuso de poder na indicação de Ramagem. Existem alternativas como ação popular com pedido de liminar, ação anulatória de ato administrativo ou ação cautelar. São instrumentos que mantêm o Judiciário como foro e não constituem qualquer ofensa à Constituição (STRECK & SERRANO, 2020, p.1).

Na mesma linha sustentada pelos professores Lenio Luiz Streck e Pedro Estevam, Oliveira *et al* (2020, p.1) reiteram a incorreção do meio processual escolhido, a inexistência da prova pré-constituída e o descabimento da dilação probatória em sede de Mandado de Segurança:

Assim, não havendo uma resposta jurídica adequada já que, no caso concreto, não houve prova pré-constituída, o meio processual não é o correto. Porque não há dilação probatória em Mandado de Segurança, só nos resta, com certeza, concordar com Lenio Streck, no sentido de que a decisão foi tomada por um sentimento moral *a priori* do julgador de que a política é ruim.

Por fim, é de se concluir que a referida decisão não foi recepcionada de forma pacífica pela maioria dos juristas, que impugnaram o meio processual escolhido, os meios de provas admitidos pelo Ministro Alexandre de Moraes e, também, a necessidade de dilação probatória na temática relativa ao desvio de poder.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução histórica do princípio da separação de poderes consagrou o anseio pela redução dos atos abusivos praticados pelos detentores de poder.

A tripartição dos poderes foi uma tentativa de fragmentar a soberania que o Estado possuía sobre a população em geral, tendo, por via de consequência, a sua divisão entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com base no sistema de controle recíproco, também denominado de sistema dos freios e contrapesos, buscou-se compreender a partir do Art. 2º e Art. 5º, XXXV, ambos da Constituição Federal, se o controle jurisdicional do mérito administrativo, através da impetração de Mandado de Segurança, confrontaria o princípio da separação de poderes, bem como o mérito administrativo.

A rigor, constatou-se que a lei não poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Contudo, no que se refere ao controle realizado pelo Poder Judiciário no âmbito administrativo, a apreciação se restringe à ilegalidade do ato.

Deste modo, é vedado o controle jurisdicional sobre o mérito administrativo, pois o agente público detém discricionariedade no momento de elaboração e posterior aplicação da finalidade pública e do interesse social.

Verificou-se que a admissão do referido controle desencadearia o engessamento dos planejamentos e diretrizes buscadas pela administração pública.

No entanto, através de pesquisas doutrinárias e, principalmente, jurisprudenciais, apurou-se que, ao agente público, é vedada a aplicação de interesse subjetivo sobre o ato discricionário visado, de modo que, se a conduta desvia do objetivo delineado pela norma legal, o controle jurisdicional sobre o mérito administrativo será legítimo e poderá ser realizado com força nos princípios constitucionais administrativos previstos no art. 37 da Constituição Federal.

O presente trabalho se estabeleceu, tendo como importante referência a análise da decisão monocrática proferida pelo Min. Alexandre de Moraes nos autos do Mandado de Segurança Coletivo n. 37.097/DF, do qual destacou nos atos discricionários, a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal, moral e impessoalmente pela Administração Pública e o Poder Judiciário deverá exercer o juízo de verificação de exatidão do exercício da discricionariedade administrativa perante os princípios da administração pública, dentre eles, o princípio de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse cenário, a escolha do Mandado de Segurança como instrumento de tutela e controle do abuso de poder praticado pela autoridade pública, mostrou-se legítimo e eficaz na atual ordem constitucional e infraconstitucional, nos termos da Lei nº 12.016/2009, pois a referida norma tutela um direito — líquido e certo — ameaçado ou lesionado por um ato — ilegal ou com abuso de poder — praticado por um sujeito ativo — autoridade coatora — em face de um sujeito passivo — pessoa física ou jurídica —.

Em que pese a posição do professor Lenio Luiz Streck e Pedro Estevam Alves Pinto Serrano ser no sentido de que o sistema processual apresentar outros meios de controle dos atos da Administração Pública, como é o caso da Ação Popular com pedido liminar, Ação Anulatória de Ato Administrativo e Ação Cautelar, o que se tutelava, independentemente do instrumento processual escolhido, era o interesse público – onde reside o necessário direito líquido e certo – reafirmado através dos princípios da impessoalidade, moralidade e finalidade, que teriam sido violados por fatos cujas provas pré-constituídas foram levadas aos autos.

