

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO E ECONOMIA

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS MEIOS
PROCESSUAIS ESPECÍFICOS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE - DO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA**

Saint-Clair Campanha Filho

Rio de Janeiro

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO E ECONOMIA

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS MEIOS
PROCESSUAIS ESPECÍFICOS PARA EXERCÍCIO DO CONTROLE - DO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Coordenação de Pós-Graduação da UGF, área de concentração em Direito e Economia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Saint-Clair Campanha Filho

Professor Orientador:

Doutor José Ribas Vieira

Rio de Janeiro

2007

Para Arthur, Rafael, Giovana e Gabriel, a cada palavra aprendida, a cada sorriso dado, a cada travessura feita, me mostraram que vale a pena lutar por um País melhor. Tio ama vocês.

A meus pais, Saint-Clair e Nêda, fonte de sabedoria e paciência, que em gestos e palavras procuro sempre honrar seus nomes.

Agradeço às minhas queridas irmãs, amigos da advocacia e em especial a Josuela que me ajudaram muito nessa caminhada, dando-me forças quando pensava em desistir.

Ao meu orientador, Dr. José Ribas Vieira, que me revelou o caminho do êxito, sempre se mostrando paciente comigo nas inúmeras dúvidas surgidas.

Referência Bibliográfica

CAMPANHA FILHO, Saint-Clair. **O Controle dos Atos Administrativos e os Meios Processuais Específicos para o Exercício do Controle – Do Princípio da Legalidade à Juridicidade Administrativa.** 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito – Coordenação de Pós-Graduação. Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.)

Controle Judicial; atos administrativos; remédios processuais; princípio da juridicidade

RESUMO

A presente dissertação constitui-se em uma análise da evolução dos conceitos dos diferentes modelos de Estado, sob o ponto da contrastação dos atos do Poder Público pelo Judiciário, indo do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito. Foram abordadas questões sobre a composição e elementos formadores do ato administrativo; sua localização dentro da teoria geral dos atos jurídicos, bem assim os atos administrativos viciados. São levantados questionamentos a respeito do princípio da legalidade e sua crise mitigatória face ao ordenamento jurídico enquanto único elemento vinculante da atuação administrativa. Procurou-se estabelecer novos parâmetros para a vinculação do agir administrativo à ordem constitucional, o que terminou por outorgar novas formas interpretativas dos atos administrativos pelo Poder Judiciário nos casos e que for instado a julgar, sempre devendo fazê-lo de forma a dar maior amplitude e raio de incidências às normas e preceitos constitucionais, cujo texto magno substituiu a lei no topo normativo de todo o ordenamento jurídico. Conclama-se os juízes a abandonarem a postura meramente contemplativa da Constituição e passem enfrentar o mérito dos atos administrativos, inclusive os políticos. No capítulo derradeiro, de forma bem objetiva, há um elenco dos remédios constitucionais colocados à disposição de qualquer cidadão que se sinta ofendido em seus direitos por ato do Poder Estatal.

Bibliographical Reference

CAMPANHA FILHO, Saint-Clair. **The Specific Control of the Administrative Acts and Procedural Ways for the Exercise it Control – From the Principle of the Legality to Administrative the Ad Legality**, 2007. Dissertation. (Mastership in Law - Coordination of Pos-Graduation. University Gama Filho, Rio de Janeiro.)

Judicial Control; administrative acts; procedural remedies; principle of the legality

SUMMARY

The present dissertation consists in an analysis of the evolution of the concepts of the different models of State, under the point of the contrastation of the acts of the Public Power for the Judiciary one, going of the Liberal State of Right to the Democratic State of Right. Questions on the composition and elements had been embroidered producers of the administrative act; its localization inside of the general theory of the legal acts, well thus the vitiated administrative acts. Questionings regarding the principle of the legality and its mitigatory crisis are raised face to the legal system while only binding element of the administrative performance. It was looked to establish new parameters for the entailing of administrative acting to the constitutional order, what it finished for granting new interpretive forms of the administrative acts for the Judiciary Power in the cases and that will be urged to judge, having always do it of form to give to greater amplitude and ray of incidences to the norms and rules constitutional, whose great text all substituted the law in the normative top of the legal system. Proclaim the judges to abandon the mere contemplative position of the Constitution and pass to face the merit of the administrative acts, also the politicians. In the last chapter, of well objective form, he has a cast of the placed remedies constitutional to the disposal of any citizen who if feels offended in its rights for act of the State Power

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. DA EVOLUÇÃO DO ESTADO	11
1.1. Estado de Direito	12
1.2. Estado Social de Direito	15
1.3. Estado Democrático de Direito	17
2. ATO ADMINISTRATIVO	19
2.1. O Ato Administrativo na Teoria Geral dos Atos Jurídicos	19
2.2. Conceito de Ato Administrativo	21
2.3. Elementos do Ato Administrativo	22
2.3.1. Da competência	23
2.3.2. Do Motivo	24
2.3.3. Do Objeto	25
2.3.4. Da Finalidade	26
2.3.5. Da Forma.....	26
2.4. Do Ato Administrativo Viciado.....	27
2.5. Da Gradação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados	28
2.6. Atos Administrativos Vinculados e Discricionários	30
3. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO	35
3.1. Sistemas de Controle	37
3.2. Controle Judicial Especial	39
3.2.1. Atos Políticos	39
3.2.2. Atos Normativos	40
3.2.3. Atos <i>interna corporis</i>	40
3.3. O Controle do Mérito do Ato Administrativo	41
3.4. O Princípio da Legalidade	42
3.4.1. Da Crise do Princípio da Legalidade – “A erosão do mito”	43
3.4.2. O Neoconstitucionalismo: Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade Administrativa	48
3.5. Quanto à legitimidade dos juízes para o efetivo controle da administração em face do princípio da juridicidade administrativa.....	50
4. OS MEIOS ESPECÍFICOS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS	55
4.1. Habeas Corpus	56
4.2. Habeas Data	58
4.3. Mandado de Injunção	59
4.4. Mandado de Segurança Individual.....	62
4.5. Mandado de Segurança Coletivo	63
4.6. Ação Popular	65
4.7. Ação Civil Pública	67
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

A perspectiva constitucional sofreu uma profunda alteração após o segundo pós-guerra na Europa e, particularmente no Brasil, na década de 1990, após a promulgação da Constituição Federal em 1988. A lei cedeu lugar à Constituição no topo normativo do ordenamento jurídico, provocando, assim, uma nova forma interpretativa das normas legais, de modo a ser conforme e coerente com o texto magno, sob pena de ser extirpada do mundo jurídico.

Deixou-se para trás a vinculação da Administração Pública somente à lei, para se vincular aos ditames e valores gravados na Constituição, agora considerada como norma dotada de imperatividade e eficácia imediata, tornando perfeitamente justificável os valores ali previstos sem que haja a necessidade de lei.

Com essa nova ordem constitucional, alterou-se também, por vias oblíquas, o sistema de freios e contrapesos no Estado de Direito, assumindo o Poder Judiciário singular importância nesse novo contexto.

A proposta da dissertação é expor, sem esgotar a matéria e de uma maneira simples e objetiva, os pontos básicos do tema objeto do estudo, tendo sempre em vista a sua grande importância para o Direito e para a sociedade que vive sob sua sombra, pois, de certa forma, diz respeito a cada um de nós, administrados.

A Administração Pública, ao gerenciar interesses da sociedade ou mesmo interesses próprios, deve nortear-se pelos princípios constitucionais da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, princípios esses que garantem a presunção de legitimidade de seus atos, traduzindo-se o interesse geral ou coletivo, tendo sempre em alça de mira a concretização dos direitos fundamentais.

Quando, porém, a Administração afastar-se desses princípios, fica, então, sujeita ao controle de seus atos. Controle esse que abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário, quando exercerem função administrativa.

Entre outras classificações, o controle da Administração Pública pode ser administrativo, legislativo ou judicial. Ater-nos-emos, neste estudo, a uma explanação das generalidades do controle da Administração, enfatizando, como o próprio tema sugere, o controle judicial dos atos da Administração Pública, nessa transição do princípio da legalidade ao da juridicidade administrativa.

Não há que se discutir a importância do tema desta pesquisa, máxime quando se leva em conta que, direta ou indiretamente, estamos afetos à incidência da má

administração de nossos governantes, exteriorizadas em atitudes politiquerias, desmandos, conchavos e corrupção camuflada ou até mesmo descarada, diante dos quais, muitas vezes, quedamos inertes, apesar de possuímos meios para frear esses absurdos.

Apesar do grande avanço trazido pela Constituição Federal de 1988, nesta matéria, há muito ainda o que estudar, discutir e aprimorar. Mas, com certeza, progredimos muito quanto aos meios de controle dos atos da Administração Pública, que hoje são muitos, alguns realmente eficazes, outros nem tanto.

É hora de se conscientizar da necessidade constante de verificação da vinculação à juridicidade da atuação pública, tendo em vista, sempre, a predominância do interesses coletivos e fundamentais.

Quanto mais a sociedade inteirar-se do poder de controle que ela possui contra as aberrações administrativas a que está sujeita por parte do Estado, mais eficiência e eficácia terão os institutos que respaldam seus direitos violados pelo Poder Público, já que é sabido, e a recente história política já o comprovou, a força popular contra os desmandos da Administração.

A metodologia empregada foi a cronológica iniciando-se após o segundo pós-guerra até os dias atuais, tanto que a escolha dos autores, citados no decorrer de todo o texto, foi feita com base nos conceitos de temas administrativos considerados clássicos. Após, procuramos pôr abaixo alguns conceitos como, por exemplo, o princípio da legalidade administrativa, para depois então, tentar construir um novo modelo de controle judicial dos atos administrativos a partir da vinculação administrativa à juridicidade, tendo como marco teórico as novas percepções do princípio da legalidade, marcadamente no que se refere à força normativa da Constituição, bem assim a difusão da jurisdição constitucional.

A linha de pesquisa vincula-se ao plexo das disciplinas estudadas no decorrer do curso – Direito e Economia -, porquanto, a partir da evolução do constitucionalismo, o Estado assumiu um papel promocional na concretização da ordem social, no sentido de eliminar os profundos fossos sociais existentes entre as classes pobres e ricas.

Abordamos no primeiro capítulo a evolução do conceito e atribuições do Estado e suas prestações positivas e negativas diante do cidadão, enfocados nas diversas transformações por que passou ao sopro dos movimentos revolucionários no decorrer da história. Isso para explicar a sua crescente gama de obrigações prestacionais estatal, de

forma a legitimá-lo e que nem sempre dispunha o cidadão de meios e instrumentos para contrapor-se à atividade estatal violadora de direitos.

No capítulo segundo tratamos dos atos administrativos e sua composição. Na medida em que a atividade estatal comissiva é exteriorizada através de atos administrativos, entendemos que somente a partir de estudo de sua anatomia é que poderíamos identificar a “patologia” de forma a receber intervenção judicial como corrigenda. Neste capítulo trouxemos noções clássicas de conceitos de ato administrativo e seus elementos formadores, bem assim alguns conceitos de ato administrativos vinculados e discricionários.

Tratamos, no terceiro capítulo, do controle dos atos administrativos, abordando o controle sob a perspectiva do novo movimento constitucional, abordando a papel a ser adotado pelo Poder Judiciário como contra-ponto aos demais Poderes instituídos.

E, finalmente, no quarto capítulo, trouxemos os remédios processuais pertinentes para controle, pelo Poder Judiciário, dos atos do Poder Público, elencando-os e mostrando as características de cada uma deles e à finalidade a que se destinam.

1. DA EVOLUÇÃO DO ESTADO

1.1 Estado de Direito; 1.2. Estado Social de Direito; 1.3. Estado Democrático de Direito.

A mera existência do Estado faz-se presente em muitos de nossos atos diários e isso se deve sua atuação. O Estado moderno surgiu ante a evidente necessidade de pôr limites ao poder soberano, geralmente concentrado na pessoa do rei. Mas nem sempre foi assim. Houve tempo em que o cidadão nada podia fazer ante a atuação estatal, fosse ela justa ou injusta sob o aspecto humanístico, porque, sob o ponto de vista da juridicidade, todas as decisões reais eram justas sob o princípio do *the king can do no wrong*. Isto levou a excluir, ou pelo menos reduzir consideravelmente, a responsabilidade do Estado por atos danosos aos cidadãos.

Ao sopro das revoluções liberais – principalmente a revolução francesa e a revolução gloriosa, na Inglaterra – o Estado sofreu evoluções, sob o ponto de vista da correção de seus atos em face dos administrados, impingindo ao poder estatal mundo afora verdadeiros limites legais para seu atuar.

Tal movimento criou inicialmente um verdadeiro Estado abstencionista, onde somente atuava em situações excepcionais que realmente fosse necessária sua presença, deixando ao alvedrio dos particulares as relações entre si travadas. Era o Estado de Direito.

Com o passar do tempo, viu-se que esse tipo de Estado abstencionista não era suficiente para garantir a justiça e a paz social. Urgia a necessidade de um Estado interventor, um Estado parceiro, que dispusesse de meios de preservar e garantir a igualdade entre os cidadãos. Do Estado abstencionista passou-se para o Estado intervencionista. Era o Estado Social de Direito.

Todavia, tal Estado mostrou-se, tal como o modelo estatal predecessor, insuficiente para garantir de modo efetivo o bem-estar social, de modo que houve uma nova evolução, passando-se para um Estado em que propiciasse a participação popular no processo legislativo e um efetivo controle dos atos estatais. O Estado democrático de Direito.

A seguir discorreremos sobre cada um deles mais detidamente.

1.1. Estado de Direito

O Estado de Direito quer dizer que o Estado, em quaisquer de suas esferas - União, Estados e Municípios – encontra-se absolutamente sob o manto da legalidade. Submisso aos ditames previstos na Constituição, na legislação infra-constitucional, bem assim aos próprios atos normativos inferiores, desde que expedidos pelo Poder Público. Disto não podendo agir diferente nenhum agente estatal. Essa é a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

“A grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, o qual se faz, assim, impositivo para todos – Estado e indivíduos. Se fossem buscadas as raízes produtoras da feição própria do Estado de Direito, poder-se-ia encontrar a seguinte matriz: O Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau.”

A junção dos pensamentos de ambos desembocou no hoje conhecido Estado de Direito. Jean Jacques Rousseau diz que todos os homens são iguais, e que, por isso, todo poder pertenceria a eles em fatias também iguais. Sendo que o Estado receberia uma pequena parcela desse poder, cedida individualmente por cada pessoa, de sorte que a origem do poder não mais teria como justificção o “Direito Divino”, ao contrário, seria resultante da vontade direta de vários seres humanos, extraíndo daí a idéia da soberania popular e o germe do que depois seria a democracia.

Já o pensamento de Montesquieu, de outra banda, defende que o próprio poder detenha o poder, a fim de se evitar que governos se transformem em tiranias, sob a irrefutável premissa de que todo aquele que tem poder, tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. Daí a idéia da repartição dos Poderes, ou, como preferem os constitucionalistas, o sistema de freios e contrapesos².

Em nossa Carta Maior tem particular visibilidade dessa confluência de pensamentos. O Texto Magno, em seu art. 1º, parágrafo único diz que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Logo no art. 2º temos que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹ *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. Editora Malheiros. 2ª edição, 6ª tiragem, São Paulo, 2003. p. 11.

