O ABUSO DO PODER ADMINISTRATIVO NO BRASIL CONCEITO E REMÉDIOS *

CAIO TÁCITO

Professor na Faculdade de Direito
da Universidade do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: *Introdução. Parte I — Princípios gerais: I — Sistema constitucional brasileiro. II — Direitos e garantias individuais. III — Direitos econômicos e sociais. IV — Tutela do interesse público. V — Legalidade e poder discricionário. Parte II — O controle da legalidade administrativa: I — Remédios administrativos. II — Controle legislativo. III — Controle judicial da administração: a) Organização judiciária brasileira; b) Remédios judiciais. IV — Responsabilidade do funcionário e do Estado.*

INTRODUÇÃO

A noção do abuso de poder de autoridade administrativa (equivalente ao *excès de pouvoir* do direito francês) é o reverso do princípio de legalidade da Administração pública, nascido com o liberalismo político. A regra de separação dos poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem são os seus pressupostos naturais.

Nos regimes absolutos a Administração era apenas uma técnica a serviço do príncipe. O Estado de Direito, ao contrário, submete o Poder ao domínio da Lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas.

A *função administrativa ou executiva* — pela qual o Estado presta os serviços necessários à ordem, segurança e bem-estar de todos — se realiza dentro em normas criadas pela função *legislativa* ou *normativa* e asseguradas, coercitivamente, pela *função jurisdicional*. A lei prevê, a Administração executa e a justiça garante um certo número de obrigações e faculdades que visam a atender ao interesse público e às conveniências dos administrados.

* Relatório enviado ao Seminário promovido pela ONU, em Buenos Aires, 1959, pelo Professor Caio Tácito, como representante brasileiro.

A tendência marcante do direito público, no século XIX, foi a garantia do cidadão contra o Poder. A ordem liberal repousa sobre o individualismo jurídico e a livre iniciativa econômica. O dever essencial da Administração consistia na manutenção da ordem e tranqüilidade públicas e na segurança das liberdades individuais.

A evolução do quadro político e social conduz, no entanto, ao fortalecimento do Poder Público. A economia clássica aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizam em grupos, provocando conflitos intoleráveis com o sistema democrático. O Estado foi convocado a disciplinar e conter os excessos da atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social. A Administração moderna assume sentido dinâmico, mediante a regulamentação, o contrôle ou o monopólio do comércio, da indústria, do transporte, do ensino e, até mesmo, da pesquisa científica. A tônica dos regimes políticos se desloca da abstenção para a intervenção. Intervir para preservar — eis o lema democrático atual.

As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e comando de interesses gerais e particulares. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos sociais, a própria defesa da soberania nacional impõem a revisão dos alicerces: a propriedade, a família, o trabalho, a empresa obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva.

O individualismo jurídico se decompõe perante causas e concausas poderosas. A socialização do direito transcende ao plano doutrinário e se consagra na criação legislativa e na hermenêutica dos tribunais.

As Constituições se enriquecem com novos direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem contemporâneo como os direitos políticos ou individuais. A própria eficácia desses últimos se torna inócua, sem o amparo do Poder Público: o testemunho de Roger Pinto ilustra a tese: *La liberté de la presse est celle des éditeurs et des auteurs. La liberté du lecteur, de l'auditeur, du spectateur doit être également garantie par la presse et contre la presse.*

Os serviços prestados aos indivíduos são, presentemente, a parte mais importante da obrigação jurídico-administrativa. A subsistência ou a felicidade de grande número de pessoas está, no mundo moderno, em correlação imediata com a satisfação concreta de suas necessidades pela Administração. A abstenção do poder público é uma das formas mais nocivas de violação da lei. O direito ao funcionamento dos serviços públicos se inscreve, destacadamente, no elenco de direitos essenciais aos cidadãos.

A inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso, ou culposo.

A par desses direitos e interesses legítimos dos administrados, há, ainda, outros que se referem à coletividade, considerada em seu conjunto. Há um dever de boa administração (como tal referido no art. 97 da Constituição italiana de 1948) que corresponde ao interesse coletivo no funcionamento regular dos serviços públicos.

A neutralidade política da Administração, a aplicação legítima dos dinheiros públicos, a planificação econômica e técnica não são apenas aspectos discricionários da atividade administrativa.

O equilíbrio e a estabilidade sociais, dependem, cada vez mais, da eficiência e moralidade da Administração pública, cujas repercussões atingem, constantemente, os interesses de cada um dos membros da sociedade.

Devemos, portanto, distinguir, no estudo do tema proposto, três modalidades distintas de abuso do poder administrativo:

1) violação de direitos individuais (liberdade de opinião, reunião, comércio, crença, locomoção), que devam ser respeitados pela Administração nas condições que a lei estabelecer (*obrigações negativas*);

2) violação de direitos econômicos e sociais (direito ao trabalho, saúde, educação, assistência, segurança social), consistindo na inexecução de serviços e deveres impostos por lei à Administração (*obrigações positivas*);

3) violação aos fins de *interesse público* (moralidade administrativa, isenção política, eficiência do serviço), cuja inobservância afeta, coletivamente, aos administrados.

É mister, de outra parte, ter em mente que o poder de polícia, como instrumento de intervenção do Estado, restringe legitimamente, os direitos e atividades privados, em benefício coletivo. Não há direito público subjetivo absoluto, imune à ação do Poder Público. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, de que é agente a Administração. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais.

o uso do poder discricionário, ou seja, da liberdade atribuída pela norma de direito na determinação da conduta do administrador, não se pode confundir com o *abuso de poder*, que se caracteriza pela violação da legalidade extrínseca ou intrínseca dos atos administrativos.

PARTE I

Princípios Gerais

I — SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Nação independente, desde 1822, tendo adotado o governo republicano em 1889, o Brasil teve, até os nossos dias, cinco Estatutos políticos: a Constituição monárquica de 1824 (alterada pelo Ato Adicional de 1834 e a Lei de Interpretação de 1840) e as Constituições da República em 1891 (reformada em 1926), 1934, 1937 e a de 1946, atualmente em vigor.

O influxo das idéias liberais inscreveu, em tôdas elas, o princípio da inviolabilidade dos direitos políticos e individuais. A partir da Carta de 1934, a ordem econômica social passou a constituir um novo capítulo nas Constituições brasileiras.

O Império foi um Estado unitário, de centralização política e administrativa, com o sentido de preservar a unidade nacional e a permanência do trono.

A República adotou o regime federativo, segundo o modelo norte-americano. A União compreende vinte Estados, o Distrito Federal (atualmente localizado na cidade do Rio de Janeiro, mas a se transferir, em abril de 1960, para Brasília, no centro geográfico do país) e cinco Territórios Federais. Os Estados se dividem em Municípios, presentemente em número de 2.753, aos quais é assegurada autonomia política e administrativa.

A organização administrativa abrange, portanto, três níveis de serviços: federais, estaduais e municipais. Uns e outros são exercidos diretamente, ou sob forma descentralizada através de autarquias, fundações públicas ou sociedades de economia mista. A concessão de serviço público está em sensível declínio, embora ainda subsista na exploração de serviços de eletricidade, gás, transportes e na mineração.

