

VALQUIRIA GONÇALVES

**CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E OS ATOS DE GOVERNO**

**CURITIBA
2005**

VALQUIRIA GONÇALVES

**CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E OS ATOS DE GOVERNO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do
Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello

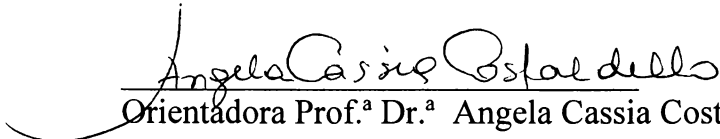
**CURITIBA
2005**

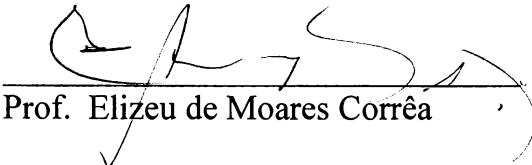
TERMO DE APROVAÇÃO

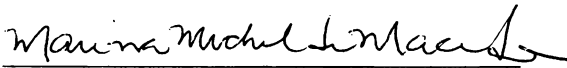
VALQUIRIA GONÇALVES

CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ATOS DE GOVERNO

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientadora Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello


Prof. Elizeu de Moares Corrêa


Prof.^a Marina Michel de Macedo

Curitiba, 01 de dezembro de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO.....	V
INTRODUÇÃO.....	1
1 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	3
1.1 SOCIEDADE, ESTADO E DIREITO	3
1.2 ESTADO MODERNO: DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO DE DIREITO	6
1.3 DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	9
1.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES	11
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	15
2.1 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A FUNÇÃO DE GOVERNO	15
2.2 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	18
2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	20
2.3.1 Princípio da Legalidade e a Ação de Controle	22
2.3.2 Princípio da Impessoalidade.....	24
2.3.3 Princípio da Publicidade.....	24
2.3.4 Princípio da Moralidade	25
2.3.5 Princípio da Eficiência	26
2.3.6 Reflexões acerca dos princípios constitucionais administrativos	26
3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	28
3.1 CONCEITO.....	28
3.2 CLASSIFICAÇÃO.....	29
3.3 CONTROLE JURISDICIONAL.....	30
3.3.1 Considerações gerais sobre o controle jurisdicional	30
3.3.2 Sistemas de Justiça Administrativa.....	32
4 A TEORIA DO ATO DE GOVERNO E O CONTROLE JURISDICIONAL.....	35
4.1 ORIGEM DA TEORIA DO ATO DE GOVERNO.....	35
4.2 TENTATIVAS DOUTRINÁRIAS EM BUSCA DE CRITÉRIOS JUSTIFICADORES À EXISTÊNCIA DO ATO DE GOVERNO	37
4.3 POSICIONAMENTO DOS AUTORES NACIONAIS SOBRE O ATO DE GOVERNO.....	39
4.3.1 Posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro	40
4.3.2 Posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	41

4.3.3 Posicionamento de Hely Lopes Meirelles.....	41
4.3.4 Posicionamento de Odete Medauar.....	42
4.3.5 Posicionamento de Fernando Andrade de Oliveira.....	43
4.3.6 Posicionamento de Diogenes Gasparini.....	43
4.3.7 Posicionamento de José Cretella Júnior.....	44
4.3.8 Posicionamento de Miguel Seabra Fagundes.....	44
4.3.9 Considerações e posicionamento adotado.....	44
4.4 CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE GOVERNO.....	46
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	49
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR.....	52

RESUMO

O trabalho aborda a teoria da separação dos poderes, a origem e transformações do Estado Moderno, em especial do Estado de Polícia para o Estado de Direito. Enfoca o regime jurídico administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública. Na seqüência, traça um panorama geral do controle da Administração Pública, passando pelo conceito, classificação e os sistemas de justiça administrativa, necessários ao controle jurisdicional. Por fim, analisa a teoria do ato de governo e a sindicabilidade de tal ato pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública. Controle jurisdicional. Ato de governo. Ato político.