² Adaptação do “*checks and balances*” do direito norte-americano.

Dito isso, é possível afirmar que a conduta estatal sofre muito mais ingerência da sistemática normativa do que o atuar dos particulares. Tal idéia é facilmente traduzida na expressão jurídica, quase um jargão, de que a Administração Pública só pode/deve fazer aquilo que a lei determina, e o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe. É Celso Antônio Bandeira de Mello quem nos ensina³: “Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção.”

Tal assertiva encontra-se muito bem preconizada no inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, quando diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Assim, todo o agir estatal deverá estar subordinado estritamente à lei.

Outro ponto de divergência entre o Direito Público e o Privado é que este último rege-se, primordialmente, pela “autonomia da vontade”, de modo que são as próprias pessoas quem elegem e estabelecem as metas que pretendem alcançar, desde que não contrarie o Direito. Lado outro, o Direito Público se atém ao cumprimento de metas já previamente traçadas pela lei, não podendo o gestor público delas descurar, não havendo assim espaço para a autonomia da vontade, como no campo privatístico, devendo o administrador ser tranqüilo e resignado com os ditames legais e guardar-lhes estrita observância, tendo em vista sempre o interesse público superior.

Antes da concepção do Estado de Direito, as relações entre o Poder e a população – ainda não eram reconhecidos como cidadãos – eram regidos pela idéia de que o soberano tinha poder ilimitado sobre tudo e sobre todos. Existiam máximas clássicas como “o rei não pode errar” e “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei.” O Estado de Direito promoveu uma radical mudança nesses pensamentos dantes aceitos juridicamente, vindo para proteger os agora cidadãos contra os desmandos e arbitrariedades perpetrados pelo detentor do poder soberano, representado na pessoa do rei.

É bem verdade que isso não ocorreu de uma forma pacífica. Foram necessários rios de sangue para promover essa mudança através de movimentos verdadeiramente revolucionários como, para citar apenas um exemplo, a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, cujo fio condutor era o enaltecimento dos Direitos Humanos superando assim o Estado Absolutista. A essa transição, do poder ilimitado à subordinação do Estado à lei,

³ *Ob. cit. p.13*, destaque no original.

pode-se atribuir dois fatores conhecidos: a participação popular no processo político e o controle dos atos emanados pela Administração Pública.

O Estado de Direito, então, tinha como características básicas três elementos, quais sejam: (I) submissão à lei; (II) divisão de poderes e (III) proclamação das garantias dos direitos individuais.⁴ Importante ressaltar que essas características ainda permanecem no atual estágio em que vivemos, não obstante a inevitável evolução do conceito e diretrizes do Estado unicamente de Direito.

Para a boa compreensão do tema, imperioso não confundir Estado de Direito com Estado de Legalidade, este tido quando se concebe o Direito apenas como normas formalmente emanadas pelo Legislativo. Para o Estado de Direito, é necessário que todas as funções governamentais (Legislativo, Executivo e o próprio Judiciário) tenham seu atuar afivelado aos ditames legais.

O Estado de Direito foi concebido para atender aos anseios dos súditos em viver num Estado não interventor na vida privada do indivíduo, bem assim munir-se de instrumentos jurídicos para por freio a eventual intromissão do Estado, ou seja, um Estado verdadeiramente abstencionista. De igual forma, haveria pouca ou nenhuma interferência estatal na economia, pois o mercado seria automaticamente regulado pelo que Adam Smith denominou e ficou conhecida como a “Mão Invisível”, donde vir a expressão “Liberalismo”, sendo que o Estado de Direito também era conhecido como Estado Liberal de Direito.

Foi nessa fase da evolução histórica estatal, pós Revolução Francesa e das Declarações de Direitos norte-americanas, que começou a se falar e a reconhecer os denominados direitos de 1ª dimensão, onde eram assegurados aos cidadãos, pela simples inércia estatal, os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade privada, exigindo do Estado, repita-se, sua total abstenção para que os referidos direitos possam florescer. Nesse contexto, é possível dizer, com certeza, com o Estado era considerado problema aos direitos de 1ª dimensão, prevalecia a idéia de que quanto menos Estado, mais direitos poderiam ser exercitados. É Fernando Gomes de Andrade quem afirma:⁵ “Nesse sentido os direitos individuais são considerados em sentido negativo como garantia de não ingerência estatal em sua esfera.”

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 116-117.

⁵ *Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente à concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do do STJ e STF*. Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos. Editora Renovar. Coord. Fernando Facury Scaff, 2007, p. 276- 277.

Contudo, apesar do significativo progresso dos cidadãos ao conseguirem que o Estado reconhecesse os direitos individuais, não havia verdadeira igualdade entre eles. A igualdade era apenas formal, não ensejadora de liberdade real. É dizer, como a economia de mercado corria livremente sem qualquer, ou pouquíssima, intervenção estatal, natural que houvesse uma concentração de rendas e capitais nas mãos de uma parcela pouco significativa da população em termos quantitativos. Era essa pequena parcela economicamente privilegiada da população que conseguia alcançar os cargos eletivos e, a partir daí, começaria a atuar, agora integrante da máquina administrativa, em benefício próprio aprofundando ainda mais o fosso existente entre eles e os menos abastados. A exploração dos trabalhadores pelos seus patrões foi algo muito que deixou muitas marcas nesse período, tanto que, contra isso, desencadeou um movimento revolucionário da Rússia em 1917.

Diante dessa falsa igualdade, o Estado Liberal começou a ser seriamente questionado. Começou-se a exigir sua efetiva atuação na ordem econômica e social de sorte a poder garantir a efetivação dos direitos individuais já reconhecidos pelo próprio Estado. Com a igualdade severamente questionada, e com razão a nosso ver, inicia-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social, isso no início do século XX.

1.2. Estado Social de Direito

Com o advento do Estado Social de Direito⁶ os direitos fundamentais não são mais considerados apenas com caráter negativo, mas como pretensões de prestação social face ao Estado.⁷ É Paulo Bonavides quem ensina: “com o Estado social, o estado-inimigo cedeu lugar ao estado-amigo, o estado-medo ao estado-confiança, o estado hostilidade ao estado segurança.”⁸

O Estado Social de Direito veio então para promover a igualdade material e não apenas igualdade formal como no Estado Liberal de Direito. “É um Estado Dirigente onde os poderes públicos não ficam limitados apenas à produção de leis ou normas gerais, mas tem o escopo de efetivamente dirigir a coletividade para o pleno alcance de metas

⁶ É bem verdade que a denominação “Estado Social de Direito” não está imune a críticas, exigindo, assim, um aprofundamento maior sobre essa questão, coisa que me absterei em fazer, porquanto não é o objeto principal deste trabalho. Sobre o assunto, vide José Afonso da Silva *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª ed., 2000 e Paulo Bonavides, *in* Do Estado Liberal ao Estado Social, 7ª edição, 2ª tiragem, Malheiros: São Paulo.

⁷ Fernando Gomes de Andrade, *ob. cit.*, fazendo referência a Bockenforde, Ernst Wolfgang. *Los derechos fundamentales sociales em la estructura da la constitución. In: Escritos sobre derechos fundamentales (trad:) Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 64.*

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 380.

predeterminadas.”⁹ “Tem, pois, o Estado uma missão positiva: garantir para todos o mínimo, em alimentação, saúde, habitação, educação, vestuário, etc., compatível com dignidade humana.”¹⁰

Vê-se, então, que o Estado Social de Direito tinha por principal objetivo afirmar os direitos sociais, estes denominados de 2ª geração ou dimensão. Em nosso texto constitucional é possível visualizar tal desiderato no Capítulo II, que tem como título “Dos Direitos Sociais”, iniciando pelo seu art. 6º.

Bem adverte José Afonso da Silva¹¹, que Estado Social nada tem a ver com o Estado Socialista apregoadado por Karl Marx e seus seguidores, na justa medida em que o Estado Social busca promover o bem estar social, mas preservando e incentivando o crescimento da iniciativa privada, limitado tão somente a intervir na política econômica e social a fim de instaurar a igualdade material, enquanto que o Estado Socialista é o único e legítimo proprietário de todo o capital circulante em sua área territorial, não sobrando nenhum ou pouquíssimo espaço para a iniciativa privada, suprimindo a idéia do que consideram o grande mal da humanidade: a propriedade particular. Nesse sentido, pertinente a transcrição dos ensinamentos de Paulo Bonavides¹², para quem

“o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. (§) Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.”

Com o Estado Social as normas constitucionais tiveram um substancial acréscimo, ou, no mínimo, uma mudança no modo de interpretá-las, devendo sê-las como uma verdadeira carta de intenções cujos preceitos haveriam de ser perseguidos incansavelmente pelo Estado. Os contratos entre particulares não mais poderiam ser pactuados na forma como melhor conviesse às partes contratantes, haveriam que respeitar a função social; houve, também, uma revisão do conceito de propriedade, não mais sendo considerada como absoluta, mas relativa, devendo observar sua função social. De igual forma, podemos citar, ainda a título de exemplificação, as normas de proteção trabalhista,

⁹ Fernando Gomes de Andrade, *ob. cit.*, p. 279.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 376.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 120.

¹² *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2ª tiragem, 2004, p. 184.

cuja finalidade foi regular suas atividades de modo a garantir ao trabalhador um mínimo de direitos a eventual e provável abuso por parte de seu patrão.

Por ser o Estado Social de Direito um estado pró-ativo, vislumbrando sempre implementar efetivamente os direitos sociais, decerto que isso aumentou consideravelmente os gastos estatais que já eram parcos. Aliás, é possível visualizar um verdadeiro paradoxo no Estado Social de Direito, na medida em que tem que conciliar a máquina capitalista, onde quanto menos estado melhor, a fim de que os donos do capital possam aumentá-lo mais e mais, e a efetivação dos direitos sociais, onde a presença forte do Estado faz-se necessária para garantir a igualdade real entre os indivíduos tornando menos profundo o fosso que separam as diversas classes existentes.

Como o Estado Social de Direito exigiu um dispêndio maior de gastos para garantir o bem estar social, arcados por todos nós através dos tributos, nasce a idéia, antes inconcebível, de onde, como e quanto o poder estatal está gastando, se está gastando bem, se está gastando em medidas que vão efetivamente promover o bem estar social, em outras palavras, nasce aí a idéia do controle do controle estatal também pelos cidadãos.

Com isso, o Estado Social de Direito, na forma como era constituído, não mais era suficiente aos reclamos sociais cada vez mais crescentes. Passou-se a exigir uma ampla e irrestrita participação popular no governo. Passou-se a exigir um Estado mais democrático, onde a participação popular influenciasse na vontade estatal.

1.3. Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito foi concebido a partir das insuficiências existentes nos regimes que o antecedeu, sem que, com isso, estejamos querendo dizer que se tratam de sistemas excludentes uns aos outros, mas sim de uma evolução social em que um sistema consiste num aperfeiçoamento ao anterior.

Nessa toada o Estado de Direito veio suprir duas lacunas principais deixadas pelo Estado Liberal e o Estado Social: a participação popular no processo político e o controle da Administração Pública.

Como já dito, com o aumento dos gastos públicos para a implementação e efetivação dos direitos sociais, viu-se a necessidade de fiscalizar o agir governamental na busca desses objetivos. Dessa forma, diz Emilio Crosa, citado por José Afonso da Silva¹³

¹³ *Ob. cit.* p. 121

“impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.”

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito, a atuação da Administração Pública tornou-se mais acessível aos cidadãos, uma vez que a eles foi permitido participar intestivamente do governo, através de eleições diretas majoritárias e proporcionais, bem assim lhes foram colocados à disposição instrumentos jurídicos eficazes de modo a efetivar esse controle e afastar eventual transgressão da Administração aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

2. ATO ADMINISTRATIVO

2.1. O Ato Administrativo na Teoria Geral dos Atos Jurídicos; 2.2. Conceito de Ato Administrativo; 2.3 Elementos do Ato Administrativo; 2.3.1. Da competência; 2.3.2. Do motivo; 2.3.3. Do objeto; 2.3.4. Da finalidade; 2.3.5. Da forma; 2.4. Do Ato Administrativo Viciado; 2.5. Da Gradação dos Efeitos do Ato Administrativo Viciado; 2.6. Dos Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários.

A expressão “ato jurídico” é, na grande maioria das vezes, encontrada no campo privatístico do Direito Civil, inserto no cotidiano da vida dos cidadãos nas diversas relações que travam entre si. Com o crescente lugar conseguido pelo Direito Público ao longo do tempo, como sendo um ramo distinto do Direito Privado, construiu-se a teoria do “ato administrativo”.

Como a teoria do ato administrativo nasceu do ato jurídico do Direito Civil, faz-se necessário construir a teoria geral do ato jurídico, mas apenas como forma de melhor compreender a teoria do ato administrativo.

2.1. O Ato Administrativo na Teoria Geral dos Atos Jurídicos

O ato jurídico é espécie do fato jurídico. O fato jurídico admite dois sentidos, em acepção amplíssima, compreende todo fato natural ou humano relacionado com a vida em sociedade.¹⁴ No dizer de Serpa Lopes, citado por Florivaldo Dutra de Araújo¹⁵, “envolve assim, o fato jurídico, qualquer acontecimento relacionado com a vida humana. Só em sentido estrito é que se pode considerá-lo como o acontecimento em virtude do qual uma relação de direito nasce e se extingue.”

Para uma razoável compreensão da matéria, basta-nos saber que o fato jurídico que nos interessa nesse estudo é o fato jurídico em sentido estrito, uma vez que somente este é que é capaz de criar, extinguir ou modificar relações jurídicas. Cumpre dizer,

¹⁴ ARAÚJO. Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2005, p. 30.

¹⁵ *Ob. cit.*

porque entendemos relevante, que existem atributos diferenciados entre os atos jurídicos e os atos administrativos, apesar de ambos possuírem raízes em comum no Direito Civil. São justamente esses atributos que determinam em qual ramo do direito cada um se insere.

Para Seabra Fagundes¹⁶, “no sentido material, ou seja, sob o ponto de vista do conteúdo e da finalidade, os atos administrativos são aqueles pelos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação.” Já para Hely Lopes Meirelles¹⁷ o ato administrativo “é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública.”

Fernanda Marinela¹⁸ entende que

“as noções de ato jurídico e ato administrativo têm diversos pontos em comum, como os elementos estruturais do ato jurídico, tais como: sujeito, objeto e forma. O ato administrativo, todavia, ganha algumas qualificações especiais como, por exemplo: o sujeito precisa ser agente público, o objeto deve ser preordenado a um interesse público etc. Sendo assim, é possível concluir que o ato jurídico é gênero do qual o ato administrativo é espécie.”

Ou seja, o Estado toma parte da relação jurídica como Poder Público, imprimindo ao ato administrativo elementos que garantem sua eficácia, como a imperatividade, a presunção de legitimidade e a auto-executoriedade, elementos ausentes nos atos jurídicos privados.