A competência da União está discriminada no art. 5.º da Constituição, cabendo aos Estados os poderes remanescentes (art. 18, § 1.º). Em certos assuntos há competência concorrente da União e dos Estados (art. 6.º). A autonomia municipal é assegurada pela eleição direta dos Prefeitos e das Câmaras de Vereadores e pela administração própria, especialmente quanto à matéria tributária e à organização dos serviços públicos locais.

Na discriminação de rendas, constante de preceitos constitucionais expressos, a parte principal da receita tributária cabe à União, que entrega aos Municípios dez por cento da arrecadação do impôsto sôbre a renda e aos Estados, Distrito Federal e Municípios sessenta por cento do impôsto único sôbre lubrificantes e combustíveis, mineração e energia elétrica.

Deve, ainda, a União aplicar, obrigatòriamente, uma parte da renda tributária na manutenção e desenvolvimento do ensino (10%) e na valorização econômica de certas regiões do país (7%).

Essas vinculações constitucionais, somadas às percentagens que, por lei, devem ter destino específico, elevam a mais de um terço a parte da receita pública cuja aplicação escapa à livre programação do Governò.

O mesmo critério de receitas vinculadas se estende, embora com menor extensão, à renda tributária dos Estados e municípios.

A par da receita orçamentária (impostos, taxas, rendas diversas), devem ser mencionados outros recursos públicos, decorrentes de contribuições parafiscais, arrecadadas e aplicadas por autarquias federais, e os saldos resultantes do contròle oficial de câmbio.

II — DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

O Direito Público brasileiro assegura, tradicionalmente, o exercicio dos direitos políticos e a inviolabilidade dos direitos individuais.

O regime representativo é garantido mediante o sufrágio universal e direto. A legislação eleitoral é constantemente aperfeiçoada, com

o objetivo de resguardar o sigilo e independência do voto, e a legitimidade dos mandatos. A Justiça Eleitoral é um dos ramos autônomos do Poder Judiciário.

As sucessivas Constituições, desde a imperial de 1824, incluem capítulos próprios sobre a declaração de direitos fundamentais do homem.

A atual Constituição, de 1946, além de outras normas esparsas, assegura, nos arts. 141 e 144, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Entre as garantias específicas previstas na Constituição salientam-se as seguintes:

a) liberdade de manifestação do pensamento, independentemente de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer. A publicação de livros e periódicos não depende de licença do Poder Público. Não será tolerada, porém, propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. As ciências, as letras e as artes são livres. É garantida a liberdade de cátedra;

b) liberdade de consciência e de crença. assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. É vedado ao Estado estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embarçar-lhes o exercício, lançar tributos sobre templos religiosos, ou ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo. Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada, por brasileiro, assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada, nos estabelecimentos de internação coletiva;

c) por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum de seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência;

d) todos poderão reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública, podendo, com êsse intuito, designar local para a reunião, contanto que assim procedendo não a frustre ou impossibilite;

e) é garantida a liberdade de associação, para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária;

f) é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelece;

g) é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por utilidade pública, ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, as autoridades poderão usar da propriedade particular, com o pagamento de indenização ulterior. É assegurada a propriedade literária e artística

e a dos inventos industriais, das marcas de indústria e comércio e do nome comercial, nos termos da lei;

h) ninguém será prêso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita de autoridade competente. Ninguém será processado, ou sentenciado, a não ser pela autoridade competente e na forma de lei anterior. Não haverá fôro privilegiado, nem juízes e tribunais de exceção. A pena será individualizada e não passará da pessoa do delinqüente. A lei penal sòmente retroagirá em benefício do réu. Não haverá penas de banimento, confisco ou de caráter perpétuo, nem pena de morte, salvo em tempo de guerra com país estrangeiro. É assegurado aos acusados amplo direito de defesa. A casa é o asilo inviolável do indivíduo;

i) não será concedida extradição de estrangeiro, por crime político ou de opinião, e, em caso nenhum, a de brasileiro. O estrangeiro, nocivo à ordem pública, poderá ser expulso, salvo se tiver cônjuge ou filho brasileiro;

j) nenhum tributo será exigido ou aumentado sem lei, nem cobrado em cada exercício, sem prévia autorização orçamentária, ressaltada a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra;

k) em tempo de paz, qualquer pessoa poderá, com os seus bens, entrar no território nacional, nêle permanecer ou dêle sair, respeitadas os preceitos da lei;

l) é vedada a organização, registro ou funcionamento de partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

O capítulo constitucional consagra, ainda, como princípios gerais de direito os seguintes postulados:

a) a igualdade de todos perante a lei;

b) a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada;

c) a de que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei anterior;

d) o de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

No tocante à Administração pública, a Constituição determina, especialmente, que a lei assegurará:

I — o rápido andamento dos processos nas repartições públicas;

II — a ciência dos despachos e das informações que a êles se referirem;

III — a expedição de certidões para defesa de direito;

IV — a expedição de certidões para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interêsse público impuser sigilo.

Como remédios processuais para proteção dos direitos fundamentais acima enumerados, a Constituição prevê:

a) *habeas corpus*, em caso de ameaça, violência ou lesão à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não é cabível nas transgressões disciplinares;

b) *mandado de segurança* para proteger direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus*, ameaçado ou lesado por ato de qualquer autoridade;

c) o princípio geral de competência do Poder Judiciário para apreciar qualquer lesão de direito individual.

Os direitos relacionados com a função pública estão enunciados em título próprio, sob a epígrafe “Dos funcionários públicos”, e assim podem ser resumidos:

a) *livre acesso aos cargos públicos* a todos os brasileiros, observados os requisitos da lei;

b) *vitaliciedade* para os Juizes, Ministros do Tribunal de Contas, titulares de Offícios de Justiça e professores catedráticos. O funcionário vitalício somente perderá o cargo mediante sentença judiciária;

c) *estabilidade*, após dois anos de serviço, para os funcionários efetivos nomeados por concurso e depois de cinco anos, para os demais funcionários efetivos. O funcionário estável perderá o cargo em virtude de sentença judiciária ou processo administrativo, em que se lhe assegure ampla defesa;

d) *aposentadoria* por invalidez ou, compulsoriamente, aos 70 anos de idade;

e) *revisão dos proventos de inatividade* sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

III — DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

No constitucionalismo contemporâneo, as Cartas Políticas se convertem, também, em documentos econômico-sociais, protegendo a coletividade e os indivíduos contra os excessos do capitalismo e os efeitos das crises sociais. O indivíduo não é mais apenas o cidadão ou o proprietário. As Constituições modernas se dirigem ao trabalhador e ao chefe de família como titular de direitos que o Estado protege ou atende, mediante garantias e serviços. Os direitos individuais são complementados pelos direitos econômicos e sociais.

Fiel a essa tendência, as Constituições brasileiras, a partir da de 1934, dedicam um título especial à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura.

Segundo a definição do art. 145 da atual Constituição (1946), a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

O trabalho é obrigação social, devendo ser assegurado a todos, de forma a possibilitar existência digna. O art. 157 da Constituição fixa as normas programáticas da legislação do trabalho e previdência social, entre as quais se destacam: salário mínimo regional; estabilidade no emprego e indenização pela despedida injusta; limite de 8 horas diárias de trabalho; higiene e segurança do trabalho; repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas; regime de trabalho de menores e mulheres; proibição de discriminações no trabalho e proteção ao

trabalhador nacional; reconhecimento de convenções coletivas de trabalho e do direito de greve, cujo exercício a lei regulará; liberdade profissional e sindical; participação obrigatória e direta dos trabalhadores nos lucros da emprêsa; assistência médica e hospitalar; seguro obrigatório contra acidentes no trabalho e previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado.