INTRODUÇÃO

Muitos se dedicam ao tema que será abordado nesta monografia, pois o debate acerca do “Controle da Administração Pública” se revela necessário e atual. Sem dúvida alguma, trata-se de importante instrumento constitucional, por isso a escolha do tema.

O presente trabalho foi dividido em quatro capítulos mediante uma seqüência que parte do surgimento do Estado de Direito e da Teoria da Separação dos Poderes. Neste primeiro capítulo, realiza-se uma análise histórica do Estado Moderno, com enfoque aos movimentos revolucionários desencadeados no final do século XVIII e início do século XIX, que disseminaram ideais e introduziram um novo pensamento político.

Nessa esteira, as transformações do Estado Moderno promovidas pelas “revoluções” - na Inglaterra, já em 1215 e após, em 1688; nos Estados Unidos da América, em 1776 e na França, em 1789 - serviram de fonte a todas as constituições liberais. É nesse período que se apresentam as duas fases do Estado Moderno, quais sejam, o Estado de Polícia e o Estado de Direito. Após, aborda-se as diversas concepções de Estado de Direito: Estado Liberal, Estado do Bem-Estar Social e Estado Democrático Direito.

No segundo capítulo, enfrenta-se a dificuldade de rígida separação entre as funções administrativa ou executiva e a governamental ou política. Do cotejo entre essas duas funções, passa-se à delimitação do regime jurídico administrativo e os princípios norteadores da Administração Pública. Busca-se traçar o perfil jurídico da Administração Pública, bem como enfatizar a importância dos princípios no direito administrativo.

Quanto ao controle da Administração Pública, item abordado no terceiro capítulo, faz-se um panorama geral da matéria incluindo os sistemas de justiça administrativa. Perpassa-se também o direito positivo brasileiro. A atual Carta Política, promulgada em 05 de outubro de 1988, informa que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, e arrola nos incisos do artigo 1º, a

dignidade da pessoa humana e a cidadania como seus fundamentos. O artigo 5º apresenta um rol de direitos e deveres individuais e coletivos, tendo o inciso XXXV consagrado o princípio da inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça à direito pelo Poder Judiciário.

Atualmente o controle da Administração Pública tem sentido e alcance amplos, passando por diversos meios e formas e é pela amplitude e riqueza doutrinária que o tema fornece, que há uma delimitação para o desenvolvimento da pesquisa: o controle jurisdicional.

Restringe-se a essa “modalidade” de controle que tem como pressuposto a separação das funções do Estado, negando assim a ingerência de um Poder em outro, mas ao mesmo tempo permitindo a colaboração recíproca entre ambos. É a doutrina dos *checks and balances* - sistema de freios e contrapesos -; a qual foi acolhida pela Constituição de 1988, haja vista a independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por fim, adentra-se na teoria que gira em torno do ato de governo ou político. Mencionado ato, emanado pelo representante do mais alto nível do Poder Executivo e por derivar diretamente da Constituição, não adquire a condição de imunidade de controle, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito e à Constituição. Neste último Capítulo, aponta-se a origem do ato de governo ou político, suas teses – afirmadoras e negadoras – e a possibilidade de sindicabilidade ou não desses atos.

1 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 SOCIEDADE, ESTADO E DIREITO

Há uma inafastável relação entre Estado e Direito. Talvez, seja difícil separá-los. Por isso é necessário alguns apontamentos sobre o conceito de “Sociedade”, “Estado” e “Direito”, para, em seguida, discorrer sobre o surgimento do Estado de Direito.

As palavras Estado e Direito são plurissignificativas e traduzem variadas acepções. Para tanto, basta observar o emprego da palavra Estado em diversas áreas, como a Ciência Política, a Sociologia e o Direito, entre outras. O mesmo diga-se do conceito de Sociedade.¹

Pois bem, sabe-se que os indivíduos se organizam em comunidades, as quais são formadas por vínculos afetivos ou psíquicos, porém “comunidade” e “sociedade” não são sinônimos. A comunidade é instituição precedente à sociedade. Aquela é um agrupamento de indivíduos dotado de caráter irracional; esta, em sentido oposto, é racional e é organizada pela razão e pela ordem².