Alguns autores¹⁹ não concordam com a inclusão do traço da unilateralidade como elemento integrante do conceito de ato administrativo, pois, embora peculiar em atos desse jaez, trata-se de característica de uma das modalidades desses atos. Com a inclusão da unilateralidade na conceituação do ato administrativo, restariam excluídos os atos administrativos complexos e os contratos.

Muito embora exista dissensão entre os doutrinadores, quase a totalidade dos administrativistas concorda que existem alguns pontos fundamentais, que é o que importa, tais como, a *vontade* que deve necessariamente provir de um agente público no pleno exercício de suas funções; o *conteúdo* que deve propiciar efeitos tendo sempre em vista o interesse público e o *regime* que necessariamente deve ser o de direito público.

¹⁶ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29

¹⁷ *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho – São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145.

¹⁸ *Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Editora Juspivum, 2006, p. 172.

¹⁹ Vide Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*.

2.2. Conceito de Ato Administrativo

Na doutrina brasileira, entre os administrativistas, não há um consenso quanto à conceituação do que deva ser o ato administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰,

“não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de se estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo. Com efeito, tratando-se de uma noção teórica pela qual se busca abarcar sob uma denominação comum um certo número de atos que possuem afinidades recíprocas, compreende-se o surgimento de discrepâncias entre os estudiosos. De fato, nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome ato administrativo.”

Contudo, conforme adverte Marçal Justen Filho²¹, “as divergências da doutrina refletem apenas diferentes modos de expressar idéias similares.”

Para Edmir Netto de Araújo²², o ato administrativo é como uma

“declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando a produção dos efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa.”

Celso Antônio Bandeira de Mello²³ conceitua o ato administrativo como uma

“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”

Hely Lopes Mirelles²⁴ diz que o conceito do ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, diferenciando-se deste somente pela finalidade pública, que entende ser própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico. Assim, conceitua o ato administrativo como sendo “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.”

²⁰ *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 349.

²¹ *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 193.

²² *Ob cit.*, p. 445/444.

²³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 358.

²⁴ *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 145.

Necessário frisar que o conceito acima transcrito de ato administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello trata-se de ato administrativo em acepção amplíssima, abrangendo os atos gerais e abstratos, como, segundo diz, costumam ser os regulamentos, as instruções, resoluções e os contratos administrativos. Paralelamente a esse conceito, pode-se formular um outro referente aos atos administrativos em sentido estrito, restringindo a uma categoria menor de atos, deixando de fora os atos abstratos quanto os convencionais, no qual acresce-se as características da concreção e da unilateralidade. Daí que ainda extraiu a seguinte noção:

“declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos e complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”²⁵ (destaque no original)

2.3. Elementos do Ato Administrativo

De suma importância identificar os elementos do ato administrativo, que corresponderia à anatomia do ato, uma vez que somente quando houver alguma patologia é que será possível seu reexame pelo Poder Judiciário.

Decerto que não há unanimidade entre os doutrinadores quanto aos elementos formadores do ato administrativo. Até mesmo o nome “elementos” é objeto de controvérsia, uns preferindo falar em “requisitos” do ato administrativo. Entretanto, não há qualquer incorreção entre as terminologias utilizadas, trata-se apenas de uma questão de escolha. Por ser a expressão “elementos” a mais difundida e mais adota no Brasil, é a que utilizaremos no presente trabalho.

Não existe identidade sobre a quantificação dos elementos do ato administrativo, todavia, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, “frequentemente, a divergência (ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados.”

Para a formação do ato administrativo, para a grande maioria dos doutrinadores, há que se fazerem presentes os seguintes elementos, quais sejam: competência, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma. Sem os quais, qualquer um deles isoladamente, é capaz de

²⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p. 360.

²⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p. 363.

macular-lhe de vício. Para Celso Antônio Bandeira de Melo, que discorda dessa divisão, citado por Seabra Fagundes²⁷, além do conteúdo ou do objeto, somente a forma pode ser considerada elemento do ato. *Verbis*:

“Além do conteúdo, poder-se-ia encontrar no próprio ato, a meu ver, apenas a forma, porque esta é seu revestimento exterior; é o modo pelo qual o conteúdo aparece; é a maneira pela qual o ato se revela. Então, conteúdo e forma poderiam ser admitidos como elementos do ato, caso se queira utilizar tal terminologia. Os demais não me parece que sejam, propriamente, elementos do ato.”

Não obstante a divergência doutrinária existente acerca dos elementos do ato administrativo, seu estudo não é dos mais tormentosos, haja vista que a maioria dos doutrinadores vale-se dos mesmos elementos, donde resulta, de certa forma, uma unanimidade para tratarmos do assunto.

2.3.1. Da competência

A competência para a prática dos atos administrativos decorre sempre da lei, que fixa as atribuições do agente público, não podendo nunca ser presumida, devendo ser considerado como agente público qualquer pessoa que exerça, com ou sem remuneração, temporária ou permanente, função pública, cuja competência o autorize à realização do ato. Ou seja, sem que o agente disponha de poderes, decorrentes da lei, para a prática do ato, este não pode ser realizado validamente.

Há de se observar, contudo, não obstante o agente esteja imbuído dos poderes para a prática do ato, se não existe algum óbice para sua atuação no caso concreto, como, por exemplo, afastamentos legais, impedimentos e etc.

A competência, via de regra, é intransferível e improrrogável pela simples manifestação de vontade dos agentes envolvidos, a não ser que a própria lei faculte essa mudança, porquanto, segundo Hely Lopes Meirelles²⁸ “ela é elemento vinculado de todo ato administrativo, e, pois, insuscetível de ser fixada ou alterada ao nuto do administrador e ao arripio da lei.”

Como fundamento legal ao que fora aqui dito, cita-se o art. 11, da Lei n. 9.784/99 (alterada pela Lei n. 11.417/06) que dispõe o seguinte: “A *competência é irrenunciável e*

²⁷ *Ob. cit.*, p. 30.

²⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 147.

se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.”

2.3.2. Do Motivo

Para a grande maioria dos autores, o motivo do ato administrativo deve conter as razões fáticas e jurídicas que legitimam a edição do ato. Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹ o motivo é “o pressuposto fático que autoriza ou obriga à prática do ato.” Todavia, é entendido por ele como uma condição de validade do ato e não como elemento, como aqui entendido.

É óbvio que o motivo que legitima a edição do ato administrativo deve guardar estrita observância com a realidade fática dita pelo administrador. Do contrário o motivo passa a ser ilegal e, por conseguinte, compromete a validade de todo o ato administrativo.

Ressalte-se que os motivos alegados para a confecção do ato administrativo devem ser contemporâneos à sua edição, sob pena de, igualmente, ser-lhe reconhecida sua invalidade. Como calço dessa exigência da presença do motivo, cita-se o art. 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei n. 4.717/65, em sua parte final.

Os administrativistas são unânimes em alertar para que não se confunda *motivo* com *motivação*. O que se exige no corpo do ato administrativo editado é a *motivação*, que nada mais é do que o rol dos motivos fáticos e jurídicos que levaram o agente público a agir de tal ou qual forma. Ou seja, a motivação é uma “justificativa” da administração sobre os fundamentos de direito e de fato, bem assim como uma correlação lógica entre eles, de modo a demonstrar a compatibilidade da postura adotada com o ordenamento jurídico que lhe serve de baliza.

Há que se distinguir também o *motivo* do *móvel*. Para Fernanda Marinela³⁰ “o motivo consiste na situação objetiva, real, empírica, ou seja, uma realidade objetiva e externa ao agente. Já o móvel é a intenção, o propósito do agente que praticou o ato, ou melhor, a representação subjetiva, psicológica, interna do agente (a sua vontade ou intenção).”

A vontade do agente adquire relevo nos atos administrativos discricionários, na medida em que exige um juízo de valor diante das circunstâncias fáticas. Desse modo, se o móvel, se a intenção do agente estiver permeada por sentimentos menos caros do que o

²⁹ *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 367.

³⁰ *Ob. cit.*, p. 210.

interesse público, o ato administrativo também estará invalidado. De outra banda, o móvel do agente é de todo irrelevante nos atos administrativos vinculados, tendo em vista que é a própria lei que determina o comportamento único a ser adotado e perseguido pelo agente, não calhando qualquer espécie de subjetivismo de sua parte. É bem verdade, entretanto, que admite-se a existência e validade de atos administrativos discricionários sem a devida motivação, como ocorre, por exemplo, no ato de nomeação e/ou exoneração de pessoas para cargos comissionados, que são cargos baseados na confiança, não ensejando a apresentação das razões de fato e de direito do administrador para tal mister.

O fundamento legal para o dever de motivar encontra-se previsto no art. 50, da Lei n. 9.784/99. De acordo com o dispositivo legal, devem ser motivados os atos administrativos que: (I) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de exame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; e que importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

2.3.3. Do objeto

Para Fernanda Marinela³¹ “o objeto corresponde ao efeito jurídico imediato do ato, ou seja, o resultado prático causado em uma esfera de direitos. Representa uma consequência para o mundo fático em que vivemos e, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito.” Ou seja, o objeto do ato administrativo nada mais é do que o seu resultado prático.

Assim como os atos jurídicos de direito privado, o objeto do ato administrativo, para ser considerado válido, exige a presença de três requisitos: licitude, possibilidade e que seja determinado.

Licitude na medida em que o objeto do ato administrativo há que ser lícito, não bastando a não confrontação com a lei, mas exige-se sua total adequação de modo a permitir-lhe o objeto. A possibilidade consiste no fato de que o objeto do ato administrativo seja possível, seja realizável.

³¹ *Ob. cit.*, p. 216.

2.3.4. Da Finalidade

Finalidade, para Seabra Fagundes³², é o resultado prático que se procura alcançar pela modificação trazida à ordem jurídica. Ou na lição de José dos Santos Carvalho Filho³³, é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público.

De fato, em se tratando de um Estado que se diz de Direito, totalmente estranho e ilegal seria pensar numa finalidade diferente do que a integral preservação do interesse público. Caso isso ocorra, ou seja, se o agente público agir visando fim diverso do que o interesse público, constituir-se-ia num evidente abuso de poder, de modo a ser perfeitamente possível a intervenção do Poder Judiciário para consertá-lo.

Há doutrinadores que fazem distinção entre a finalidade e o objeto do ato administrativo. Entendem que o objeto tem um fim imediato, ou seja, representa o resultado prático alcançado pelo ato. Já a finalidade tem um fim mediato, enquanto visa preservar o interesse da coletividade.

2.3.5. Da Forma

Ao contrário do direito privado, onde o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, havendo a liberdade das formas, na seara do direito público a regra é oposta: tem de haver uma forma rígida, definida, já previamente estabelecida em lei, ou algo que a valha, para que o ato administrativo seja considerado válido.

A mera existência da vontade, ou motivo, do agente não é suficiente para que o ato administrativo seja válido e produza efeitos no mundo empírico. É que a vontade, “tomada de modo isolado, reside na mente como elemento meramente psíquico, interno.”³⁴ A forma então é entendida como o veículo pelo qual a vontade do agente é exteriorizada.

Obviamente que a forma do ato administrativo deve estar preestabelecida em algum comando normativo, para ser válida. Importante frisar que a forma não tem relevo apenas através do nome que o ato administrativo sai da vontade subjetiva do agente e ganha o mundo real (decreto, portaria, instrução normativa e etc.), mas forma deve estar

³² *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 32

³³ *Manual de Direito Administrativo*, p. 107.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 99.

presente em todas as fases de construção do ato, ou seja, desde o momento da concepção até o momento de sua efetiva publicação e produção de efeitos a forma deve sempre ser observada, sob pena de anulabilidade ou, dependendo do vício, de nulidade do ato administrativo.

2.4. Do Ato Administrativo Viciado

Ausente um dos elementos que compõem o ato administrativo, qualquer um deles, ou se inserido erroneamente no corpo do ato, esse se mostra vicioso, podendo sofrer intervenção do Poder Judiciário para resguardar eventual lesão, ou ameaça de lesão, que a Administração Pública tenha perpetrado em desfavor dos administrados, anulando-o ou simplesmente reconhecendo prontamente sua nulidade.

A doutrina brasileira se ressentida da ausência de uma codificação administrativa, onde, via de regra, os textos são sistematizados, o que termina por intrinsecar a boa compreensão da teoria das nulidades dos atos administrativos. É certo que a atual legislação administrativa, feita esparsamente, é insuficiente para dar suporte a uma verdadeira teoria das nulidades dos atos da administração pública, sendo necessário, assim, recorrer aos ditames insculpidos no Código Civil, este considerado como o verdadeiro ponto de partida das relações travadas entre particulares. Contudo, há de se aplicar as normas de direito civil (privado) no direito administrativo (público por natureza) com reservas. É que, segundo a advertência de Seabra Fagundes³⁵ “a sistematização da legislação civil, que é, em muitos casos, inadaptable àqueles atos (administrativos)” (parênteses nosso).

A construção e o entendimento de uma teoria das nulidades dos atos administrativos deve ser feita com base na legislação própria, contudo, ante a lacuna dessa em face a várias situações, deve-se utilizar, com reservas, no que for compatível, as normas de direito privado no que se refere às nulidades dos atos praticados por particulares, sendo que esse ajustamento deve ser feito, nos casos concretos, através da interpretação dos tribunais, visualizados através de acórdãos e jurisprudências.

Tendo isso guardado em boa memória, tentaremos, a seguir, demonstrar os vícios dos atos administrativos e sua maior ou menor relevância, a justificar sua retirada do mundo jurídico pelo Poder Judiciário.

³⁵ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 52.

2.5. Da Gradação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados

Levando-se em conta os institutos do Direito Civil, graduamos os vícios dos atos administrativos em três categorias:³⁶ I) atos nulos; II) atos anuláveis e III) atos irregulares.

Atos nulos são aqueles que contrariam ou não observam os elementos primordiais do ato administrativo, indispensável pela sua própria natureza, sempre no intuito de resguardar o interesse público, ou aqueles elementos que dimanam de expressa disposição legal. A teor da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal³⁷, que não se reconhece direitos de atos declarados nulos, é possível vislumbrar que a ilegalidade do ato fulmina com sua validade e eficácia em produzir efeitos no mundo jurídico, seja criando, alterando ou extinguindo direitos.

Para Seabra Fagundes³⁸, “a nulidade implica a negação absoluta de efeitos, atingindo o ato toda vez que ele não se integre com os seus elementos essenciais ou quando contravir algum mandamento ou proibição da lei.”

Ou seja, o ato nulo atinge com tal intensidade o interesse público, que não encontra indulgência no ordenamento jurídico.

Quando nulo o ato administrativo, impossível é sua revalidação, eis que maculado de vício insanável, não cabendo ao agente estatal competente qualquer providência para reinseri-lo no ordenamento jurídico.

Os atos anuláveis, por sua vez, infringem um ou mais dos mesmos cinco elementos formadores do ato administrativo, tal como no ato nulo. No entanto, em face da real consideração dos fatos concretos, é o interesse público melhor preservado se for mantido produzindo efeitos no mundo empírico, não se olvidando de que a anulabilidade do ato quer dizer que ele é possível de ser invalidado. Se for o caso de ser invalidado, seus efeitos serão imediatamente cessados, podendo, contudo, ser considerados válidos seus efeitos perante os administrados enquanto não advir tal declaração por parte do agente estatal responsável para tanto. Isso por que, seu vício é considerado de importância secundária, de modo que, repita-se, sua convalidação pode mostrar-se conveniente ao interesse público que a administração pública tem que incessantemente velar.