A não ser quanto à participação nos lucros das emprêsas, ainda não regulada em lei, as demais providências constitucionais estão atendidas na legislação do trabalho e da previdência social, cuja reforma está sendo examinada pelo Congresso. Também cogita-se, presentemente, da proteção ao trabalhador rural, apenas parcialmente amparado na legislação em vigor.

Os dissídios e convenções de trabalho estão sujeitos ao julgamento da Justiça do Trabalho, que é um dos órgãos do Poder Judiciário. Em sua composição é observada a paridade de representação de empregados e empregadores, juntamente com juizes alheios aos interesses profissionais, selecionados mediante concurso, ou — no Tribunal Superior do Trabalho — por livre escolha do Presidente da República, entre especialistas em direito social.

A destinação social da propriedade e das atividades econômicas é acentuada por meio dos seguintes princípios essenciais:

I — o uso da propriedade é condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, mediante desapropriação, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Essa medida, especialmente concebida como antídoto aos latifúndios improdutivos, será um dos instrumentos da reforma rural, que se encontra na ordem do dia dos debates políticos;

II — a União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados na Constituição. A intervenção no domínio econômico está regida pela Lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951, com a finalidade de assegurar o abastecimento e o contróle de preços de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo. A pesquisa, lavra e refinação de petróleo, constituem monopólio da União, por intermédio da Petrobrás, emprêsa estatal criada pela Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953;

III — a lei reprimirá tôda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as reuniões ou agrupamentos de emprêsas individuais ou sociais, seja qual fôr a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar, arbitrariamente, os lucros. A lei penal especial configura tais práticas entre os crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951);

IV — leis especiais fixam o regime dos bancos, emprêsas de seguro, capitalização e de fins análogos, bem como de estabelecimentos de crédito à lavoura e à pecuária;

V — a lei disporá sôbre o regime das emprêsas concessionárias de serviço público, federais, estaduais e municipais, estabelecendo-se,

desde logo, a fiscalização e revisão das tarifas, a fim de limitar os lucros dos concessionários;

VI — as minas e riquezas do subsolo, assim como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo e seu aproveitamento depende de concessão ou autorização federal, concedidas unicamente a brasileiro, ou sociedade organizada no país;

VII — a navegação de cabotagem para transporte de mercadorias é privativa de navios nacionais, salvo caso de necessidade pública, estendendo-se o princípio de nacionalização aos proprietários, armadores, comandantes e a dois terços, pelo menos, dos tripulantes.

A família, constituída pelo casamento indissolúvel, tem direito à proteção especial do Estado, sendo obrigatória a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A educação é direito de todos. Deve inspirar-se nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. O ensino primário é obrigatório, e gratuito, se fôr oficial.

O amparo à cultura é dever do Estado. O patrimônio histórico, artístico e paisagístico nacionais ficam sob a proteção do poder público.

IV — TUTELA DO INTERÊSSE PÚBLICO

A Constituição e as leis brasileiras permitem, em casos determinados, a iniciativa de qualquer do povo contra abusos de autoridades administrativas.

O art. 141, § 37, da Constituição de 1946, assegura a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

Esse *direito de petição* figura em tôdas as Constituições, desde a do Império. É direito político, pelo qual o cidadão pode promover a reparação do abuso de poder, independentemente de direito ou interesse próprio.

Se o fato constituir crime de ação pública, far-se-á comunicação à autoridade policial, ou ao Ministério Público para a iniciativa do inquérito policial, ou da ação penal (Código do Processo Penal, art. 5.º, § 3.º, e art. 27).

Também a *ação popular* tem, no Brasil, consagração constitucional. Proclama o art. 141, § 38, da Carta vigente (repetindo preceito semelhante da Constituição de 1934) que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

Sujeito ativo da ação popular é o *cidadão*, ou seja, a pessoa física no gozo dos direitos políticos, agindo como substituto processual da comunidade.

Não a podem intentar as pessoas jurídicas, como, por exemplo, os partidos políticos.

Não estando regulados em lei, os aspectos processuais da ação popular oferecem perplexidades que a jurisprudência, ainda escassa,

não logrou esclarecer. O remédio constitucional visa a resguardar a moralidade administrativa, possibilitando aos cidadãos o direito de tutelar a coisa pública contra a fraude, a improbidade, o favoritismo, a aplicação inidônea de bens e dinheiros públicos ou outros quaisquer atos ilegais da Administração, que causem dano ao patrimônio público.

Por último, inscreve-se no texto constitucional o mandamento de que a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica.

A Lei n.º 3.164, de 1957, e a de n.º 3.502, de 1958 (cujos antecedentes estão no Decreto-lei n.º 3.240, de 1941, que sujeita a seqüestro os bens da pessoa indiciada por crime contra a Fazenda Pública, de que resultar locupletamento ilícito) tratam da matéria.

A primeira dessas leis institui o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas.

O registro far-se-á mediante declaração do servidor público, compreendendo os bens do casal, e será atualizado bienalmente, ou antes do afastamento do cargo ou função.

A segunda lei define o conceito de *servidor público*, que abrange as pessoas que exercem cargos, funções ou empregos, civis ou militares, na União, Estados, Territórios, Distrito Federal, ou Municípios, em qualquer dos três Podêres. A êle se equiparam os dirigentes ou empregados de autarquias, sociedades de economia mista, fundação instituída pelo poder público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais.

Os casos de enriquecimento ilícito são minuciosamente indicados e constituem, também, crimes contra a Administração pública, sujeitos às sanções estabelecidas na lei penal.

A pessoa jurídica lesada é o sujeito ativo da ação, mas, se não ingressar em juízo dentro de 90 dias da apuração do enriquecimento ilícito, qualquer cidadão será parte legítima para a iniciativa do procedimento judicial, que adquire, portanto, o caráter de ação popular.

V — LEGALIDADE E PODER DISCRICIONÁRIO

Autoridade e legalidade são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam. O intervencionismo do Estado aumenta o poder das autoridades administrativas. Novos meios de ação lhes são atribuídos, mas o uso deles não pode exceder à margem da lei.

Deve o administrador gozar de uma área de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao contrôle da legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as excursões abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos. No plano jurídico, a Administração funciona sob um regime de liberdade vigiada: tudo lhe é permitido fazer, em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda à lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante.

Há, assim, nos atos administrativos, dois aspectos inconfundíveis: mérito e legalidade. O *mérito* é a indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público. É a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade.

A *legalidade* é a observância da lei, que vincula a manifestação de vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito.

A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.

A prática do ato pressupõe, ainda, certos antecedentes objetivos. A autoridade competente não atua no vácuo: ela age em função de aspectos de fato ou de direito, que determinam a sua iniciativa. O ato administrativo se inicia, portanto, com a verificação da *existência dos motivos*. Segue-se, imediatamente, a apreciação do *valor desses motivos*, que permite ao administrador decidir-se sobre a decisão a adotar.

É na sucessão desses dois tempos que se insere o poder discricionário. Enquanto a verificação da existência dos motivos é um aspecto *objetivo*, de feição material, a ponderação e o exame dos motivos é um aspecto *subjetivo*, correspondendo ao processo psicológico de formação do ato de vontade.