DEL VECCHIO entende por sociedade “o complexo de relações pelo qual

¹ Tais observações são apontados por BRUNNING: “Ainda não foi possível formular um conceito de sociedade que satisfaça a todos. Os sociólogos possuem uma concepção diferente dos juristas, e estes, dos políticos, e assim por diante.” BRUNNING, R. J. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris e Editora da FURB, 1989, p. 35. Nesse sentido é o que registra BONAVIDES: “O conceito de Sociedade tomou sucessivamente três colorações no curso de sua caminhada histórica. Foi primeiro jurídico (privatista e publicístico) com Rousseau, conforme vimos; depois econômico, com Ferguson, Smith, Saint-Simon e Marx, e enfim, sociológico, desde Comte, Spencer e Toennies.” BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 10 ed., 11 tiragem. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 60.

² Conforme BONAVIDES a distinção entre comunidade e sociedade foi realizada pela primeira vez, em 1799, por SCHLEIERMACHER e ainda: “Tendo a comunidade antecedido a Sociedade, que é um estágio mais adiantado da vida social, esta não eliminou aquela. No interior da sociedade, que se acha provida de um querer autônomo, que busca fins racionais, com seus vínculos tributários de dependência e complementação, com suas formas espontâneas de vida intensiva, com seus laços de estreitamento e comunicação entre os homens, no plano do inconsciente e do irracional.” BONAVIDES, op. cit., p. 59.

vários indivíduos convivem e trabalham conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade.”³

E o Estado, quando surgiu? O que é?

Como adverte MIRANDA, o Estado não pode ser resumido numa fórmula pronta, acabada ou estanque. Ao contrário “deve ser encarado como processo histórico a par de outros.”⁴ Nesse sentido, referido autor, com apoio no pioneirismo de JELLINEK, aponta os “tipos fundamentais de Estado”: Estado oriental, grego, romano, medieval e o moderno. Entretanto, para MIRANDA, na Idade Média não houve Estado. A esse período o autor chama de “pretense Estado Medieval”⁵.

Ao trabalho aqui proposto, adota-se como ponto de partida o surgimento do Estado de Direito, o que implica analisar o período de transição entre o Estado Medieval e Estado Moderno⁶.

O fim das relações medievais e a ascensão da burguesia são características que marcam o aparecimento do Estado Moderno. Há uma “crise do sistema”⁷ medieval. É nesse momento de intensas transformações que espalham-se os ideais burgueses e surge um novo pensamento político que visa atender as necessidades emergentes⁸. É acolhido “um conceito que faz do Estado a ordem jurídica, o corpo normativo, a máquina do poder político, exterior à sociedade, compreendida esta como esfera mais dilatada, de substrato materialmente econômico, onde os indivíduos dinamizam sua ação e expandem seu trabalho.”⁹

Para BASTOS e MARTINS, “O Estado – entendido portanto como uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de

³ ACQUAVIVA, M. C. **Notas Introdutórias ao Estudo do Direito**. 3 ed., São Paulo : Ícone, 1990, p. 21.

⁴ MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 51, tomo I.

⁵ *Ibid.*, p. 58.

⁶ “Não é fácil divisar, com rigor, quando surge o Estado, quando se passa da organização política medieval para a nova forma de organização política...” *Ibid.*, p. 68.

⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁸ Segundo MIRANDA, as nações vão se formando ao longo dos séculos, o que implica na necessidade de dar-se um nome e identidade. Essa identidade é reforçada por outros elementos diferenciadores como a língua, a origem, a religião e os interesses comuns. Enfim, há uma crise da mentalidade e da vida medieval. *Ibid.*, p. 64-65.

⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 60.

organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI”.¹⁰

Para BALLADORE PALLIERI o “Estado é uma *ordenação* que tem por um fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de um dada *população* sobre um dado *território*, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado.”¹¹

Deste último conceito extrai-se os elementos constitutivos de um Estado* : povo, território e poder. É também o conceito moderno de Estado, que pode ser datado de 1648 com o Tratado de Westfália.

Desses elementos, destaca-se um, qual seja, o poder, que se reveste de características peculiares, tornando-se um poder qualificado, diferente das demais “espécies” de poder. É um poder supremo interno e externo. Internamente há uma superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais. Externamente o poder se manifesta através da independência dos demais Estados¹².

O poder é um fenômeno sócio-cultural e o Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal.¹³

O Estado (dentre as diversas concepções possíveis) é uma abstração jurídica que visa, entre outros fins, a regulação do poder político. Por isso a referência ao Estado como uma organização jurídica, dotada de poder com qualidades distintas – unidade, indivisibilidade e indelegabilidade. Daí as noções de Estado e Direito serem conceitos imbricados¹⁴, porém distintos.

¹⁰ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva, 1988, v. 1, p. 109.

¹¹ BALLADORE PALLIERI *apud* SILVA, J.A. **Direito Constitucional Positivo**. 8 ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 89-90.

* É, com algumas variações, os elementos adotados pela Teoria Geral do Estado.

¹² BONAVIDES, *op. cit.*, p. 110.

¹³ SILVA, *op. cit.*, p. 97-98.

¹⁴ Conforme a noção kelseniana de Estado citado por José Afonso da Silva: “Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito”. KELSEN *apud* SILVA, *Ibid.*, p. 104.

1.2 ESTADO MODERNO: DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO DE DIREITO

Com a noção de Estado proposta, resta mostrar suas transformações, a partir de sua concepção moderna.

Na Idade Média – especificamente no Estado feudal - o poder era descentralizado; disperso. Com o advento da Idade Moderna, ocorre a unificação do poder “estatal” e surgem as monarquias absolutas. Por conseguinte, houve enfraquecimento e declínio do poder exercido pela Igreja, passando a se concentrar nas mãos do monarca. Referida concentração de poder, ensejou o aparecimento e fortalecimento das monarquias absolutistas e do chamado Estado de Polícia. O Estado Moderno possui duas fases bem nítidas¹⁵: o Estado de Polícia e o Estado de Direito.

No Estado de Polícia o poder soberano era ilimitado e não havia qualquer mecanismo de controle ou medida judicial que pudesse tutelar os direitos dos indivíduos.¹⁶

¹⁵ MIRANDA aponta três fases: Estado estamental, Estado absoluto ou Estado de polícia e Estado constitucional ou Estado liberal e burguês., MIRANDA, **Manual ...**, p. 72.

¹⁶Conforme DI PIETRO, nesse período “os súditos ficavam à mercê do príncipe, não dispondo de qualquer medida judicial a ele oponível”. DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed., São Paulo : Atlas, 2001, p. 18.; Numa sistematização das normas que disciplinam o exercício do poder político no Estado de Polícia, SUNDFELD destaca: “a) o Estado, sendo criador da ordem jurídica (isto é, sendo incumbido de fazer as normas), não se submetia a ela, dirigida apenas aos súditos. O Poder Público pairava sobre a ordem jurídica. b) O soberano, e, portanto, o Estado, era indemandável pelo indivíduo, não podendo este questionar, ante um tribunal, a validade ou não dos atos daquele. Parecia ilógico que o Estado julgasse a si mesmo ou que, sendo soberano, fosse submetido a algum controle externo. c) o Estado era irresponsável juridicamente, *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong*. Destarte, impossível seria exigir ressarcimento por algum dano causado por autoridade pública. d) O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. Daí referirem-se os autores, para identificar o Estado da época, ao *Estado-Polícia*, que impunha, de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares. Em conseqüência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir do outro indivíduo a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas). e) Dentro do Estado, todos os poderes estavam centralizados nas mãos do soberano, a quem cabia editar as leis, julgar s conflitos e administrar os negócios públicos. Os funcionários só exerciam poder por delegação do soberano, que jamais o alienava.” SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed., 4 tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 34-35.; Para CANOTILHO o Estado de Polícia apresenta as seguintes características fundamentais: “(1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano

O poder soberano no Estado de Polícia é, segundo GORDILLO, “um poder estatal juridicamente ilimitado de coagir, ditar ordens, para realizar o que o soberano entendia conveniente.”¹⁷

Como tentativas à limitação do poder político pode-se citar a Magna Carta, de João Sem Terra, em 1215, pelos ingleses e a teoria do fisco, pelos alemães.

Em síntese, a teoria do fisco ou teoria do domínio¹⁸ informava que o patrimônio público pertencia ao fisco, pessoa jurídica de direito privado, o qual se submetia à apreciação dos tribunais, diferenciando-se do Estado, pessoa jurídica de direito público, o qual era imune de apreciação pelo tribunal¹⁹, porém referida teoria “não era suficiente para alicerçar um verdadeiro Estado de Direito”²⁰.

É da passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea* que ocorre a “transformação radical da regulação do poder político, dando-lhe a feição que tem hoje e ensejando a construção da ciência do direito público.”²¹ Ou seja, “o ideal do Estado de Polícia de tudo fazer pela glória do Estado, pela grandeza e brilho da nação, foi substituído pelos ideais do liberalismo, voltados para as garantias de liberdade dos cidadãos, seriamente comprometidos pelo despotismo esclarecido.”²² Passa-se do Estado de Polícia para o Estado de Direito.

Os marcos dessa transformação são as revoluções liberais e as respectivas constituições, a exemplo da Revolução Inglesa em 1688 e o *Bill of Rights* de 1689, a Independência Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. A Revolução

ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de ‘decidir’ sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica[...]; (3) dirigismo económico através da adopção de uma política económica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (‘bem estar’, ‘felicidade dos súbditos’) como uma das missões fundamentais do soberano [...]” CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Coimbra: Almedina, p. 90.

¹⁷ Agustín GORDILLO *apud* BRUNNING, op. cit., p. 28.

¹⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 92.

¹⁹ E ainda: “Esse sistema teve o mérito de submeter uma parte da atividade do Estado à lei e aos tribunais.” DI PIETRO, **Discrionariedade ...**, p. 19.

²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 92.

* Traça-se um paralelo a História Geral, que aponta os seguinte marcos: Idade antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea, tendo a Revolução Francesa marcado a passagem da Idade Moderna para a Contemporânea.

²¹ SUNDFELD, op. cit., p. 35.

²² DI PIETRO, **Discrionariedade ...**, p. 20.

Inglesa pode ser considerada a primeira revolução burguesa da história da Europa. À Revolução Francesa – ocorrida um século após a Revolução Inglesa - coube um perfil ideológico, dado seu caráter liberal²³.

Todos esses movimentos visavam a limitação e regulação do poder, sendo o Direito o instrumento para tal mister. Instaura-se o chamado “Estado de Direito”, cuja base é o princípio da legalidade, a igualdade e separação dos poderes²⁴. Assim, os detentores do poder político também serão submetidos a controle, devendo obediência a ordem jurídica.

O surgimento do Estado de Direito é contemporâneo ao constitucionalismo.²⁵ O Estado de Direito – hoje concebido como Estado constitucional – é marcado por diversos estilos culturais²⁶, traduzindo conceitos como *The Rule of Law*, do sistema britânico; *L'État légal*, do sistema francês e o *Rechtsstaat*, oriundo do constitucionalismo alemão.

Nessa esteira, verifica-se os fundamentos do Estado do Direito: a supremacia da Constituição, a separação dos Poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais²⁷.

Dá-se o primeiro passo para a construção de um Estado ideal e desejado, que seja calcado no respeito às liberdades individuais e que possibilite a participação do povo no poder.