³⁶ Nessa classificação, adotamos a lição de Seabra Fagundes, por entender a mais didática e esclarecedora, não obstante não ser assunto dos mais controvertidos entre os demais doutrinadores administrativistas.

³⁷ Súmula 473, STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

³⁸ *Ob. cit.* p. 57.

Na verdade, o que determina a permanência ou não do ato administrativo anulável é a intensidade com que o interesse público foi afetado. Somente nos casos em que interesse público for atingido superficialmente, ou mantido incólume não obstante o vício existente na formação do ato, é que será tido como se vício não houvera, se for convalidado, obviamente.

Melhor dizendo: quando o ato for passível de anulabilidade, há que se fazer uma ponderação entre dois interesses públicos: o abstrato e o efetivo. Ou seja, quando a retirada do mundo jurídico de um ato administrativo produz mais danos ao interesse público do que a sua permanência, apesar de viciado, é de todo prudente e recomendável mantê-lo incólume, de modo que restará garantido e observado um dos mais importantes princípios existentes num Estado Democrático de Direito, o princípio da segurança jurídica.

É bem verdade que existe dissidência doutrinária acerca da compulsoriedade ou não da invalidação do ato administrativo anulável. A eminente jurista nas sendas administrativas, Weida Zancaner,³⁹ citada por Gustavo Binenbojm na atualização da clássica obra de Seabra Fagundes⁴⁰, diz que há um poder-dever da administração em invalidar o ato viciado a fim de preservar o princípio da legalidade, criticando os que pensam de modo diverso, alegando que estar-se-ia criando uma verdadeira “faculdade” do agente estatal em convalidar ou não ao ato viciado. Todavia, abre uma única exceção aos atos discricionários praticados por agente estatal incompetente para tanto, ao argumento de que como a autoridade tida como competente tinha a opção de escolha entre praticar ou não praticar o ato, poderá então, nessas exatas circunstâncias, convalidá-lo ou invalidá-lo.

No sentido oposto ao da autora paulista está grande parte dos juristas pátrios. Sérgio Ferraz⁴¹ diz que “em vista dos valores da boa-fé, do respeito ao fato consumado, da salvaguarda da estabilidade e de segurança jurídica, da vedação ao enriquecimento sem causa, da igualdade no tratamento aos administrados, o sistema reage determinando a corrigenda, com a conseqüente manutenção, do ato viciado.”

³⁹ *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 2ª ed., 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2001.

⁴⁰ *O Controle dos Atos...*, p. 66.

⁴¹ *Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões*, RDA n. 231, 2003. *apud.* Gustavo Binenbojm, atualizador de ‘O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário’ de Seabra Fagundes.

De igual maneira leciona Almiro do Couto e Silva⁴², também lembrado por Gustavo Binenbojm, atualizador de “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, de Fagundes, cujas lições valem a transcrição:

“embora inexistente na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limites não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse de proteger a boa-fé e a confiança (*treub und Glaube*) dos administrados (...) Ao dar ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.”

Já os atos irregulares são os assim considerados por carregarem defeitos de pouca monta, de modo que não arranha o interesse público. Geralmente são os vícios de forma ou de solenidade, posto que o conteúdo do ato administrativo permanece inalterado. Exemplo disso, é o caso quando um estabelecimento hospitalar está *autorizado* a funcionar, ao invés de *licenciado*.

2.6. Atos Administrativos Vinculados e Discricionários

Como já dito alhures, a manifestação de vontade estatal se exterioriza perante os administrados através de atos administrativos. Em algumas situações a própria lei determina, de maneira exaustiva, o atuar único e possível da Administração Pública, não lhe conferindo qualquer margem subjetiva sobre nenhum aspecto quanto à prática do ato. Aqui tem-se os chamados atos vinculados. Como contraponto aos atos vinculados, existem os atos discricionários, que, ante a impossibilidade do legislador em prever todas as condutas fáticas e jurídicas com que vão se deparar os agentes estatais, houve por bem em conferir-lhes certa margem de liberdade a respeito da conveniência e oportunidade de sua prática, mas, visando sempre a guarda do interesse público, e dentro dos limites da lei.

Nos dizeres de Fernanda Marinela⁴³,

“atos vinculados ou regradados são aqueles em que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções. (...) Atos discricionários são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Contudo, há

⁴² *Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo*, in *Revista da procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*, v.,18, n. 46, 1988.

⁴³ *Ob. cit.* p. 195/196.

margem de liberdade para que ele possa atuar com base num juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei.”

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴, faz a seguinte ponderação:

“Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como ‘atos praticados no exercício da competência discricionária’, Com efeito, a dicção ‘ato discricionário’, só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricião’ e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.”

Ou seja, a liberdade do agente estatal está no exercício da competência para a prática do ato, e não no ato em si, se manifestando a discricionariedade no poder inerente à Administração em praticá-lo de modo que julgar mais conveniente ao interesse coletivo.

De suma importância bem conceituar “ato vinculado” e “ato discricionário”, haja vista que a imprecisão de seus respectivos conceitos podem levar à confusões, sugerindo uma verdadeira oposição entre os atos vinculados e os discricionários. Celso Antônio adverte⁴⁵,

“Não é o que ocorre, entretanto, pois a discricionariedade não é atributo de ato algum, É apenas a possibilidade – aberta pela dicção legal – de que o agente qualificado para produzi-lo disponha de uma “certa” (ou “relativa”) margem de liberdade, seja para avaliar se efetivamente ocorreram (a) os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam, seja para (b) produzi-lo ou abster-se, seja (c) para eleger seu conteúdo (conceder ou negar, expdir o ato “x” ou “y”), seja (d) para resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo, seja (e) para revesti-lo com a forma tal ou qual. E tudo isso na *medida, extensão e modalidades* que resultem da norma jurídica habilitante e, ademais, apenas quando *comportado pela situação concreta* que lhe esteja anteposta.

Assim, é visível que a noção de discricionariedade não é predicável de um ato propriamente dito, mas da competência que o agente disporá, “in concreto”, para proceder a uma avaliação concernente às condições de sua expedição ou conteúdo.”

Não obstante a margem de atuação conferida pela lei ao agente estatal competente para a prática do ato, é certo, a bem da verdade, que não existe ato administrativo totalmente discricionário, uma vez que o ato sempre contará com alguns elementos vinculados (sujeito competente, forma e finalidade), sendo os elementos discricionários o

⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 400.

⁴⁵ “Relatividade” da Competência Discricionária. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2007.

motivo e o objeto. Daí a pacífica e tranqüila coexistência, dentro de um mesmo ato administrativo, da discricionariedade e vinculação.

Ainda que a lei deixe algum espaço para o exercício de competência discricionária, a margem de liberdade do agente estatal deverá estar vinculada ao interesse público prevalente sobre o interesse privado.

Calha aqui abrir um parênteses apenas para registrar críticas e questionamentos a respeito da existência da supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na obra coordenada por Daniel Sarmiento⁴⁶. Apóiam os diversos autores da referida obra que a supremacia do interesse público não mais deve subsistir, porquanto reveladora de uma concepção autoritária do direito administrativo.⁴⁷ Defendendo posição diversa está Iuri Mattos de Carvalho⁴⁸, afirmando que,

“Apesar do vigor dos argumentos apresentados, os autores das críticas, infelizmente, não consideraram que as recentes reformulações do princípio, efetuadas por uma significativa parcela da doutrina administrativa atual, representaram um notável avanço em direção a uma maior controle social dos atos administrativos, na medida em que afirmam a supremacia do interesse público perante os interesses privados e os interesses meramente estatais (os “interesses secundários do Estado”, na já consagrada expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, que foi inspirada na doutrina de Alessi). Longe de justificar posturas autoritárias da Administração, o princípio aponta uma exigência de legitimidade da atuação administrativa, e serve como fundamento para o controle do exercício das competências discricionárias. Na verdade, muitas das críticas atingem tão-somente a utilização indevida do princípio por aqueles que, por desconhecimento ou má-fé, lhe atribuem um sentido antidemocrático.

(...)

Sob pena de arriscar os avanços teóricos alcançados, entendemos que o momento não é de desconstrução. O princípio da supremacia do interesse público, na medida em que pressupõe uma dissociação entre interesse público e interesse estatal, nunca se prestaria para justificar atos abusivos do Estado. Por isso, defender o fim da idéia de supremacia, ao invés de um avanço na direção de uma Administração Pública mais democrática poderia servir de justificação jurídica para a colonização do interesse público por interesses privados.

Ao invés de negar sua existência, devemos combater a utilização indevida do princípio da supremacia do interesse público, que ocorre quando tal princípio é usado para justificar decisões administrativas arbitrárias, ou vinculadas à busca de interesses pessoais. Além disso, devemos aprimorar seu conceito, tornando-o mais apto para servir de fundamento e parâmetro do controle social dos atos administrativos – e com esse propósito, repensar a relação entre o interesse público e os direitos fundamentais.”

⁴⁶ SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris: 2005.

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Op. cit., p. 117/169.

⁴⁸ CARVALHO, Iuri Mattos de. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução*. Revista Diálogo Jurídico, n.16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 13 de dezembro de 2007.

Ou seja, mesmo o ato administrativo que a lei repute alguma margem de discricionariedade à autoridade competente para emití-lo, haverá sempre algum aspecto vinculado, mesmo no que se refere ao mérito propriamente dito, eis que deverá o ato ser emitido sem se afastar do interesse público (vinculado).

Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, faz interessante ponderação⁴⁹:

“A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discricção, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.

(...)

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstracto* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com o apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.

Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida.”

Tendo em vista a conceituação dada aos atos vinculados e discricionário, é possível concluir que somente existe, de fato, mérito administrativo nos atos discricionários, porquanto os vinculados estão, sob todos os aspectos, previstos na lei. Somente no momento em que o agente estatal, muito embora autorizado pela lei, exerce o juízo de conveniência e oportunidade (discricionariedade – motivo e objeto), é que se verifica o mérito administrativo, cuja possibilidade de sindicabilidade varia tanto maior ou menor for a discricionariedade conferida ao agente diante de um caso concreto.

⁴⁹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 893.

É justamente a respeito do controle do mérito do ato administrativo e dos remédios processuais colocados à disposição dos administrados que passaremos e discorrer nas linhas adiantes.

3. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

3.1. Sistemas de Controle; 3.2. Controle Judicial Especial; 3.2.1. Atos Políticos; 3.2.2. Atos Normativos; 3.2.3. Atos *inter corporis*; 3.3 Controle do Mérito do Ato Administrativo; 3.4. O Princípio da Legalidade; 3.4.1. Da Crise do Princípio da Legalidade – “A erosão do mito”; 3.4.2. O Neoconstitucionalismo: Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade Administrativa; 3.5. Quanto à legitimidade dos juízes para o efetivo controle da administração em face do princípio da juridicidade administrativa.

A Administração Pública, considerada em sentido amplo, é o conjunto dos entes que exercem a atividade administrativa, compreendendo “pessoas jurídicas, órgãos ou agentes públicos, incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa”⁵⁰. Apesar de ser preponderante do Poder Executivo a atividade administrativa, o Legislativo e o Judiciário, excepcionalmente, também a exercerão, respeitada a separação dos Poderes estabelecida pela Constituição Federal. Portanto, a Administração Pública é composta pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário quando exerçam atividade tipicamente administrativa.

No exercício desta atividade, a Administração Pública não está livre para agir da maneira que bem entender, não obstante a presunção de legitimidade de seus atos. Todavia, esta presunção é *juris tantum*, o que torna a Administração passível de controle pelos três Poderes que compõe o nosso Estado de Direito. Esse controle nada mais é do pré-condição para que essa presunção se mostre como algo verdadeiro.

Essa subordinação à lei é o que chamamos de princípio da legalidade, ou seja, a Administração Pública só pode fazer o que é permitido pela lei. Nesse princípio, assim como nos princípios da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência, todos consagrados no art. 37, *caput*, da atual Constituição Federal, é que a Administração deve buscar o norte para exercer corretamente sua atividade administrativa. Mesmo em relação aos atos discricionários, quando a lei estabelece uma margem limitada de atuação

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 54.

discricionária da Administração Pública, em que prevalecem os aspectos da oportunidade e conveniência, não devem ser ultrapassados esses limites sob pena de revisão desses atos pelos demais poderes.

O controle da Administração tem, então, por alvo evitar que a Administração Pública atue em dissonância com o ordenamento jurídico, desrespeitando os princípios constitucionais aos quais deve subsumir-se. É um poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função. Dada à sua finalidade corretiva, “ele não poder ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu”⁵¹. Qualquer ação estatal não condizente com as normas legais ou que ultrapasse os limites estabelecidos pela lei é injurídica e expõe-se à anulação.

Com base nisso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define o controle da Administração Pública como “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciários, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua conduta com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.”⁵²

Várias são as modalidades de controle, havendo diversos critérios para classificá-los.

Classifica-se o controle, quanto ao órgão que o exerce, em: a) administrativo; b) legislativo e c) judiciário. O controle administrativo ou autocontrole é o exercido pela própria Administração sobre suas atividades administrativas, com o fim de confirmá-las ou desfazê-las, conforme sejam ou não legais, convenientes, oportunas e eficientes. O controle legislativo ou parlamentar é aquele feito pelos órgãos legislativos, auxiliados pelo Tribunal de Contas respectivos, sobre os atos da Administração Pública.

Tendo-se em vista o objeto, o controle pode ser de legalidade e de mérito. O controle de mérito consiste em aferir se os atos administrativos adequam-se ou não ao ordenamento jurídico, confirmando-os ou desfazendo-os. Afere-se se a atuação da Administração Pública é compatível ao princípio da legalidade, consagrado no art. 37 da Constituição Federal. Já o controle de mérito, no dizer de Diógenes Gasparini, “é o que se preordena a verificar a conformação, ou não, da atuação administrativa com a conveniência, a oportunidade e a eficiência da própria atuação administrativa para mantê-la ou desfazê-la”⁵³. Cabe somente à própria Administração esse controle.

⁵¹ DI PIETRO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p.575.

⁵² DI PIETRO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 576.

⁵³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 532.

Segundo o momento em que são feitos, são prévios, concomitantes ou posteriores.

Quanto à localização do órgão que os realiza, podem ser internos ou externos. O controle interno é o que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. Dá-se o controle externo quando quem o exerce é entidade estranha à controlada.

Hely Lopes Meirelles classifica, ainda, o controle em hierárquico e finalístico. O primeiro, segundo o mestre, “é o que resulta sistematicamente do escalonamento vertical dos órgãos do Executivo, em que os inferiores estão subordinados aos superiores”. O segundo, “o que a norma legal estabelece para as entidades autônomas, indicando a autoridade controladora, as faculdade a serem exercitadas e as finalidades objetivas.”⁵⁴

3.1. Sistemas de Controle

Os ordenamentos jurídicos são em tantos números quantos são os países existentes no mundo. De igual forma, cada um possui seus instrumentos respectivos e característicos, previstos no ordenamento, para exercer o controle judicial dos atos administrativos, de modo a fiscalizar e corrigir eventuais ilegalidades.