Examinados os motivos, ou seja, a matéria de fato ou de direito, a manifestação de vontade se traduz em um resultado (ação ou omissão), dentro da forma prevista na lei. A autoridade age para alcançar o *objeto*, ou seja, o efeito do ato jurídico. Este é, por excelência, o terreno do poder discricionário. Não existindo na lei uma obrigação certa de fazer ou não fazer, o administrador pode escolher o objeto do ato administrativo, decidindo sobre a oportunidade e conveniência dêle. A livre determinação do objeto é, em suma, o núcleo do poder discricionário.

Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A *finalidade* é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos.

O poder discricionário é, assim, a faculdade concedida à Administração de escolher o *objeto* e a *forma* do ato administrativo, salvo quando preestabelecidos na lei, realizando, para isso, a apreciação do valor dos motivos existentes.

O *abuso de poder* surge com a violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica. Tanto da *legalidade externa* do ato administrativo (competência, forma prevista ou não proibida em lei, objeto lícito) como da *legalidade interna* (existência dos motivos, finalidade).

A cada um desses elementos de legalidade corresponde uma causa de nulidade do ato administrativo. São vícios de legalidade externa a incompetência (em cujo conceito se inclui a usurpação de poder) o vício de forma e a ilicitude do objeto. São vícios de legalidade interna a inexistência material ou jurídica dos motivos e o desvio de poder.

O direito administrativo brasileiro filia-se, nesse particular, à doutrina francesa, temperada pela influência italiana, embora o sistema judicial de contrôle da Administração obedeça ao modelo anglo-saxão da unidade de jurisdição.

Não é recente, no Brasil, a imunidade do poder discricionário à censura judicial.

A Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que instituiu a ação sumária especial para anulação dos atos administrativos, preceitua (art. 13, § 9.º):

“Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade;

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder”.

A jurisprudência constante do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos judiciários gradua o alcance da ação jurisdiccional, mediante duas diretrizes básicas: a de que não cabe ao Judiciário examinar o mérito (oportunidade ou conveniência) dos atos administrativos, mas apenas a sua legalidade; a de que ao Judiciário é vedado modificar ou ampliar as leis, sob o fundamento do princípio da isonomia, ou seja, da regra da igualdade de todos perante a lei, consagrada na Constituição.

Não interfere, em suma, o Poder Judiciário na matéria própria dos demais poderes, respeitando a discricionariedade administrativa e a competência legislativa.

O contrôle judicial não se circunscreve, todavia, aos aspectos externos da legalidade. O juiz pode considerar a motivação dos atos administrativos, mergulhando na apreciação da matéria de fato, para analisar os elementos de legalidade interna da conduta do administrador.

Uma vez comprovada a inexistência dos motivos alegados, ou a observância de fins estranhos ou incompatíveis com a norma legal,

os tribunais brasileiros têm anulado, em mais de um caso, a ilegalidade administrativa.

Tal julgamento é, por certo, excepcional. A Administração goza, em princípio, de uma presunção de legitimidade. É mister a evidência do erro, ou malícia do administrador para que o ato seja judicialmente desfeito.

A acolhida, na jurisprudência dos tribunais, da teoria do desvio de poder, ou da inexistência dos motivos (mesmo quando não são expressamente invocadas entre as razões de decidir) possibilita a defesa do indivíduo contra as formas mais insidiosas do abuso de poder, em que êste se acoberta sob a aparência de legalidade, deturpando o sentido da norma jurídica.

PARTE II

O contrôle da legalidade administrativa

I — REMÉDIOS ADMINISTRATIVOS

Não há, no direito brasileiro, uma lei geral sôbre normas de processo administrativo. Inúmeras disposições asseguram, porém, a defesa de direitos e interêsses legítimos dos administrados.

Os remédios administrativos contra os abusos de poder podem ser de tríplice natureza: preventivos, sucessivos e repressivos.

Para a prática de atos administrativos que interferem com direitos de terceiros, a lei estipula, geralmente, formalidades especiais. As penas disciplinares ou as multas administrativas, os lançamentos fiscais ou as notificações são, entre outros, exemplos de atos sujeitos a requisitos essenciais de forma. A publicidade prévia é condição de legalidade de certos procedimentos administrativos, como as concorrências públicas, os concursos para cargos públicos, as promoções de funcionários, as concessões de minas, o aforamento ou a alienação de terras da União.

Determinados atos administrativos dependem, para sua validade, de autorização ou aprovação: são atos complexos que se formam mediante várias manifestações de vontade, sem as quais não se tornam completos. A intervenção obrigatória de mais de uma autoridade atende tanto a condições de conveniência como a razões de legalidade.

São, todos êsses, meios *preventivos* de preservação da legalidade, na esfera administrativa.

Em outros casos, a Administração executa uma atividade de contrôle dos atos de órgãos administrativos inferiores. Os atos dêstes últimos são perfeitos, mas a sua eficácia está condicionada à decisão do órgão de contrôle. A doutrina italiana fixa, excelentemente, a distinção entre os atos complexos — em que a aprovação integra a manifestação de vontade — e as formas de contrôle administrativo, em que

o ato inicial, embora completo, carece, para sua executoriedade, da ação do órgão de tutela.

Em tal caso, segundo a lição de Zanobini, *la deliberazione dell'ente è atto giuridicamente perfetto, rispetto al quale l'approvazione agisse come condizione sospensiva della sua efficacia.*

Entre êsses meios sucessivos de contrôle administrativo podem ser colocados, no direito brasileiro, o julgamento pelo Tribunal de Contas da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões (Constituição, art. 77, n.º III), ou a competência de Conselhos Fiscais ou Juntas de Contrôle de autarquias para aprovação de financiamentos ou outros atos de caráter financeiro.

Finalmente, os meios *repressivos* do abuso de poder, na própria instância administrativa, podem ser espontâneos ou provocados.

À Administração é facultado anular *ex officio*, a qualquer tempo, os atos administrativos ilegais, que não podem produzir efeitos jurídicos definitivos. Não há direitos adquiridos contra a lei, conforme abundante jurisprudência dos tribunais.

Excepcionalmente, a Administração deixará de desfazer o ato ilegal, praticado de boa fé, se assim melhor convier ao interêsse público e à estabilidade da ordem jurídica. É a aplicação, em direito administrativo, da teoria do êrro comum (*error communis facit ius*).

Entre as modalidades de revisão provocada do ato administrativo se classificam:

- a) o direito de representação;
- b) a reclamação administrativa;
- c) o pedido de reconsideração;
- d) o recurso hierárquico.

O direito de representar contra abusos de autoridades figura, como já vimos, entre os direitos do cidadão (Constituição, art. 141, § 37).

A reclamação administrativa é o meio de oposição aos atos da Administração que afetem direito ou interêsse legítimo do indivíduo. Se não tiver prazo especial fixado em lei, prescreve em um ano, a contar da data do ato ou fato, o direito de reclamar (art. 6.º do Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932).

O pedido de reconsideração é dirigido à mesma autoridade que praticou o ato impugnado e não poderá ser renovado. Dêle não se conhecerá quando feito um ano após a data da primeira decisão e a sua interposição não interrompe os prazos para os recursos, nem a cobrança de dívida fiscal (Decreto n.º 20.848, de 23 de dezembro de 1931).