As regras procedimentais e os pressupostos formais, inevitavelmente, fazem parte do cotidiano forense e, obrigatoriamente, devem ser observados com rigor. No entanto, tais apontamentos não podem ser aplicados dispensando a análise detida do direito material buscado através do ato.

Portanto, compreendendo a evolução do Constitucionalismo em consonância com a Teoria de Poder, percebe-se que, ainda que o ato administrativo seja qualificado como discricionário, mas esteja maculado pelo desvio de finalidade, tendente a satisfazer pretensão subjetiva da autoridade, o controle jurisdicional será legítimo em decorrência do interesse público subjacente e da sensibilidade dos princípios administrativos, não admitindo, sob qualquer forma, a sua convalidação, pois uma vez desviada a finalidade pública, o efeito legal será o reconhecimento de sua nulidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevedo; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-iscursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-hecks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevedo; SARACHO, Antonio Benites. **Estado Democrático de Direito – Superação do Estado Liberal e do Estado Social**. 2018. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1305_1317.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. _____ Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. 2014. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf>.

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

BRASIL. **Ação Popular** (1965). Brasília. 29 jun. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em 23 ag. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Brasília. 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 27 ag. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 17 ag. 2021.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1** (1969). Brasília, 17 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** (1942). Rio de Janeiro. 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 22 ag. 2021.

BRASIL. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo** (2009). Brasília. 07 ag. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 07 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 62.372/CE. Relator Gurgel de Faria. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500081908&dt_publicacao=08/09/2021. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.612.931. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71109402&num_registro=201403218770&data=20170807&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 ag. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança Coletivo nº 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ms-37097-ramagem-pf.pdf>>. Acesso em: 28 ab. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.905-7/RS. Relator: Sepúlveda Pertence. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347322>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184-8/AM. Relator: Allen Gracie. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234964>>. Acesso em 02 ag. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 632853. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307111179&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.790/DF. Relator: Marco Aurélio de Mello. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313601885&ext=.pdf>>. 26 ag. 2021.

BRASIL. **Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências** (1996). Brasília. 15 mar 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm>. Acesso em 13 nov. 2021.

CANALLI, Rodrigo. **Introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade**. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eacnj/enrol/index.php?id=1549>>.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FALCÃO, Joaquim. **Separação de Poderes e a Independência do Poder Judiciário**. 2006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42568/41434>>. Acesso em: 17 ag. 2021.

FEICHAS, Roger Vieira; SALVADOR, Sergio Henrique. **Mandado de Segurança: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

FERREIRA, Marielen Cristina da Silva; VIANNA, Geraldo Luiz. **O princípio da separação dos poderes frente ao direito fundamental à saúde**. 2020. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf?getContent>. Acesso em: 08 jul. 2021.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. 2015. Disponível em: <

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>>. Acesso em: 25 set. 2021.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JÚNOR, Américo Bedê Freire. **A separação dos poderes (funções) nos dias atuais**. 2004. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44054/44737>>. Acesso em: 10 ag. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 23. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

LIBERAL, José Roberto Bernardi. **Intervenção jurisdicional nas políticas públicas**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de. Apelação Cível nº 1.0024.13.169869-8/001. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Minas Gerais, 22 ag. 2021. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100241316986980012018470630>>. Acesso em: 24 ag. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatos extrajurídicos nas decisões do STF**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e Silva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Sobre interferências políticas e jurídicas: O (des)caminho da jurisdição constitucional na concessão liminar no ms. N. 37097/DF**. Disponível em: <<https://www.prerro.com.br/sobre-interferencias-politicas-e-juridicas-o-descaminho-da-jurisdicao-constitucional-na-concessao-liminar-no-ms-n-37097-df/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PIETRO. Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

POMPERMAIER, Cleide Regina Furlani. **É inconstitucional a nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal sem a prévia anuência do Senado Federal**. 2020. Disponível em <

<https://jus.com.br/artigos/82255/e-inconstitucional-a-nomeacao-do-diretor-geral-da-policia-federal-sem-a-previa-anuencia-do-senado-federal>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Constitucionalistas “espalha-rodas”:** **“o caso Ramagem”**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>>. Acesso em: 13 nov. 2021.