Por sistema de controle judicial da Administração entende-se “o regime adotado pelo Estado para a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo.”⁵⁵

Com algumas poucas ou nenhuma variação do controle dos atos estatais pelo Poder Judiciário, o fato é que podemos subdividir essas formas de controle em dois grandes métodos: o contencioso administrativo e o da unidade de jurisdição.

O sistema do contencioso administrativo, sistema de jurisdição dual ou sistema francês, como o próprio nome indica tem origem na França, e é dotado em diversos outros países⁵⁶, como Itália, Alemanha e Uruguai. Esse sistema comporta duas justiças, duas ordens jurisdicionais: uma cabe ao Poder Judiciário, outra ao contencioso Administrativo, organismo próprio do Poder Executivo, a quem compete conhecer e julgar, em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública for parte (ativa ou passiva) ou terceira interessada. Ao Poder Judiciário cabe solucionar as demais lides.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 545.

⁵⁵ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*. cit. p. 53.

⁵⁶ “A Revolução (1789), imbuída de liberalismo e ciosa da independência dos Poderes, pregada por Montesquieu, encontrou ambiente propício para separar a Justiça Comum da Administração, com o quê atendeu não só ao desejo de seus doutrinadores como aos anseios do povo já descrente da ingerência judiciária nos negócios do Estado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 53.)

Criou-se, assim, uma justiça própria para a Administração Pública, totalmente desvinculada do Poder Judiciário, tendo como órgão supremo o Conselho de Estado (Conseil D'Etat), a quem sujeitam-se os tribunais administrativos, detendo plena jurisdição em matéria administrativa e funcionando como juízo de apelação, juízo de cassação e juízo originário e único de certos litígios administrativos.

Por outro lado, no sistema de jurisdição única, também chamado de sistema judiciário ou inglês, adotado pelo direito brasileiro, o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional; somente ele pode apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça a direitos individuais ou coletivos. É o que dispõe a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, que veda à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Há, portanto, uma nítida separação do Poder Judiciário e do Poder Executivo, tornando incompatível o exercício de funções judiciais por órgãos administrativos.

“Assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instância da parte interessada, controla in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.”⁵⁷

Os julgados do tribunal administrativo, assim como ocorre nos do Poder Judiciário, também ganham a aura da coisa julgada. Ou seja, não cabe ao Poder Judiciário a reapreciação dos julgados do tribunal administrativo sob qualquer pretexto.

Os defensores do sistema do contencioso administrativo tem como principal argumento o fato de que a apreciação de conflitos de natureza administrativa é feita por órgãos especializados, de modo que há mais acertos na averiguação e controle da legalidade, terminando, assim, por desenvolver todo o ordenamento no que se refere ao Direito Administrativo.

O sistema de unidade de jurisdição, adotado no Brasil, também conhecido como “Sistema Inglês”, julga todo e qualquer litígio existente na sociedade, desde que colocado à sua apreciação. Em outras palavras, ao Poder Judiciário cabe conhecer e julgar os litígios entre os particulares, entre si, ou entre esses e a administração pública. Suas decisões são em caráter definitivo, não cabendo a nenhum outro poder reapreciá-los.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 128.

Os que defendem tal sistema o fazem dizendo que os julgados presumidamente são mais imparciais, porquanto as partes litigantes são colocadas em igualdade processual na resolução de seus conflitos.

3.2. Controle Judicial Especial

Em decorrência de sua origem, fundamento, natureza ou objeto, alguns atos administrativos não estão sujeitos ao controle judicial comum, sendo revisados, porém, com maiores restrições. É o chamado controle judicial especial, ao qual estão sujeitos os atos políticos, os atos normativos e os *interna corporis*.

3.2.1. Atos políticos

Na vigência da Constituição de 1934, o ato político, concebido como “aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais”⁵⁸, era insuscetível de qualquer controle por parte do Poder Judiciário. Aos poucos essa concepção foi sendo superada, reconhecendo-se que o ato político poderia, em alguns casos, lesionar direitos individuais. Estabeleceu-se, então, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁹, a distinção entre os atos exclusivamente políticos, que não afetam direitos individuais, e atos quase políticos, que apesar de dizerem respeito aos interesses superiores do Estado afetam direitos individuais.

Atualmente, com o advento da Constituição de 1988, que em seu art. 5º, inciso XXXV, proibiu a exclusão da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo, confirmou-se a competência do Judiciário para a apreciação dos atos exclusivamente políticos, que por serem atos governamentais por excelência e com uma grande parcela de discricionariedade, maiores restrições existem para o seu controle judicial.

É justamente por esta discricionariedade atribuída aos atos políticos, que nada mais são do que os atos de governo de quaisquer dos Poderes, que mais restrita é a sua apreciação pelo Poder Judiciário. O que não significa que o Poder Público possa agir em desconformidade com o estabelecido na lei, cometendo arbitrariedades e atos que impliquem abuso de poder. Da mesma forma que o Poder Judiciário não pode apreciar o

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 593.

⁵⁹ *Ob. cit.*

mérito dos atos administrativos em geral, não pode muito menos em relação aos atos políticos, pelos quais é dado à Administração Pública ampla liberdade de atuação.

Todavia, quando o ato político exceder os limites da discricionariedade estabelecido ao órgão ou agente que o praticou, violado direito individual ou coletivo, será examinado pelo Poder Judiciário para que se desfaça o ato ilegal cometido.

3.2.2. Atos normativos

Como não afetam diretamente direitos individuais, os atos normativos da Administração Pública, que são atos administrativos propriamente ditos, desprovidos que estão do “caráter de concreção”⁶⁰, não ficam sujeitos ao controle judicial pelos meios processuais comuns. A anulação de um ato normativo (lei, regulamento, resolução, portaria e etc.) dá-se por via de ação direta de constitucionalidade e, também, pela ação declaratória de constitucionalidade.

Todavia, poderão ser invalidados através de mandado de segurança e da ação popular, os atos normativos de efeitos concretos que, ao contrário dos atos normativos gerais, atingem direitos individuais. Assim, por exemplo, poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário, quanto à sua legalidade, um decreto de desapropriação, por atingir o direito de propriedade do desapropriado.

3.2.3. Atos *interna corporis*

Os atos *interna corporis* das Câmaras poderiam ser definidos como aquelas questões ou assuntos que entendem diretamente e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara⁶¹. Assim, à primeira vista, seriam estes atos inatacáveis pelo Poder Judiciário, por dizerem respeito somente às deliberações internas, regimentais, da Câmara que o expediu.

Mas não pode, qualquer das Câmaras, valer-se dos *interna corporis* para afrontar o princípio da legalidade, desrespeitando a Constituição. Os regimentos das corporações legislativas devem estar em consonância com os princípios constitucionais, sendo passíveis de controle pelo Poder Judiciário quando contrariarem esses princípios.

⁶⁰ BASTOS, *Curso de Direito Administrativo*, cit. p. 339.

⁶¹ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit. p. 583.

3.3. O Controle do Mérito do Ato Administrativo

O mérito do ato administrativo é existente somente nos atos discricionários, mais precisamente no tocante ao seu objeto e motivo, que, por sua vez, são estabelecidos segundo os critérios de conveniência e oportunidade do administrador, visando sempre a melhor forma de atender o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² define o mérito do ato administrativo como o

“campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.”

Ainda há alguns posicionamentos doutrinários divergentes acerca da possibilidade do Poder Judiciário sindicarem o mérito (objeto e motivo) do ato administrativo. Para José dos Santos Carvalho Filho:⁶³

“o Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, ‘faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.”

No entanto, embora fundamentado no princípio constitucional de separação dos poderes, não me parece que a posição de José dos Santos Carvalho Filho seja a mais acertada, ou, pelo menos, não deve ser entendida nos estritos termos como foi posta pelo autor, de modo que a apreciação do mérito administrativo é possível, desde que esse mérito se mostre em desacordo com a lei ou em flagrante afronta ao texto constitucional ou aos princípios ali existentes, principalmente se se tratar de efetivação dos direitos fundamentais, sendo certo, todavia, que ainda há espaço, reduzido é verdade, para o administrador público de certa margem de discricionariedade sem que possa haver intervenção de Poder Judiciário sobre seus critérios de conveniência e oportunidade,

⁶² *Curso de Direito Administrativo*, p. 894/895.

⁶³ *Manual de Direito Administrativo*, p. 112.

dependendo da natureza jurídica da matéria em questão e no grau de importância dada a ela no corpo do texto constitucional.

Ou seja, o Poder Judiciário só poderá adentrar no mérito administrativo se este for, em última análise, considerado como ilegal, porquanto violador da lei e/ou da Constituição, aqui compreendido também os seus princípios. Isso por que, num Estado Democrático de Direito, o Estado necessariamente, no seu agir, tem de se conformar à ordem jurídica colocada por ele próprio através de um dos seus Poderes investido para tanto, o Poder Legislativo, enaltecendo, dessa forma, o princípio da legalidade.

3.4. O Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade manifesta-se na excelência de que todo o atuar da administração pública deve guardar total observância à lei para que seja considerado válido, dela não podendo afastar-se o agente estatal sob pena de arriscar-se à responsabilização pessoal e de invalidação do ato emitido sem a observância dos preceitos legais e constitucionais.

Segundo o magistério de José dos Santos Carvalho Filho⁶⁴, “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”

No atuar administrativo deve sempre haver uma vinculação positiva à lei⁶⁵, assim como está na lição de Miguel Seabra Fagundes⁶⁶, “administrar é aplicar a lei de ofício”, traduzindo-se na visão tradicional do princípio da legalidade. Embora a atuação da administração pública deva ser pautada pelo ordenamento jurídico, não é o caso de dizer que ela é uma mera aplicadora mecânica dos comandos normativos. Entender desse modo seria emprestar uma visão aviltada do Poder Executivo.

Hans Kelsen, citado por Gustavo Binenbojm⁶⁷, diz que mesmo a atividade de interpretação da lei comporta sempre uma margem autônoma de criação, daí poder afirmar que mesmo os ditos regulamentos de execução expressam também algum conteúdo volitivo da Administração Pública.

⁶⁴ *Manual de Direito Administrativo*, p. 14.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 34.

⁶⁶ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 3.

⁶⁷ *Ob. cit.* p. 35.

Também citado⁶⁸ por Gustavo Binenbojm, essa é a percepção de Almiro do Couto e Silva a respeito da atividade mecanizada da administração pública na aplicação das⁶⁹ leis:

“a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.”

Ainda, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez,

“La legalidad de la Admisnitración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su cindición de organización burcrática y racionalizada: es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerze um ciudadano a soportar lo que la ley no permite no solo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a um acto administrativo ilegal es, em último extremo, uma defensa de la libertad de quien há resultado injustamente afectado por dicho acto.”

Todavia, o que se tem constatado, já algum tempo no exterior – principalmente na Europa, e mais recentemente no Brasil -, o princípio da legalidade, tal como compreendido na primeira metade desse século, está passando por uma profunda transformação, haja vista que os conceitos que o legitimam passam por uma crise de legitimação da lei vinculativa da atuação do Poder Público.

3.4.1. Da Crise do Princípio da Legalidade – “A erosão do mito”

O novo objetivo da doutrina administrativista é colorir com outras cores o princípio da legalidade, de forma a encontrar outros métodos a legitimá-lo. Hodiernamente, não mais pode persistir o entendimento de que a lei representa o que é justo.

A crise do princípio da legalidade pode ser explicada, dentre outras formas, pelo modo como é realizada a política legislativa atualmente, havendo vozes propondo a alteração da denominação de Estado-legislador para Estado-administrador.⁷⁰

⁶⁸ *Ob. cit.* p. 35. Almiro do Couto e Silva, *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, Revista de Direito Administrativo n. 179/180, p. 53.

⁶⁹ *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madri, Civitas, 1981, p. 48.

Antigamente a vontade geral se concentrava no parlamento, cuja legitimidade se encontrava no modo de formação de sua composição, através do sufrágio universal. A lei, enquanto feita pelo parlamento, era tida como um produto da razão porquanto expressava a vontade popular através de seus representantes, daí ser revestida de um mito de perfeição: “o império da lei”⁷¹. Dessa forma, a lei era considerada como o meio de garantir os direitos do cidadão perante o poder público, vinculando-o aos preceitos legais.

Nos assuntos em que o Estado julgava necessidade em intervir, a lei não conhecia limites no seu campo de atuação, podendo o poder estatal deliberar sobre qualquer assunto que julgasse conveniente, uma vez que os textos constitucionais possuíam apenas caráter diretivo, não existindo qualquer forma de controle judicial de sua validade jurídica, o que terminou por conduzir a um mito de perfeição da lei.

No decorrer do século XX, essa divinização da lei foi sendo pouco a pouco mitigada por basicamente dois fatores: a evolução do modelo de Estado e a mudança do valor e significado da Constituição.

A mudança do valor e do significado da Constituição se deu, em primeiro lugar, através da alteração dos textos constitucionais flexíveis para um modelo de constituições rígidas, invertendo-se, assim, a posição de hierarquia da lei na ordem de fonte primeira do Direito. Paulo Otero⁷² ensina:

“se no âmbito de Constituições flexíveis a lei ocupava o vértice do sistema normativo, desconhecendo quaisquer limites à sua soberania decisória, o certo é que a difusão de um modelo de Constituições rígidas, fazendo de cada uma delas a fonte prevalecente do todo o ordenamento jurídico-positivo, veio colocar limites procedimentais e materiais ao exercício da função legislativa, transformando a lei num acto subordinado.”

Em segundo lugar, o mito da perfeição da lei foi reduzido também pela passagem do Estado liberal, onde a regra era a neutralidade intervencionista, em contraposição com a atitude voluntarista do Estado social, de prestação e afirmação de serviços sociais e garantias dos direitos fundamentais, ocorrendo uma verdadeira redução da liberdade decisória do legislador, uma vez que, a partir de então, a produção legislativa deveria se dar de acordo com os imperativos e princípios constitucionais prestacionais.

⁷⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 158.

⁷¹ Paulo Otero, *ob. cit.* p. 153

⁷² Paulo Otero, *ob. cit.*, p. 155.

A evolução do modelo de Estado – de liberal para o social – pela própria razão de legitimação da existência do Estado, provocou um enorme aumento de demandas nas áreas sociais e econômicas que careciam de intervenção estatal. Antes o Estado ficava alheio a tais conflitos de modo que a produção legislativa, fruto da razoabilidade do parlamento, era suficiente para suprir todas as poucas áreas em que era chamado a intervir.

Com as acrescidas necessidades coletivas confiadas ao Estado, exigindo deste uma rapidez e especialização na solução dos conflitos, o Poder Legislativo mostrou-se incapaz de responder aos reclamos sociais, não servindo mais o longo e demorado processo legislativo para suprir todas as carências coletivas, cada vez mais especializadas. Pertinente a lição de Gustavo Binbenjón⁷³:

“Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal.”