O recurso hierárquico é a forma comum de revisão das decisões administrativas, mediante a devolução de competência à instância superior. As leis e regulamentos estabelecem os prazos e efeitos dos recursos hierárquicos e o seu caráter obrigatório ou voluntário.

Os atos administrativos são, em princípio, revogáveis, salvo quando dêles resultam direitos subjetivos de terceiros. As formas de

revisão administrativa importam, assim, na maioria das vêzes, a reapreciação do ato tanto no mérito, como na legalidade.

Mesmo, no entanto, se já se exauriu a faculdade discricionária e não mais se possibilita o exame do mérito, poderá, ainda, a autoridade administrativa, advertida da ilegalidade, anular os atos cometidos com abuso de poder e, portanto, contrários à ordem jurídica.

Em muitos casos, o ato administrativo deve se conformar às normas processuais instituídas em lei ou regulamento.

Assim, a aplicação aos funcionários públicos da União das penas de suspensão por mais de trinta dias, destituição de função, demissão ou cassação de aposentadoria e disponibilidade deve ser precedida de inquérito administrativo, em que o acusado goze de ampla defesa (Estatuto dos Funcionários Públicos Cívís da União, Lei n.º 1.711, de 1952, arts. 217 a 239).

O processo fiscal administrativo obedece a rito próprio, de caráter contraditório, com julgamento a cargo de órgãos administrativos, cujas decisões têm efeito definitivo (Conselhos de Contribuintes, Conselho Superior de Tarifas, Ministro da Fazenda, no âmbito federal; Conselho de Recursos Fiscais do Distrito Federal; Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de S. Paulo). O projeto de Código Tributário Nacional, em trânsito no Congresso, uniformiza o processo administrativo em matéria tributária, em todo o país.

O Tribunal Marítimo exerce jurisdição administrativa sôbre a marinha mercante, tendo competência para julgar os acidentes e fatos da navegação. As suas decisões, quanto à matéria técnica, têm valor probatório e se presumem certas, sendo suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário sômente quando forem contrárias a texto expresso da lei, prova evidente dos autos, ou lesarem direito individual. O processo sôbre acidente ou fato da navegação observa rito contraditório, segundo normas ditadas em lei especial (Lei n.º 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, alterada pela Lei n.º 3.543, de 11 de fevereiro de 1959).

As reclamações relativas ao fornecimento de canas de açúcar e aos contratos de fundo agrícola na lavoura canavieira observam normas processuais administrativas, que devem garantir às partes ampla defesa. As decisões definitivas das Turmas de Julgamento ou da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool têm força de coisa julgada, enquanto não forem regularmente anuladas pelo Poder Judiciário (Estatuto da Lavoura Canavieira, Decreto-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941, art. 140).

São, de igual modo, atos administrativos materialmente jurisdicionais as decisões finais do Conselho de Recursos da Propriedade Industrial ou do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio sôbre concessão de patentes de invenção e registro de marcas de indústria e comércio, que extinguem a instância administrativa. O Código de Processo Civil regula a ação especial de nulidade de patente de invenção e de marca de comércio (art. 332 a 335), de curso ordinário, com a finalidade da anulação judicial de concessões contrárias à lei.

Estes exemplos ilustram o caráter fragmentário do processo administrativo brasileiro que se diferencia segundo a legislação própria a cada modalidade de ação administrativa.

Há, todavia, certas tendências fundamentais que se podem sintetizar nos seguintes aspectos:

a) o direito de ampla defesa é assegurado na Constituição e nas leis ordinárias;

b) o processo contraditório é excepcional, somente ocorrendo em casos expressamente previstos em lei. É livre, porém, a apresentação pelas partes de quaisquer provas ou alegações pertinentes aos seus direitos ou interesse legítimos;

c) a motivação das decisões administrativas não é, usualmente, obrigatória. É característico do ato discricionário a ausência de motivação, podendo o administrador silenciar sobre a causa determinante de seu procedimento. Se, contudo, a autoridade exprime os fundamentos da decisão, fica esta vinculada aos motivos alegados. É garantida às partes a ciência das decisões, como das informações a que elas se referirem (Constituição, art. 141, § 36, n.º II);

d) as restrições administrativas aos direitos individuais, ou que impõem ônus aos particulares são, normalmente, precedidas de notificações, avisos, intimações ou outras formas de publicidade;

e) a fixação de normas administrativas não está, legalmente, sujeita à audiência das partes, mas a Administração admite, *sponte sua*, a colaboração de pessoas ou instituições nos assuntos de maior interesse ou de caráter especializado.

II — CONTRÔLE LEGISLATIVO

Na teoria, como na prática, o presidencialismo é o regime político nacional. Durante o Império, em que um parlamentarismo de inspiração britânica revezava, nos governos de gabinete, os dois únicos partidos existentes, já se aludia ao poder pessoal do Imperador. Na República, várias condições históricas, mesológicas e sociais fortaleceram a autoridade do Presidente da República. Este não é somente o chefe constitucional do Poder Executivo — e, nessa qualidade o dirigente supremo da Administração pública — como o *leader* nacional das forças políticas majoritárias.

Um Congresso poderoso e hostil ao Presidente da República encontraria, no exercício de suas atribuições constitucionais, condições propícias ao predomínio político ou, pelo menos, a uma tutela virtual do Executivo. A Constituição de 1946 cristaliza um movimento de reação do governo autoritário anterior, no qual as câmaras permaneceram fechadas durante oito anos. É um misto de liberalismo clássico e de dirigismo estatal: de um lado consagra um amplo programa social e econômico, com o qual se exprime a ascensão política das classes trabalhadoras; de outro, resguarda-se a competência do Congresso a ponto de vedar, taxativamente, a delegação de poderes, ou seja, a delegação legislativa.

Na realidade, a ação administrativa e política do Presidente da República é muito mais importante do que aparentam as suas atribuições constitucionais (art. 87).

No constitucionalismo do século XX, a balança do poder desloca-se, sensivelmente, para os Chefes de Governo. A partir da primeira guerra mundial, o papel dos Parlamentos declinou em benefício dos Executivos. Nos regimes representativos modernos, as leis são, em sua maioria, oriundas de projetos governamentais; o Poder Executivo assume amplas funções normativas e poderes quase-judiciais. Nos períodos de transição social, econômica e política, o Chefe de Estado é o guia natural da comunidade. Daí o fortalecimento progressivo do Poder Executivo que se evidencia na experiência constitucional de nossos dias.

Certamente, os Congressos, como barômetros das correntes de opinião, exercem um papel relevante e indispensável na ordem democrática. A sua *presença* é, no entanto, eminentemente política.

A condução dos negócios administrativos, as diretrizes financeiras e econômicas, as relações internacionais não prescindem de sua colaboração.

A substância e o rumo dessas atividades governamentais são, no entanto, determinadas pelo Executivo, tanto na concepção, como na execução, sintetizando as aspirações, tendências e potencialidades do meio social.

O contrôle do Legislativo sobre a Administração pública, especialmente nos governos presidencialistas, é caracterizadamente de efeito indireto.

Não pode o Congresso anular atos administrativos ilegais, nem exercer sobre as autoridades executivas poderes de hierarquia, ou de tutela. Em casos excepcionais, o Legislativo brasileiro participa, direta e materialmente, da função administrativa, como na aprovação pelo Senado da escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República, do Prefeito do Distrito Federal, dos membros do Conselho Nacional de Economia e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, ou na autorização de empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 63), ou, ainda, na autorização prévia para alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares (art. 156, § 2.º), assim como no julgamento anual das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional (art. 66, n.º VIII).