Não se trata, entretanto, apenas da lentidão do parlamento em responder aos conflitos sociais. Com o crescimento da atividade estatal a própria lei não teve mais como prever todas as possibilidades coletivas e nem definir processos concretos a serem seguidos para a satisfação social. Se as previsões normativas fossem petrificadas, nesse novo Estado Social, as leis seriam efêmeras, eis que disso resultaria em sua rápida desatualização e não mais atenderia as demandas sempre mutante do corpo social, impingindo ao direito um rápido processo de senilidade.

Ante a impossibilidade material das leis em definir com exatidão e concretude todos os acontecimentos do meio social, a alternativa encontrada foi a produção legislativa com alguns conceitos vagos, fluidos, imprecisos, mais conhecidos como conceitos jurídicos indeterminados.

Esse sistema “aberto” funda-se na ponderação de interesses, bens e valores competidores entre si, mas, pode, também, colocar em xeque valores como o da segurança jurídica. É justamente nesse contexto onde a densidade legislativa é diminuída que ganha corpo a tarefa interpretativa e aplicativa das leis pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Somada à impossibilidade da lei em regular todos os conflitos sociais ante o premente aumento das funções estatais no Estado do Bem Estar Social (Welfare State),

⁷³ *Ob. cit.* p. 35.

também contribuem para acabar com a “divinização” da lei a crise representativa dos parlamentos e “a própria crise da idéia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado.”⁷⁴

Ou seja, atualmente é duvidoso se a lei realmente representa a vontade popular e se a mesma é definidora do comportamento da vida dos cidadãos e do Estado. Patrícia Baptista⁷⁵ apresenta um rol de motivos pelos quais o princípio da legalidade vem perdendo espaço. São eles: as maiorias parlamentares limitam-se a representar apenas as categorias sociais capazes de influir no processo político, o processo legislativo vem sendo amplamente dominado pelo Poder Executivo e a progressiva complexidade da vida moderna e diversificação do papel do Estado, ocasionando um inflação legislativa.

Para Gustavo Binenbojm⁷⁶ são cinco os motivos que levaram a crise da legalidade administrativa: (I) a banalização da lei em virtude da inflação legislativa, perdendo esta o respeito nutrido pelo povo desde o período iluminista; (II) a constatação histórica de que a lei não representa necessariamente a justiça, sendo irrefutável que os critérios formais de validade do direito acabaram por legitimar as maiores iniquidades do século XX; (III) a constitucionalização do direito, com a elevação do significado da Constituição, após o segundo pós-guerra, não sendo mais a lei a mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo, deixando bastante evidente que

“com a elevação do significado da Constituição e com o consenso, quase universal, não só da sua superioridade formal, como também de sua ascendência axiológica sobre todo o ordenamento jurídico, há uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica.”

De modo que a Constituição passou a ser interpretada como norma habilitadora da atuação administrativa prescindindo mesmo da existência da lei; (IV) a criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais aptos a servirem de fundamento para a atuação administrativa. Conforme explica Eros Roberto Grau,⁷⁷ “a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.” O Estado regulatório deve estar capacitado para resolver as questões técnicas no mínimo espaço de tempo possível, não podendo a lei, com seu demorado processo

⁷⁴ Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 125.

⁷⁵ *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro Renovar 2003 p.99.

⁷⁶ *Ob. cit.*, p.127 e ss.

⁷⁷ Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2002, p. 179.

legislativo, servir de instrumento capaz de tratar dessas questões, cabendo ao administrador público fazê-lo e (V) consiste no fato do Poder Executivo, de uma forma ou de outra, controlar o processo legislativo. Isso se dá através da reserva de iniciativa a respeito de algumas matérias relevantes, inclusive com vedação a emendas propostas por parlamentares; a possibilidade de trancamento da pauta do Poder Legislativo, através de apresentação de Medidas Provisórias, nem sempre revestidas dos requisitos da urgência e premente necessidade e através da afirmação de bases parlamentares que aprovam ou rejeitam o que o Poder Executivo deseja.

Pelas razões acima citadas, termina o Poder Legislativo ficando de genuflexão diante do Poder Executivo, comprometendo todo o sentido de lei formal, esta entendida como limitadora da atuação administrativa, haja vista que o próprio Poder Público é quem possui os instrumentos de sua vinculação, não servindo mais a lei como protetora dos cidadãos.

Karl Loewenstein⁷⁸ afirmava que “nada mostra mais claramente a superação da tradicional ‘separação de poderes’ que a posição do Governo no processo legislativo (...) em lugar de estar excluído do processo legislativo, o governo está inseparavelmente unido a ele.”

Na verdade, não há mais uma contraposição entre os Poderes Legislativo e Executivo, natural num regime democrática. A vinculação administrativa através das leis passou a ser nada mais do que uma autovinculação estatal de si mesmo. Restou, então, ao Poder Judiciário contrapor-se aos demais Poderes da República, donde há a transposição do princípio da legalidade (vinculação administrativa à lei) para o princípio da juridicidade administrativa (vinculação às diretrizes e normas constitucionais), o que se denominou, na década de 90, de novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo.

Paulo Otero⁷⁹ sintetiza a questão afirmando que

“a legalidade administrativa deixa de ser apenas aquilo que o legislador diz, segundo impunham os postulados teóricos do princípio da separação de poderes, podendo também ser aquilo que a Administração Pública ou os tribunais entendem que o legislador diz ou que a lei permite que eles digam ser o Direito vinculativo da Administração Pública.”

⁷⁸ *Teoría de la Constitución*, 1965, p. 268/269, *apud* Gustavo Binbenbujm.

⁷⁹ *Constituição e Legalidade Administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V.; LENZA, Pedro (coord.). *Constituição Federal: mutação e evolução*. Editora Método, 2003, p. 160.

3.4.2. O Neoconstitucionalismo: Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade Administrativa

De todo conveniente ressaltar a possibilidade de dupla interpretação da terminologia “neoconstitucionalismo”. Sobre o tema, assim se manifestou Paolo Comanducci:⁸⁰

“Me parece oportuno subrayar desde el inicio, a fin de evitar ambigüedades em el análisis que me propongo cumplir, el doble significado vehiculado por los términos “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”. Designan, em una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o um método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designan em cambio algunos elementos estructurales de um sistema jurídico y político, que son descritos y explicados poe el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. Em esta segunda acepción, “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan um modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados em um sistema jurídico-político históricamente determinado, que limiten los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.”

O neoconstitucionalismo consiste na mudança de paradigma interpretativo regente e vinculativo da atuação administrativa e da sociedade como um todo, passando a Constituição a ocupar o ápice normativo em substituição às leis feitas pelos parlamentos. A Constituição, que não era considerada verdadeiramente uma norma jurídica provida de imperatividade e congência, passou a ser entendida como norma jurídica dotada de eficácia e aplicabilidade direta,⁸¹ havendo, dessa forma, o que Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco alude de “Mutação Constitucional”.⁸²

A ascensão da Constitui o em contraface ao declínio da lei teve início após o segundo pós-guerra, mais como uma rea o às “legítimas”⁸³ práticas desumanas levadas a

⁸⁰ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Revista de teoría y filosofía del derecho, Isonomía, n. 16, abr. 2002, pp. 89-112. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2007.

⁸¹ BINENBJOM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p. 62/63.

⁸² *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220: “...em virtude de uma evolu o na situa o de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constitui o muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modifica o alguma. O texto   o mesmo, mas o sentido que lhe   atribuído   outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em muta o constitucional.”

⁸³ As aspas se justificam por que apesar de sabidamente desumana as condutas governamentais operadas na Alemanha Nazista e na Itália Fascista, em face de algumas classes sociais ou grupos religiosos, principalmente

cabo pelos nazi-fascistas, fixando limites jurídicos mínimos para o Poder Público preservando os cidadãos, inclusive de governos futuros.

No Brasil, esse movimento ganhou vida na década de 90, após a promulgação da Constituição de 1988. O atraso brasileiro para chegar a esse novo constitucionalismo se deu em virtude das duas décadas que o País viveu sob o regime da ditadura militar que, sabidamente, não observava os princípios previstos nas várias constituições vigentes no período de 1964 a 1984, inclusive cassando e perseguindo políticos e parlamentares que lhes fosse opositor.

O neoconstitucionalismo consiste basicamente, sob a ótica metodológica-formal, na (I) normatividade da Constituição, sendo suas disposições armadas de imperatividade; (II) supremacia do texto constitucional face as demais disposições legais e (III) centralidade da Constituição no sistema jurídico, devendo todos os ramos do Direito serem interpretados à luz de suas disposições. Sob o aspecto material: (I) na incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e (II) expansão de conflitos específicos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do texto constitucional.⁸⁴

Para Luis Prieto Sanchís,⁸⁵

“Desde la perspectiva de la discrecionalidad, los principios representen un rostro jánico. De un lado, y por mucha fé que se tenga em la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas. Sin embargo, de otra parte que es la que ahora más interesa, lo que parecen hacer los pincipios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad del legislador. En el esquema del positivismo kelseniano la Constitución era fundamentalmente una Constitución de reglas formales, de manera que allí donde éstas no resultaban concluyentes o sencillamente apracían como irrelevantes por su falta de contenido material se abria una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal. Em el esquema del constitucionalismo contemporâneo, em cambio, el sistema queda por sí decirlo saturado mediante los principios, hasta el punto de que puede afirmarse que ningún problema o conflicto jurídico más o menos serio dejará de encontrar alguna orientación de sentido em la amplia panoplia de principios; com la particularidad de que estos principios, qua antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos em manos del juez. La conclusión puede formularse así: la rematerialización de la

os judeus, estas gozavam de autorização legislativa feitas pelos respectivos parlamentos. A grosso modo e formalmente analisadas, as detestáveis práticas de extermínio estavam dentro da legalidade.

⁸⁴BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan/fev/mar 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf>. Acesso em: 24 maio 2007.

⁸⁵ Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, n. 23, 2000, p. 161-195. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12383873132368273109213/Doxa23_08.pdf>.

Acesso em: 23 outubro de 2007.

Constitución através de los principios supone um desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial. Bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador há sido siempre unadiscrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeniada por una depurada argumentación racional.

Em el fondo, lo que se há producido es uma distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por Kelson: la Constitución ya no es solo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar em su conjunto el orden social.”

Partindo dessa perspectiva, constata-se uma supremacia material da Constituição não mais precisando da lei para efetivar seus mandamentos. Houve uma verdadeira emancipação da Constituição em relação à lei. Por integrar à ordem jurídica princípios de dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade,⁸⁶ a Constituição os colocou a salvo de maiorias legislativas de ocasião.

Dessa forma, pode-se denominar o princípio da juridicidade administrativa como sendo a vinculação do Poder Público aos comandos e preceitos constitucionais não havendo mais a necessidade de vinculação somente à lei, porquanto o próprio texto constitucional é dotado de imperatividade, devendo os atos administrativos serem proferidos, interpretados e, se for o caso, julgados visando sempre o atendimento dos princípios previstos no texto magno.

“A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).”

3.5. Quanto à legitimidade dos juízes para o efetivo controle da administração em face do princípio da juridicidade administrativa.

Com a evolução do constitucionalismo – passando a Constituição ser o ponto central de onde deve irradiar todo o atuar administrativo – ponto que ganha particular relevância é o papel e limites da atuação jurisdicional. É que, sabidamente, o Poder

⁸⁶ Gustavo Binenbojm, *ob. cit.* p. 64.

Legislativo perdeu força no seu papel fiscalizador e limitador do Poder Público através da edição de leis. O Poder Executivo, vez por outra capitaneado por uma claqué de políticos nem sempre revestidos de objetivos confessáveis, passou a encontrar seu ponto contraposto exatamente no Poder Judiciário. Mas, até onde o Poder Judiciário pode ir na sua função substitutiva da vontade do Poder Público? As decisões proferidas pelo Poder Judiciário substitutivas da vontade do Poder Executivo gozam de legitimidade ante o novo panorama constitucional, porquanto o modo de investidura dos juízes não provêm da vontade da maioria?

Tal problemática não passou despercebido para Luis Prieto Sanchis⁸⁷, quando afirma:

“El nucleo de la cuestión es fácil de adivinar: si la ley es la expresión de la voluntad general y está “no puede enajenarse jamás”, ¿em nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿qué legitimidad ostenta um cuerpo judicial para limitar o someter a las mayorías parlamentaristas?, ¿ cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?.

Estas son antiguas objeciones constatemente renovadas que encierran em sí el nucleo fundamental del problema constitucional e su garantías.”

Os argumentos contrários à legitimidade dos juízes em exercer o controle dos atos administrativos passam necessariamente pela questão do modo de investidura dos magistrados no poder e na definição dos limites constitucionais de suas funções.

A Constituição prevê que as escolhas orçamentárias na utilização dos recursos públicos sejam realizadas pelos representantes do povo eleitos democraticamente.⁸⁸ É sabido que o modo de investidura dos juízes no poder não se dá através do voto direto, mas sim através de concursos públicos ou nomeação do chefe do Poder Executivo Federal, no caso dos Tribunais Superiores, pouco ou nada importando a opinião da maioria quanto à nomeação dos magistrados, de modo que a decisão substitutiva da vontade do Poder Executivo pelo Poder Judiciário se ressentiria de verdadeira legitimidade democrática. No controle dos atos essencialmente políticos, não poderia o juiz agir com imparcialidade, eis que a imparcialidade não é possível no campo minado que é a política.

De mais a mais, as funções constitucionalmente previstas para a magistratura não permitem o controle do mérito do ato administrativo, sob pena de ingerência sobre outro

⁸⁷ Tribunal constitucional y positivismo jurídico. Doxa, n. 23, 2000, p. 161-195. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12383873132368273109213/Doxa23_08.pdf>. Acesso em: 23 outubro de 2007.

⁸⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 52.

Poder legitimamente instituído. Do contrário, haveria um agravamento do déficit democrático, na medida em que os juízes, que têm como função primeira julgar, acabariam exercendo poderes eminentemente políticos. Tal preocupação não passou despercebida para Paulo Otero⁸⁹ quando afirma,

“os tribunais não podem, apesar de ou ainda que esteja em causa a garantia de direitos subjectivos e de interesses legítimos, assumir uma postura finalístico-estratégica materialmente típica da função administrativa (...).

Neste contexto se alicerça a existência necessária de um espaço de reserva decisória a favor da Administração que se mostra insusceptível de ser “devorado” ou “invadido” primariamente pelos tribunais, sob pena de um modelo tecnocrático da função judicial, transformando o juiz em administrador do Estado-providência, subverter o sentido último da função judicial no quadro do Estado de Direito: uma hipervalorização do papel do juiz, negando a existência de um reserva de Administração face ao poder judicial, perverterá o Estado de Direito num Estado judicial; regressar-se-á por esta via, a uma fase de indiferenciação entre a função judicial e a função administrativa, agora sob a égide de um verdadeiro “governo de juízes”.

Nesse sentido, pertinente o excerto do julgado do STJ:⁹⁰

“Ação Civil Pública. Poder Discricionário. Administração. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programa de proteção à criança a aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio da discricionariedade, pois a municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir. Precedentes citados: REsp 169.876/SP, DJ 21.09.1998, e AgREsp 252.083/RJ, DJ 26. 03.2001.”

Se houvesse a possibilidade do Poder Judiciário controlar e definir os critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, inclusive os políticos, surgiria um outro dilema: quem controlará os controladores?⁹¹

Os argumentos contrários à possibilidade do Poder Judiciário sindicar os atos administrativos discricionários, notadamente aqueles que tratam de políticas públicas, não se mostram adequados em face da nova perspectiva constitucional.

A legitimidade democrática do juiz ao proceder julgamentos sobre o mérito dos atos administrativos encontra-se na fundamentação por ele apresentada ao proferir sua

⁸⁹ *Legalidade e Administração Pública*. p. 288/289.

⁹⁰ Rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.12.2003.

⁹¹ Américo Bedê, p. 52, nota de rodapé, adverte: “Observe que se trata de um falso dilema, pois a pergunta, nos termos formulados, leva a um retorno ao infinito, pois sempre se questionaria a legitimidade para o fornecimento da última palavra.”

decisão, devendo, para que a decisão seja legítima, procurar preservar sempre os direitos fundamentais.

Citado por Américo Bedê⁹², Aury Lopes Jr. afirma que

“a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.”

A nova perspectiva constitucional não proporciona a “ditadura dos juízes”, temida por Paulo Otero, mas sim a supremacia dos direitos humanos, colocando-os à margem e a salvo dos debates políticos transitórios.

Na releitura da ordem constitucional, imperiosa se faz a rediscussão do próprio conceito de democracia, não mais concentrando apenas a maioria de votos como fator de legitimação. Democracia é a prevalência da vontade da maioria, desde que preservados os direitos das minorias. É justamente para contrapor à decisão majoritária, através de seus representantes legais, se violadora dos direitos da minoria, é que deve atuar o Poder Judiciário, nem que para isso tenha que compelir o Poder Público a modos de atuação ou omissão que não sejam julgados, por ele Poder Público, como convenientes e oportunos.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente julgou a ADPF n. 45, que, de certa forma, representou um marco nesse novo papel que devem ocupar os juízes Brasil afora, frente ao novo movimento constitucionalista. Pertinente a transcrição de parte da decisão monocrática do Ministro Celso de Melo:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a inviabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”

⁹² *Ob. cit.*, p. 58.

É de todo louvável que assim decida nossos Tribunais Superiores, conclamando aos demais juízes das diversas instâncias do Poder Judiciário a assumir seu verdadeiro papel nessa nova ordem constitucional, não mais se omitindo em enfrentar questões que pertencem, à primeira vista, a outros Poderes da República, sob o falso pretexto do princípio da separação dos poderes, marcadamente se se tratar de direitos fundamentais.

Os magistrados das instâncias ordinárias ainda são bastante tímidos no enfrentamento de tais questões. Espera-se que decisões como a da ADPF 45, encontrem eco por todo o País, promovendo, assim, uma verdadeira revolução de cima pra baixo do Poder Judiciário, como último guardião dos cidadãos frente a atos administrativos violadores dos direitos garantidos constitucionalmente.

4. OS MEIOS ESPECÍFICOS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

O administrado, quando lesado em seus direitos, pode utilizar-se de todas as ações previstas na legislação ordinária para impugnar o ato lesivo da Administração Pública, amparado pelo art 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante a apreciação pelo Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito. Assim, poderá intentar contra a Administração ações possessórias, reivindicatórias, de indenização e etc.

Mas, a Carta Magna prevê ações específicas de controle dos atos da Administração, também chamados remédios constitucionais. Esses remédios específicos visam a impedir ou reprimir a ilegalidade da Administração, invalidando o ato danoso aos direitos dos administrados.

Assim leciona Eduardo Garcia de Enterría:⁹³

“Cuando un ciudadano se vê perjudicado em su âmbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de la ilegalidad, um derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses (...) Por ello la famosa afirmación de Bachof, decisiva em la evolución práctica y em la interpretación de Bachof, decisiva em la evolución práctica y em la interpretación del Derecho alemán, según la qual todas las ventajas (*Begunstigen*) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido em verdaderos derechos subjetivos, expresa um principio capital del actual Estado de Derecho, pero debe matizarse, para evitar posibles equívocos, com la observación de que la constitución de derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino solo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por via reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba.”

São remédios constitucionais que protegem a direitos individuais: o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança individual. O mandado de segurança coletivo, a ação popular e ação civil pública são ações específicas para a defesa dos direitos coletivos ou difusos contra a ilegalidade e arbítrio da Administração Pública.

Com exceção do habeas corpus, que é utilizado na esfera penal, todos os demais meios de controle judicial são exercitados na esfera civil.

⁹³ Ob. cit., p. 50/51.

Como já explicitado alhures, é adotado no Brasil o sistema de jurisdição una, ou seja, compete tão-só ao Poder Judiciário a apreciação à toda lesão ou ameaça de direito, pouco importando as partes contendoras e tampouco a o conteúdo da matéria litigiosa.

4.1 – Habeas Corpus

Parte da doutrina vai buscar no Direito Romano a origem do instituto do habeas corpus, o primeiro remédio previsto para controle jurisdicional de ato da Administração. Qualquer cidadão romano podia reclamar a exibição do homem livre preso ilegalmente, usando da *interdictum de libero homine exhibendo*. A maioria dos autores, porém, sustenta que a origem deste instituto jurídico encontra-se mesmo no direito inglês, mais precisamente no Capítulo XXXIX da Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 19 de junho de 1215.

O habeas corpus surgiu expressamente no Brasil, no âmbito constitucional, pela Carta Magna de 1891, muito embora já existisse implicitamente na Constituição do Império onde proibia qualquer tipo de prisão arbitrária.

A atual Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, inciso LXVIII, diz que:

“Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.”

O habeas corpus, no dizer de Alexandre de Moraes,⁹⁴ “é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou a coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir; vir e ficar.”

A liberdade de locomoção deve ser entendida em sentido amplo, abarcando toda medida de autoridade que possa ensejar constrangimento na liberdade de ir e vir do cidadão. Daí a possibilidade de ajuizamento de habeas corpus, por exemplo, na fase de inquérito policial⁹⁵, que, obviamente, pode desencadear na restrição de livre locomoção da pessoa.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 139.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 503.

A natureza jurídica desse instituto é de ação constitucional de caráter penal de procedimento isento de custas. Não é, portanto, uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.

Qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política, profissional, de idade, sexo, profissão, estado mental, poderá impetrar habeas corpus, em benefício próprio ou alheio. Não há óbice para que dele se utilize menor de idade, doente mental, mesmo sem representação ou assistência. Poderá ajuizar o habeas corpus, também, o analfabeto, desde que alguém assine a petição a rogo. No entanto, os Tribunais têm determinado a intimação pessoal do paciente a fim de que o mesmo esclareça sobre seu interesse na ação ajuizada em seu favor. Nesse mesmo sentido é o art. 192, parágrafo único do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quando diz que “não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente.”

A autoridade administrativa só pode coarctar a liberdade individual pelos modos permitidos expressamente na lei: prisão em flagrante delito, prisão administrativa ou pena criminal restritiva de liberdade.

Assim, contra quaisquer medidas jurídicas ilegais constritivas de liberdade, caberá, habeas corpus, afastando a manifestação abusiva de poder de ato da Administração.

Mesmo que à primeira vista pareça o contrário, o habeas corpus não destina-se ao exame de temas relativos à criminalidade, mas ao da legalidade estrita da atuação da autoridade estatal (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito, tribunal e etc.); visa a nulidade do ato violento ou coativo praticado pela Administração.

O processo de habeas corpus vem disciplinado no Código de Processo Penal, nos arts. 647 a 667, que, dada a natureza do direito envolvido, não foi estipulado prazo para sua impetração, sendo tranqüilo entendimento de que necessita de prova pré-constituída, não servindo o remédio constitucional apto resguardar direitos que demandem dilação probatório, a exemplo do que ocorre no Mandado de Segurança.

Uma particularidade marca o instituto do habeas corpus: ele não é aceito contra punições disciplinares militares, a teor do que dispõe o art. 142, § 2º, da Constituição Federal, tratando-se, pois, de uma exceção frontal que restringe a utilização desse remédio constitucional, mas somente se se almejar discutir o *meritum causae* da decisão disciplinar.

O habeas corpus, pela natureza do direito que visa preservar, é considerado como cláusula pétrea, não podendo, por isso, jamais ser suprimido da ordem jurídica nacional. É

certo que seu uso pode ser restringido – nas exatas hipóteses previstas nos arts. 136 (Estado de Defesa) e 139 (Estado de Sítio), ambos da Constituição Federal -, contudo, jamais pode ser extirpado do mundo jurídico.

4.2 – Habeas Data

A origem remota do habeas data encontra-se na legislação ordinária dos Estados Unidos, por meio do *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, visando possibilitar o acesso de particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público.⁹⁶

Para Hely Lopes Meirelles,⁹⁷ “habeas data é o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para retificação de seus dados pessoais.”

O habeas data foi introduzido no direito brasileiro pelo art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal de 1988, que assim reza:

“Conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidade governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

A Lei 9.507, de 12/11/1997, que disciplina, atualmente, o habeas data, acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além das duas previstas na Constituição: é a hipótese de habeas data “para anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” (art. 7º, inciso III).

Destarte, é o habeas data “o direito que assiste às pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 154.

⁹⁷ *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 255.

seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação.”⁹⁸

O habeas data é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário. Seu objetivo consiste em assegurar: a) o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; b) o direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até a supressão, quando incorretos.

Assim, o habeas data visa a simples informação ou, se o impetrante já a conhecer, a sua retificação; e agora, também, pelo art. 7º da Lei 9.507/97, seu objeto pode ser a anotação de esclarecimentos ou justificativas no registro de dados.

A ação de habeas data poderá ser interposta contra as entidades governamentais da administração pública direta ou indireta, assim como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas. Mas somente as pessoas físicas ou jurídicas interessadas é que têm legitimação jurídica para impetrar o habeas data.

Sob a rubrica de condição de ação, o habeas data exige uma fase pré-processual. Qual seja: a notificação extrajudicial visando obter informações perante ao órgão ou a entidade responsável pelo banco de dados.

4.3 – Mandado de Injunção

O mandado de injunção é previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Nessa nova ordem constitucional, o Mandado de Injunção ganha especial pelos próprios fins a que se destina, não se concebendo mais o “Juiz Pilatos”⁹⁹ que não pretende assumir sua importante missão no novo contexto. O próprio Supremo Tribunal Federal ainda é bastante tímido no uso desse remédio constitucional.

⁹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª . ed. São Paulo: Atlas, p. 154.

⁹⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 59

Embora haja discrepância de grande parte da doutrina, José Afonso da Silva, leciona que:

“O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* na oferece proteção suficiente.”¹⁰⁰

O mandado de injunção “é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”¹⁰¹

Consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que tem por finalidade suprir uma omissão do Poder Público, viabilizando o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade*¹⁰² das normas constitucionais.

Essas duas ações, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se parecem quanto ao objeto. Visam atacar a inércia do Legislativo e do Executivo quanto à produção de lei ou regulamento destinado à implementação de direito constitucionalmente garantido.

Embora pareçam idênticas, as duas ações são distintas e uma não é substituta da outra.

São dois os requisitos para o mandado de injunção: a falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público) e a inviabilização de exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal.

O mandado de injunção terá prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o habeas corpus, o mandado de segurança e o habeas data.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 426.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 586.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 169.

No cenário nacional, o Mandado de Injunção n. 107, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, é considerado o verdadeiro “*leading case*” no que se refere à matéria relativa à omissão legislativa. A partir do mandado de injunção n. 107, a Corte Suprema promoveu profundas alterações no instituto, abrangendo uma conformação bem mais extensiva do que a que vinha até então sendo admitida.

Já no mandado de injunção n. 283, o Supremo Tribunal Federal pela primeira vez determinou prazo para que fosse sanada a omissão legislativa, sob pena de ser garantido ao prejudicado a satisfação dos direitos que estavam sendo deixados de serem exercidos em razão da mora legislativa. A partir daí, outros tantos mandados de injunção foram decididos com base nesses dois “*leading cases*”, conforme algumas transcrições jurisprudenciais abaixo colacionadas:

“ANISTIA – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL NO TOCANTE À REGULAMENTAÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 8º DO ADCT – Alcance do mandado de injunção segundo o julgamento do mandado de injunção nº 107 com possibilidade de aplicação de providências adicionais nele genericamente admitidas, e concretizadas no julgamento do mandado de injunção nº 283. O prazo fixado, no julgamento do mandado de injunção nº 283, para o cumprimento do dever constitucional de editar essa regulamentação de há muito se escoou sem que a omissão tenha sido suprida. Não há, pois, razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegure aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuízo que tenham sofrido. Mandado de injunção conhecido em parte, e nela deferido”. (STF – MI 447-1 – DF – TP – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 01.07.1994) (ST 64/77) JADCT.8 JADCT.8.3

“SERVIDOR PÚBLICO – INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS – AUSÊNCIA DE REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO – ART. 37, X, DA CR/88 – DANO MORAL – 1. A regra constitucional, introduzida pela EC nº 19/98 estabeleceu a obrigatoriedade de que o Presidente da República envie um projeto de Lei anual que garanta a recomposição do valor do subsídio dos servidores públicos federais. O direito à indenização pela mora legislativa restou reconhecida pelo STF ao julgar Mandado de Injunção nº 283/DF. 2. O direito a indenizações por mora legislativa é contado a partir de junho de 1999, um ano após a EC nº 19, de 4 de junho de 1998, até a edição da Lei nº 10.331/01, quando o Poder Público cumpriu o comando constitucional previsto no art. 37, X. 3. É razoável que o valor da indenização corresponda à diferença entre a remuneração percebida pelo servidor, e o que lhe seria devido mês a mês, após a aplicação do INPC anual, conforme levantado pelo IBGE no período de 1999 a 2001, em cada mês de junho. 4. A configuração do dano material não implica necessariamente o direito em indenização por dano moral. O dano experimentado decorre da perda aquisitiva da moeda, corroída pela inflação, o que não demonstra Apelação parcialmente provida”. (TRF 4ª R. – AC 2001.71.02.005267-1 – RS – 3ª T. – Relª Desª Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère – DJU 16.07.2003 – p. 201) JCF.37 JCF.37.X

4.4 – Mandado de Segurança Individual

O mandado de segurança vem sendo, atualmente, o meio específico mais utilizado pelo cidadão, para suscitar, perante o Poder Judiciário, o controle jurisdicional da Administração, através do exame do ato administrativo ilegal ou eivado de abuso de poder.

“De nada adiantaria o reconhecimento de direitos individuais em uma Constituição, se não existisse, paralelamente, a ação respectiva, como instrumento de garantia específica, através da qual se requer a prestação jurisdicional a quem tem o dever e o poder jurídico de prestá-la, nos casos previstos em lei.”¹⁰³

Esse instituto surgiu, no Brasil, sob inspiração do *writ* do direito norte-americano e o *judicio de amparo* do direito mexicano. Com a restrição do habeas corpus às hipóteses de ofensa dos direitos de locomoção, feita pela Emenda Constitucional de 1926, os doutrinadores tiveram que procurar outro instituto que amparasse os demais direitos.

Hoje, o mandado de segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e disciplinado pelas Leis nº 1.533, de 31/12/1951, n. 4.348, de 26/06/1964 e n. 5.021, de 9/06/1966.