A ação principal do Poder Legislativo em matéria administrativa se verifica, porém, através do processo orçamentário. A aprovação da lei do orçamento e as autorizações de créditos adicionais facultam ao Congresso ou às Assembléias Legislativas e Municipais um contrôle sobre os programas administrativos, podendo coibir, indiretamente, determinadas formas de abuso de poder pela recusa de recursos financeiros.

São também remédios indiretos contra os abusos de poder das autoridades os pedidos de informações dirigidos pelos parlamentares aos órgãos da Administração pública, por intermédio das mesas das Casas Legislativas (Senado e Câmara dos Deputados, na esfera federal; Assembléias Legislativas, nos Estados; Câmaras de Vereadores, nos Municípios), nos termos de seus Regimentos Internos.

A convocação de Ministros ou Secretários para comparecer perante os órgãos legislativos, a fim de prestar informações acêrca de assunto prèviamente determinado (Constituição, art. 54) é outra forma potencial de exame de abusos administrativos.

Finalmente, podem as Casas do Congresso (e as Assembléias Legislativas, se o permitir a Constituição do Estado) constituir comissões parlamentares de inquérito sôbre fato determinado, sempre que o requerer um têrço de seus membros, conforme dispõe o art. 53 da Constituição federal, ou mediante deliberação plenária.

A Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952, regula o funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito, determinando a aplicação supletiva das normas do processo penal.

A incumbência das Comissões Parlamentares de Inquérito, salvo deliberação em contrário, termina com a sessão legislativa correspondente.

São apenas órgãos de investigação, podendo, no exercício de suas atribuições, determinar diligências, requerer a convocação de Ministros de Estado, inquirir autoridades e testemunhas, ouvir os indicados, requisitar informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.

Não lhes cabe proferir decisão, ou julgamento. De seus trabalhos apresentarão relatório à respectiva Câmara, concluindo por projeto de resolução, a ser objeto de deliberação do plenário.

As comissões de inquérito são órgãos internos do Congresso e têm como limites as atribuições das Casas que representam. O poder de investigar é uma decorrência do poder de legislar e de fiscalizar próprios do Parlamento. Os seus fins são os que a êste incumbe, na ordem constitucional.

É lícito, portanto, às câmaras promover investigações sôbre abusos de poder da Administração pública, praticando, em consequência, os atos legislativos, ou outros de sua alçada. Devem, porém, encaminhar às autoridades competentes as conclusões pertinentes às atribuições dos demais poderes.

O Congresso exerce, ainda, atividade jurisdicional penal no processo e julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (e dos Ministros de Estado em crimes conexos), entre os quais os que atentarem contra o livre exercício de direitos individuais e sociais, a probidade na Administração, a lei orçamentária, a guarda e o legal emprêgo dos dinheiros públicos.

A Câmara de Deputados funcionará como tribunal de pronúncia e o Senado Federal, como tribunal de julgamento, cabendo a presi-

dência dêsse último ao Presidente do Supremo Tribunal Federal (Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, art. 80).

Os crimes de responsabilidade dos Governadores dos Estados serão processados e julgados pelas respectivas Assembléias Legislativas (Lei n.º 1.079, de 1950, arts. 74 e seguintes) e os dos Prefeitos Municipais, pelas Câmaras de Vereadores, salvo se de outra forma dispuser a legislação estadual (Lei n.º 3.528, de 3 de janeiro de 1959, art. 4.º).

III — CONTRÔLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

O contrôle jurisdicional da Administração pública no Brasil observa o sistema da jurisdição única. O Poder Judiciário conhece de tôdas as lesões de direito individual (Constituição, art. 141, § 4.º) e das questões contenciosas em que o Estado é parte.

Tivemos, durante o Império, um tímido ensaio de contencioso administrativo, sobretudo em matéria fiscal, que não atingiu, no entanto, o estágio de jurisdição administrativa típica. O Conselho de Estado, a par da função eminentemente política, de órgão auxiliar do Poder Moderador, exercido pelo Imperador, desempenhou, em matéria administrativa, atribuições consultivas, algumas das quais se aproximavam de uma tentativa de *justiça opinativa* (*justice retenue*), nos moldes do Conselho de Estado Napoleônico.

A República extinguiu o Conselho de Estado e implantou, em definitivo, o sistema da unidade de jurisdição.

O Poder Judiciário, exerce tanto o contrôle de constitucionalidade das leis (por intermédio do Supremo Tribunal Federal), como da legalidade dos atos do poder público. O contencioso administrativo é apreciado pela Justiça comum, que examina os atos administrativos, como instância de anulação ou de indenização.

O monopólio jurisdicional do Poder Judiciário sòmente deixa de se exercer em casos restritos e expressos. Um dêles, o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Congresso. Outro, a jurisdição contenciosa do Tribunal de Contas, em matéria contábil, quando a Constituição lhe outorga a atribuição de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, inclusive dos administradores de entidades autárquicas ou de pessoas jurídicas instituídas em lei e custeadas por tributos ou recursos do Tesouro (Constituição, art. 77, n.º II, e Lei n.º 830, de 23 de setembro de 1949, arts. 69 e 139).

O contrôle judicial limita-se, como vimos, ao exame de legalidade, não se imiscuindo com o mérito do ato administrativo. A sentença faz coisa julgada entre as partes, mas não tem caráter normativo. A Administração não é, portanto, obrigada a estender as decisões judiciais a outras situações jurídicas idênticas, não abrangidas na prestação jurisdicional.

As questões exclusivamente políticas também ficam excluídas da jurisdição do Poder Judiciário. Assim determinaram, expressamente, as Constituições de 1934 e 1937, e a limitação sobrevive, ainda que não

mais figure no texto constitucional. Quando, porém, a questão política envolve lesão a direitos subjetivos, compete ao judiciário o resguardo da ordem jurídica, mediante exame da legalidade do ato político. Nesse sentido a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, já confirmada, na vigência da presente Constituição.

Por último, há que salientar a exceção constitucional de que não cabe o *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, ou seja, contra a prisão militar (art. 141, § 23) e a eventualidade da suspensão de garantias individuais durante o estado de sítio, com a conseqüente abstenção do Poder Judiciário (arts. 206 a 215).

A) Organização judiciária brasileira

No regime legal brasileiro, concentra-se no Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional. A atividade judicante tem como cúpula o Supremo Tribunal Federal, mas se desdobra, dentro do quadro federativo, em duas ordens de competência judiciária: justiça federal e justiça estadual.

O Poder Judiciário federal compreende os seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Tribunal Federal de Recursos;
- III — Juízes e tribunais militares;
- IV — Juízes e tribunais eleitorais;
- V — Juízes e tribunais do trabalho.

Os juízes gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Não podem exercer atividade político-partidária, nem outra função pública, salvo a de magistério.

O Supremo Tribunal Federal, composto de onze juízes nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, é o intérprete máximo da Constituição e das leis.