Celso Ribeiro Bastos assim conceitua o mandado de segurança:

“Trata-se de garantia constitucional que constitui meio ou instrumento judicial de tutela de direito individual, próprio, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade pública ou agente, de pessoa jurídica no exercício de suas funções, seja por ilegalidade, seja por abuso de poder.”¹⁰⁴

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, sujeito a normas procedimentais próprias, podendo ser supletivamente aplicadas disposições gerais do Código de Processo Civil. Sua finalidade é coibir atos ilegais de autoridade que lesa direito subjetivo, líquido e certo do impetrante. É suscetível de mandado de segurança, toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. “Direito líquido e certo é o que se apresenta

¹⁰³ SILVA, José Carlos Sousa. *Abuso de Poder no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1997, p. 73.

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 342.

manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.”¹⁰⁵

O mandado de segurança divide-se em *repressivo*, contra ilegalidade já cometida, ou *preventivo*, quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada.

O prazo para impetração é de cento e vinte dias do conhecimento oficial do ato a ser impetrado.

São quatro os requisitos que identificam o mandado de segurança: 1) ato comissivo de autoridade praticado pelo Poder Público ou por particular decorrente de delegação do Poder Público; 2) ilegalidade ou abuso de poder; 3) lesão ou ameaça de direito e 4) caráter subsidiário: proteção ao direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

É importante ressaltar que a negativa da Administração em fornecer informações amparadas pelo direito de certidão configura o desrespeito a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, passível de correção por meio de mandado de segurança.

Tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança a pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, órgão público ou universalidade patrimonial, titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão.

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena a execução ou inexecução do ato ilegal impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e possui competência para a correção de ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte.¹⁰⁶

4.5 – Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança coletivo está previsto no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, podendo ser impetrado por: 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 dos seus membros ou associados.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 .ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 585.

¹⁰⁶ Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça: “em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais para fazer cessar a ilegalidade.” (STJ – 3ª Seção – MS nº 3.864-6/DF – Rel. Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.321).

A finalidade desta ação constitucional é a defesa dos mesmos direitos amparados pelo mandado de segurança individual, porém direcionado à proteção dos interesses coletivos, contra ato ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.

Para Michel Temer:

“A criação do mandado de segurança coletivo tem dois objetivos: a) fortalecer as organizações classistas e; b) pacificar as relações sociais pela solução que o Judiciário dará a situações controvertidas que poderiam gerar milhares de litígios com a conseqüente desestabilização da ordem social.”¹⁰⁷

Os pressupostos do mandado de segurança coletivo são os mesmos previstos no inciso LXIX para o mandado de segurança individual, quais sejam, ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça a direito líquido e certo.

Tem legitimidade para a propositura do mandado de segurança coletivo, em substituição processual: 1) partido político com representação no Congresso Nacional, exigindo-se somente a existência de, no mínimo, um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas, filiado a determinado partido político; 2) organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que preencham três requisitos: estejam legalmente constituídos, em funcionamento há pelo menos um ano e pleiteiem a defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Diogo Moreira Neto, considerando a natureza do direito coletivo, que é aquele assegurado de modo uniforme e indivisível a um determinado grupo da sociedade solidarizado por uma relação jurídica comum, destaca que a utilização desse instituto impõem-se certos cuidados:

“Não poderá ser impetrado para a proteção de direitos que sejam estranhos ao escopo constitucional das entidades impetrantes; não poderá ser impetrado por entidades associativas sem expressa autorização de seus filiados e nem prejudicará, sua eventual denegação, a dedução judicial do direito individual coincidente.”¹⁰⁸

O Supremo Tribunal Federal, porém, entende que:

¹⁰⁷ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 190.

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 476.

“Tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5º, XXXI, b, da Constituição Federal.”¹⁰⁹

No tocante ao processo, deve ser observado o mesmo estabelecido para o mandado de segurança individual, pela Lei nº 1.533, 31 de dezembro de 1951.

O ajuizamento do mandado de segurança coletivo, por um dos legitimados pela Constituição Federal, não impede a utilização do mandado de segurança individual, desde que presentes os requisitos constitucionais.

4.6 – Ação Popular

A *actio popularis* já existia desde o direito romano, quando qualquer pessoa do povo podia usá-la para a defesa de interesse da coletividade, instituto esse muito assemelhado a ação popular prevista no direito positivo brasileiro.

A Constituição de 1988 ampliou sensivelmente as hipóteses de cabimento de ação popular, estabelecendo no art. 5º, inciso LXXIII, que:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Celso Antônio Bandeira de Melo define a ação popular como “o instrumento deferido a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”¹¹⁰

A ação popular constitui forma de exercício da soberania popular, assim como o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, em que permite-se ao povo exercer diretamente a fiscalização do Poder Público. A ação popular pode ser usada

¹⁰⁹ STF – 1ª T. – Rextr. nº 198.919-DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 15-6-1999 – Informativo STF n. 154.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1996, p. 131.

preventivamente, quando ajuizada ação antes da consumação dos efeitos lesivos, ou repressivamente, se ajuizada a ação popular para ressarcimento do dano causado.

A ação popular é a única providência judicial que realmente provoca temor aos administradores, já que, de acordo com o art. 11 da Lei nº 4.717/65, se a ação for julgada procedente, vindo a ser decretada a invalidade do ato impugnado, a sentença condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele.

O objeto da ação popular é anular o ato lesivo (comissivo ou omissivo) lesivo ao patrimônio público e a condenação dos responsáveis a restituir o bem, quando possível, ou indenizar entidades pelas perdas e danos.

Os valores arrecadados das indenizações resultantes de condenação em ação popular são destinados ao Fundo para Restituição de Bens Lesados, previsto na Lei nº 7.347, de 24/7/85 (ação civil pública).

Qualquer cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, portador de título eleitoral, quite com a Justiça Eleitoral e em pleno gozo dos direitos políticos pode figurar no pólo ativo da relação processual na ação popular. É possível a formação de litisconsórcio facultativo no pólo ativo, visto ser legitimado para a ação qualquer cidadão.

Tem legitimidade passiva na ação popular as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, de que proveio o ato, as autoridades, funcionários ou administradores, que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão e os beneficiários diretos do mesmo, se houver. Daí resulta a formação de um litisconsórcio passivo necessário, visto que várias pessoas devem obrigatoriamente ser citadas.

O Ministério Público tem, na ação popular, várias funções, algumas delas obrigatórias e, outras, facultativas. De acordo com a Lei nº 4.717/65, são funções obrigatórias do Ministério Público: 1) acompanhar a ação e apressar a produção de prova; 2) promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, hipótese em que atuará como autor; 3) providenciar para que as requisições de documentos e informações previstas no artigo 7º, I, b, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz; 4) promover a execução da sentença condenatória quando o autor não o fizer.

Ainda de acordo com a mesma lei, são funções facultativas do Ministério Público na ação popular: 1) dar continuidade ao processo em caso de desistência ou de absolvição de instância (extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de providência a cargo do autor); 2) recorrer de decisões contrárias ao autor.

Ao Ministério Público é vedado, conforme o art. 6º, parágrafo 4º, a assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores, podendo, apesar dessa restrição, como fiscal da lei, opinar pela procedência ou improcedência da ação.

4.7 - Ação Civil Pública

Com o advento da Lei nº 7.347, de 24/07/1985, é que foi feita a disciplina legal da ação civil pública, designando-a como ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Lei 8.078, de 11/9/1990, alterou alguns de seus dispositivos.

A Constituição Federal erigiu a ação civil pública ao nível constitucional quando, na seção referente ao Ministério Público, art. 129, III e parágrafo 1º, sobre suas funções institucionais, assim prescreveu:

“São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

Acerca da importantíssima promulgação da lei criando a ação civil pública, è Milaré¹¹¹ afirma que,

“Mais uma vez deve ser ressaltado o acerto da sua promulgação em tempos pré-constitucionais, quando o País não se havia ainda libertado do chamado “entulho autoritário”, fardo pesadíssimo herdado de decênios em que não apenas os interesses difusos, coletivos ou trasindividuais eram desconhecidos ou minimizados, mas, dolorosamente, nem os interesses individuais eral levados na devida conta. Por aí se há de creditar ao instituto da Ação Civil Pública o mérito de uma pacífica revolução no ordenamento jurídico brasileiro, no nascedouro de nossos novos tempos democráticos.”

Constitui requisito para a propositura da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, o que abrange, especialmente, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural.

¹¹¹ *Ação Civil Pública*. Edis Milaré (coord.). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

A propósito, faz-se necessário destacar a importante lição de Celso Ribeiro Bastos sobre a ação civil pública:

“A ação civil pública é o instrumento pelo qual o Ministério Público, as pessoas jurídicas públicas e particulares podem postular judicialmente a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, assim como de outros interesses difusos e coletivos (...).”¹¹²

Sujeito ativo da ação civil pública pode ser o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações comunitárias.

“O Ministério Público é o único incondicionalmente legitimado para propô-la, uma vez que as demais pessoas devem demonstrar legítimo interesse para poder agir, não podendo ir além daqueles descritos na lei.”¹¹³

Assim como ocorre na ação popular, o Ministério Público possui várias funções especiais na ação civil pública, sendo que as primeiras são: 1) propor e acompanhar a ação na posição de autor; 2) atuar obrigatoriamente na condição de fiscal da lei, se não for o autor da ação; 3) promover a execução da sentença condenatória, transitada em julgado, se no prazo de sessenta dias o autor não o fizer; 4) assumir a titularidade ativa da ação nos casos de desistência infundada ou abandono por associação legitimada e se outro legitimado pela lei não o fizer; 5) instaurar inquérito civil nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal e art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85.

A legitimidade ativa da ação civil pública foi ampliada, por que, segundo ensina Lúcia Valle Figueiredo:¹¹⁴

“O alargamento da tutela dos direitos difusos tem que, necessariamente, estar atrelado ao alargamento da legitimidade para agir. Na medida que a Lei da Ação Civil Pública amplia a legitimidade para agir, estendendo-a a terceiros (art. 129, § 1º da Constituição da República), e dá tal legitimidade, já de início, ao Ministério Público, vemos eu não subsiste mais a necessidade do difícil enfrentamento da questão da possibilidade de tutela de certos direitos fundamentais arrolados na carta constitucional, tais sejam direito do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio histórico, da moralidade administrativa etc.”

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 344.

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, cit. p. 345.

¹¹⁴ Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional, *Ação Civil Pública*, coord. Édís Milaré, obra coletiva, São Paulo, RT, 2002, p. 527.

Não obstante a maior extensão conferida aos legitimados a ingressar em juízo com uma ação civil pública, factualmente, ainda é o Ministério Público, talvez porque o representante do *parquet* tem o dever de velar pelos interesses difusos e coletivos, tratado-se, portanto, de direito indisponível do Ministério Público estando obrigado a propor a ação civil pública quando for o caso.

CONCLUSÃO

Após apresentados e estudados o controle judicial dos atos da Administração Pública sob a perspectiva da juridicidade administrativa e os meios específicos para esse controle, podemos dizer que o Estado evoluiu de tal maneira que deixou de adotar uma postura meramente contemplativa das relações travadas entre particulares, passando a ser garantidor da efetivação dos direitos fundamentais através de prestações positivas. Pela análise dos elementos formadores do ato administrativo, é possível dizer que somente há mérito administrativo nos atos discricionários, sendo que qualquer inobservância quanto aos requisitos elementares do ato se traduz em vício capaz de ser considerado nulo. Se o ato nulo não for declarado como tal pela própria administração, nós dispomos de instrumentos hábeis e eficazes para coibir os atos ilegais do Poder Público, principalmente quando se tratar de violação a direitos fundamentais.

Ainda sob o enfoque da juridicidade, pode-se concluir que o controle social dos atos administrativos está estreitamente vinculado à força normativa da Constituição. Como a força coercitiva e interpretativa dada à norma jurídica é realizada precipuamente pelo Poder Judiciário, este passa a exercer também uma forma de controle social, historicamente reivindicado no evoluir da civilização, não sem antes ser questionado quanto à legitimidade de sua decisão.

A Constituição Federal de 1988 inovou e ampliou o rol dos remédios jurisdicionais, instituindo na legislação brasileira pela primeira vez o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo, além de abrigar também outros institutos já existentes como o habeas corpus, o mandado de segurança individual e etc., objetivando resguardar ainda mais os interesses individuais e coletivos do cidadão brasileiro.

Não restam dúvidas acerca da necessidade e importância do controle judicial da Administração Pública, pedra angular do Estado de Direito, garantístico dos direitos fundamentais do cidadão. O que não se pode olvidar é que o Poder Judiciário ainda é bastante acanhado, principalmente nas instâncias ordinárias, em determinar quando o Poder Executivo for omissivo em implementar meios sociais efetivos para a promoção do bem-estar geral, não se dando conta do novo papel que lhe fora outorgado com o neoconstitucionalismo.

Muitas das vezes, os direitos dos cidadãos sucumbem ante à síndrome da inefetividade das normas legais, o que, nos dias que se vão, um Poder Judiciário forte e

destemido em assumir seu relevante papel garantidor da preservação dos direitos fundamentais passa a se tornar um novo anseio da sociedade estruturada como mecanismo apto a modificar o sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fernando Gomes de. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente á concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do do STJ e STF. Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos. Editora Renovar. Coord. Fernando Facury Scaff, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2006.

ARAÚJO. Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan/fev/mar 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf>. Acesso em: 24 maio 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL, **Constituição da República Federativa**.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2ª tiragem, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Revista de teoría y filosofía del derecho, Isonomía, n. 16, abr. 2002, pp. 89-112. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública**. Edis Milaré (coord.). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo**, 2ª ed., Madri, Civitas, 1981.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Sérgio. **Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões**, RDA n. 231, 2003. *apud*. Gustavo Binenbojm, atualizador de ‘O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário’ de Seabra Fagundes.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1976.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional, **Ação Civil Pública**, coord. Édis Milaré, obra coletiva, São Paulo, RT, 2002..

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, Malheiros Editores, 6ª edição, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Editora Juspivum, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho – São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª . ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. Editora Malheiros. 2ª edição, 6ª tiragem, São Paulo, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição e Legalidade Administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V; LENZA, Pedro (coord.). **Constituição Federal: mutação e evolução**. Editora Método, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, n. 23, 2000, p. 161-195. Disponível em: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12383873132368273109213/Doxa23_08.pdf>. Acesso em: 23 outubro de 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. **Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo**, in *Revista da procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*, v.,18, n. 46, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2ª ed., 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2001.

APÊNDICE A – FOLHA DE APROVAÇÃO DA PÓS-GRADUAÇÃO

Aluno: Saint-Clair Campanha Filho

Matrícula: 2005.294317-8

Título: O Controle Judicial dos Atos Administrativos e os meios Processuais para o Exercício do Controle : do princípio da legalidade à juridicidade administrativa.

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

PROF. DR. JOSÉ RIBAS VIEIRA
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF
(ORIENTADOR)

PROF. DR. FRANCISCO MAURO DIAS
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

PROF. DR. RICARDO LODI RIBEIRO
DOUTOR PELA UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2007

Prof. Dr. JOSÉ RIBAS VIEIRA
Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)