A maioria absoluta de seus juízes delibera, inapelavelmente, sobre a constitucionalidade de leis ou atos do poder público, como de preceitos de Constituição estadual. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou decreto declarado inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A sua competência originária e exclusiva alcança o processo e julgamento:

- a) dos crimes comuns do Presidente da República, Procurador-Geral da República e Ministros do próprio Tribunal;
- b) dos crimes comuns e de responsabilidade dos Ministros de Estado, juízes de tribunais superiores federais e locais, ministros do Tribunal de Contas e embaixadores;
- c) dos litígios entre Estados estrangeiros e as pessoas de direito público interno e destas entre si;

d) dos conflitos de jurisdição entre juizes federais ou locais e de uns e outros entre si;

e) da extradição de criminosos, homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* a cartas rogatórias estrangeiras;

f) dos crimes políticos;

g) da execução de suas próprias sentenças.

Em tema de legalidade administrativa, sobressaem, notadamente, duas atribuições específicas do Supremo Tribunal Federal, a saber:

1.º — cumpre-lhe exercer o contrôlê final da Administração pública, desde que são de sua *competência originária* os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente fôr tribunal, funcionário ou autoridade sujeito à sua jurisdição, ou se tratar de crime a ela submetido, e os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Casas do Congresso e do Presidente do próprio Supremo Tribunal Federal, e de sua *competência recursal* (recursos ordinários), os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatórias as decisões, e as causas decididas por juizes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro;

2.º — por meio do *recurso extraordinário*, o Supremo Tribunal Federal defende a supremacia da lei federal e a unidade de seu entendimento. Julga, como última instância, as decisões contrárias à Constituição, tratado ou lei federal e aquelas que divergem da interpretação atribuída por êle próprio ou por outros tribunais à lei federal invocada.

A Constituição de 1946 acrescentou, ao elenco dos órgãos judiciários federais, outra côrte de julgamento, de hierarquia imediatamente inferior ao Supremo Tribunal Federal, com a competência voltada para as causas de interêsse da União: o Tribunal Federal de Recursos.

O Tribunal Federal de Recursos julga, originariamente, os mandados de segurança contra atos ministeriais, ou do próprio Tribunal e, em grau de recurso, os feitos em que a União fôr interessada, salvo os de falência e os mandados de segurança contra atos de autoridades federais. Também são de sua competência os recursos de decisões locais denegatórias de *habeas corpus*, ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interêsses da União.

É assim, na maior parte de suas atribuições, um Tribunal do contencioso administrativo da União, integrando, porém, dentro do sistema da jurisdição única, o Poder Judiciário comum.

A Justiça eleitoral, a do Trabalho e a Militar exercem, nos têrmos da lei, o contrôlê judicial de atos administrativos sujeitos à sua jurisdição especial.

A Justiça de cada Estado federado, organizada com as mesmas garantias e incompatibilidades da magistratura federal, desempenha a atividade jurisdicional local, de acôrdo com a sua organização judiciária, em que figuram o Tribunal de Justiça e os juizes de primeira instância, podendo a lei estadual criar Tribunais de alçada intermediários (como ocorre no Estado de São Paulo).

B) *Remédios judiciais*

O direito brasileiro apresenta, a partir da Constituição de 1934, um remédio judicial específico para o contrôlo dos atos de autoridades públicas: o mandado de segurança.

Disciplinado, atualmente, no art. 141, § 24, da Constituição, o processo do mandado de segurança obedece aos preceitos da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

A criação constitucional é o epílogo de uma longa evolução com que, no direito brasileiro, se cuidou da garantia de direitos individuais, violados ou ameaçados por atos do Estado.

A Lei n.º 221, de 1894, instituiu a ação sumária especial destinada à anulação de atos de autoridades administrativas.

Foi, contudo, através de ampliação do conceito de *habeas corpus*, que o Supremo Tribunal Federal aprimorou, no primeiro quartel do século, a defesa de direitos certos e incontestáveis contra a prepotência do Executivo.

O *writ* passou a amparar tanto a liberdade de locomoção, como todo e qualquer direito a cujo exercício essa liberdade fôsse necessária. O direito de ir e vir constituía, assim, a forma de manifestação do direito-escopo, na consagrada expressão do Ministro Pedro Lessa, que pontificou na formação dessa hermenêutica.

Esta chamada teoria brasileira do *habeas corpus* supriu as lacunas da lei processual, propiciando o amparo a direitos políticos e individuais.

A reforma constitucional de 1926 colocou têrmo à generosa construção da jurisprudência: o preceito constitucional foi reescrito de modo a conter o *habeas corpus* em seus limites clássicos, como remédio contra a efetiva ou iminente violência à liberdade de locomoção.

Sòmente oito anos mais tarde a Constituinte de 1934 viria a oferecer sucedâneo adequado à proteção das demais liberdades públicas.

Logo, porém, a Carta de 1937 rebaixou o novo *writ* ao plano da lei processual, interditando-se o seu uso contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

O retôrno ao regime representativo, revivesceu o remédio constitucional, preceituando o art. 141, § 4.º, do Estatuto Político:

“Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

O mandado de segurança consolidou-se, desde então, como instrumento eficaz e sumaríssimo de repulsa ao arbítrio de qualquer autoridade.

Únicamente o ato materialmente legislativo escapa aos seus lindes. A norma jurídica, a lei em tese, não provoca lesão de direito subjetivo; apenas a sua aplicação concreta, a decisão administrativa ou o ato judicial que a execute, poderão consumir ou ameaçar o atentado ao patrimônio jurídico-individual.

Os atos administrativos ou judiciais estão na índole do mandado de segurança, a menos que a lei ofereça corretivo processual adequado. Não cabe o remédio excepcional, se o ato comporta recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, ou se o despacho ou sentença judicial possa ser atacado mediante recurso próprio ou por via de correição. Também os atos disciplinares, de teor discricionário, não são conhecidos, salvo vício de incompetência ou inobservância de formalidade essencial (Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 5.º).

O direito protegido há-de ser, nos termos da Constituição, *liquido e certo*, isto é, caracterizável, de plano, na postulação inicial. A matéria de fato não pode ser duvidosa, incerta ou condicional; se o fôr deve ser remetida para as vias ordinárias de direito.

O mandado de segurança tem efeito executório, anulando o ato ilegal e impondo a restauração do direito violado. A Administração pode ser, assim, compelida a obrigações de fazer ou de não fazer, conforme o conteúdo compulsório ou inibitório do direito individual resguardado pela medida jurisdicional. Não tem, contudo, o *writ* efeitos declaratórios, ou puramente patrimoniais.

O direito de requerer mandado de segurança extingue-se dentro em 120 dias da ciência do ato impugnado, podendo, nesse prazo, ser renovado o pedido, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (no sentido processual da palavra).

Importante a medida liminar, facultada em lei e de largo uso na prática judiciária. Consiste na ordem judicial, *initio litis*, a fim de que se suspenda a execução do ato ajuizado, quando fôr relevante o fundamento do pedido e da consumação do ato puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. É forma de *sursis* à execução, até que a sentença venha a ser proferida. A execução da sentença concessiva poderá, igualmente, ser suspensa, até julgamento do recurso, mediante ordem do Presidente do tribunal *ad quem*.

A decisão do mandado de segurança não encerra a instância judicial. A parte poderá pleitear, em ação própria, os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

O mandado de segurança é processo sumaríssimo e de custo reduzido, sobretudo quando impetrado, simultaneamente, por várias pessoas, como permite a lei. É remédio célere e eficaz, de execução imediata e coativa.

Tornou-se, rapidamente, o instrumento predileto dos particulares contra a Administração, sobretudo à vista de que o recurso da sentença concessiva não tem efeito suspensivo, a contrário do que ocorre nas ações ordinárias contra a Fazenda Pública.

A estatística judiciária no Distrito Federal, de 1950 a 1958, demonstra o predomínio crescente do mandado de segurança entre os feitos propostos contra a União (inclusive autarquias federais) e a Prefeitura do Distrito Federal.

Os dados relacionados no anexo I indicam o número de mandados de segurança e dos respectivos recursos no período de 1950-1958. Não há, na estatística do Tribunal Federal de Recursos, distinção entre mandados de segurança originários e recursos em mandado de segurança, que recebem numeração contínua. Se tomarmos, contudo, a mesma proporção verificada no Supremo Tribunal Federal (22% de mandados originários), concluiremos que, no citado período, foram iniciados mandados de segurança e interpostos recursos, num total de 39.279, enquanto o total das ações ordinárias de toda natureza distribuídas contra as mesmas pessoas jurídicas de direito público, naquele período, foi de 9.942 (anexos I e II).

A Administração pública não goza, no processo do mandado de segurança, das prerrogativas que lhe são facultadas nos demais pleitos judiciais. A sua posição é antes de inferioridade em face do impetrante da medida. A este a lei concede o prazo de 120 dias para a articulação de seu direito. Àquela é dado, unicamente, o prazo de cinco dias para prestar informações sobre a coação alegada, abrindo-se em seguida, vista, por igual prazo, ao representante do Ministério Público.

A justificação do ato envolve questões mistas de fato e de direito, mobilizando a perfeita familiaridade com a legislação e a jurisprudência. As informações da autoridade correspondem, assim, à contestação do direito postulado, a ser aditada pelo parecer do Ministério Público.

A lei permite a pluralidade de autores e o litisconsórcio ativo, desde que ocorra identidade de fins e de interesses. Dar-se-á, assim, o caso de que, sem aumento de prazo, a Administração seja chamada a informar sobre várias situações jurídicas simultaneamente arguidas. Em casos de funcionários, são comuns os pedidos coletivos de dezenas ou mesmo centenas de impetrantes.

A eficácia do mandado de segurança sobreleva, no entanto, quaisquer senões processuais, facilmente removíveis pelo legislador. Os seus trâmites sumários corporificam o ideal da justiça rápida e barata. A prestação jurisdicional repele, em lapso abreviado, a lesão de direito, em muitos casos antes mesmo do início de execução do ato da autoridade coatora.

Se a ilegalidade ou abuso de poder ofende ou ameaça, diretamente, à liberdade de locomoção, a via judicial eleita deve ser a do *habeas corpus*.

Há, ainda, outros remédios judiciais específicos, a serem ajuizados ora pela Administração, ora pelo particular, que importam o exame de atos administrativos pelo Poder Judiciário: a ação executiva fiscal, para cobrança judicial da dívida ativa do Estado; a ação judicial de desapropriação; a ação de nulidade de patente de invenção e de marca de indústria e comércio.

Os particulares, como a própria Administração, podem recorrer, também, às vias comuns para as situações contenciosas de que participem.

As ações ordinárias (declaratórias, constitutivas, condenatórias), as cominatórias, os interditos possessórios e quaisquer outros remédios processuais comuns podem servir à sustentação judicial, mediante iniciativa da parte interessada, seja ela a Administração ou os administrados.

A amplitude com que a lei assegura, entre nós, a proteção do indivíduo contra os atos ilegais ou abusivos da Administração endossa o acerto da observação autorizada de Seabra Fagundes — o mais completo e exato estudioso do tema na literatura jurídica nacional: “No Brasil, tem o sistema de controle pela jurisdição ordinária uma das suas mais perfeitas expressões” (M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.^a edição, 1957, pág. 152).

IV — RESPONSABILIDADE DO FUNCIONÁRIO E DO ESTADO

O ato administrativo ilegal envolve a responsabilidade civil do Estado e, regressivamente, a do agente público.

O art. 194 da Constituição de 1946 adota o princípio da representação, com direito regressivo contra o funcionário, a título de culpa:

“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Pretende-se que a nova disposição constitucional esposa a teoria do risco administrativo, abandonando o conceito da responsabilidade subjetiva, mais acatada em face do art. 15 do Código Civil.

Não há, a respeito, uniformidade na jurisprudência, nem entre os especialistas, mas a corrente objetiva ganha, sensivelmente, terreno.

Pelo menos o conceito civilista da falta pessoal já cedeu à noção da culpa administrativa, da falta anônima de serviço, decorrente do mau funcionamento caracterizado dos serviços públicos.

A ação regressiva contra o funcionário condiciona-se ao elemento subjetivo, pressupondo culpa ou dolo do funcionário na produção do dano.

Da ilegalidade ou abuso de poder decorre, ainda, a responsabilidade administrativa ou penal do servidor público.

A violação dos deveres funcionais, inerentes ao exercício da função pública, determina a imposição de penas disciplinares, segundo a natureza e gravidade da infração, apurada de acordo com os processos fixados em lei e mediante garantia de defesa.

Se a conduta irregular do funcionário configura a prática de crime ou contravenção, soma-se às demais a responsabilidade penal.

São, no entanto, autônomas e independentes tanto as instâncias, como as cominações civis, administrativas e penais.

A existência de dano, elementar à responsabilidade civil do Estado, não é essencial à configuração da falta disciplinar ou do crime funcio-

nal. O elemento subjetivo próprio da responsabilidade administrativa ou penal não se compadece com a concepção do risco administrativo. A absolvição criminal não elide a penalidade administrativa, desde que é diverso o bem jurídico protegido.

As circunstâncias de cada caso indicam, assim, o grau e a natureza da responsabilidade do Estado e de seus funcionários pelos atos praticados no exercício de suas atribuições.

A N E X O I
 ESTATÍSTICA DE MANDADOS DE SEGURANÇA NO DISTRITO FEDERAL
 (1950 - 1958)

ANO	VFP	T.J.D.F.			T.F.R.	S.T.F.		
		O.	R.	T.	O. e R.	O.	R.	T.
1950	1 345	82	60	142	327	67	95	162
1951	820	205	91	296	507	123	117	240
1952	747	102	127	229	874	107	210	317
1953	1 200	127	143	270	864	159	358	517
1954	1 359	107	77	184	1 176	112	389	510
1955	2 488	133	149	282	1 509	116	506	622
1956	2 687	122	291	413	2 836	122	703	825
1957	3 390	107	589	696	3 007	168	609	777
1958	2 721	105	645	750	2 872	203	1 115	1 318
Total	16 757	1 090	2 172	3 262	13 972	1 177	4 111	5 288

CONVENÇÃO

V.F.P.	Varas da Fazenda Pública.
T.J.D.F.	Tribunal de Justiça do Distrito Federal.
T.F.R.	Tribunal Federal de Recursos.
S.T.F.	Supremo Tribunal Federal.
O.	Mandados de Segurança originários.
R.	Recursos ordinários.
T.	Total.

Total de mandados de segurança (originários e recursos) = 39.279

ANEXO II

*Ações ordinárias, em geral, iniciadas nas Varas de Fazenda Pública
do Distrito Federal*

1950	679
1951	677
1952	839
1953	1 143
1954	1 122
1955	1 581
1956	1 319
1957	1 112
1958	1 470
Total	<hr/> 9 942