²³ ARRUDA, J. J. de A. A.; PILETTI, N. **Toda a História**. São Paulo : Ática , 1997, p 186.

²⁴ DI PIETRO. M. S. Z. **Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo : Atlas, 2004, p. 21.

²⁵ “A constituição em sentido moderno, pretendeu, como vimos, radicar duas idéias básicas (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo.” CANOTILHO, op. cit., p. 54.; DI PIETRO ao se referir ao Estado de Direito e constitucionalismo afirma: “É da mesma época o constitucionalismo, que vê na Constituição um instrumento de garantia da liberdade do homem, na medida em que impõe limites às prerrogativas dos governantes.” DI PIETRO, **Discrionariedade ...**, p. 20.

²⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 92-93.

²⁷ Para SUNDFELD essas características “são pedras de toque cuja falta faria desmoronar todo o edifício”. SUNDFELD, op. cit., p. 39-40.

1.3 DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Só o Estado de Direito não é suficiente à limitação do poder, eis que mesmo com respeito aos seus fundamentos, pode-se ter regimes autoritários. É necessário, portanto, legitimar o poder.

O Estado de Direito, em sua concepção originária, é fruto do liberalismo, sendo o principal instrumento a garantir a liberdade e igualdade. Por seu caráter liberal, foi marcado pelo individualismo e abstencionismo. Devido a essas características, o Estado de Direito, até então concebido, trouxe graves conseqüências. Sua abstenção e individualidade instalou a desigualdade social e econômica.

Diante das diversas transformações, em especial após as grandes guerras mundiais, introduziu-se uma nova concepção de Estado, qual seja, o Estado Social de Direito. Conforme DI PIETRO “não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.”²⁸

Assim, o Estado chamou para si determinadas atividades até então deixadas aos particulares. Surge o Estado Providência, Estado do Desenvolvimento ou Estado Social de Direito²⁹ em oposição ao Estado Liberal ou Estado Mínimo.

O ideal do Estado Social é uma sociedade mais justa, que procura a realização da justiça social. Embora nobre o seu ideal, o Estado Social de Direito não legitima o poder. Essa legitimação só é possível através da democracia. Deve-se portanto, incorporá-la ao modelo de Estado.

Para SILVA “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito.”³⁰

²⁸ DI PIETRO, **Discrionariedade...**, p. 29.

²⁹ Id.

³⁰ SILVA, op. cit., p. 108.

Com efeito, é o que ensinam CANOTILHO e VITAL MOREIRA ao dizerem que o conceito de Estado Democrático de Direito “é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado democrático.”³¹

Já para SUNDFELD, o Estado Democrático de Direito é “aquele onde o povo, sendo o destinatário do poder político, participa, de modo regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder”³² e é constituído dos seguintes elementos:

a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.³³

Verifica-se que o Estado Democrático de Direito reúne vários elementos que se conectam. Geralmente o termo “democrático” se relaciona a forma e o processo de formação do governo³⁴.

A República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito e na atual Constituição, já no Preâmbulo^{35,36}, é possível identificar a legitimação do

³¹ CANOTILHO e VITAL MOREIRA *apud* BASTOS; MARTINS, op. cit., p. 420.

³² SUNDFELD, op. cit., p. 49.

³³ *Ibid.*, p. 53-54. E ainda, para o autor o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).

³⁴ MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 7 ed. rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

³⁵ Entende-se o Preâmbulo como uma carta de intenções. Conforme MORAES “apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante...” MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 14 ed., São Paulo : Atlas, 2003, p. 49.

³⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

poder, que restou confirmada no parágrafo único do artigo 1º³⁷.

Pode-se dizer que Estado de Direito e Estado Democrático são conceitos distintos e que Estado Democrático de Direito não é a simples conjunção dos dois, mas sim um terceiro conceito, um conceito híbrido que vai ao encontro da necessidade de legitimar o poder e para tal mister se apoia em diversos instrumentos, os quais garantem a participação do povo no exercício do poder.

1.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Outro fundamento essencial do Estado de Direito (e do constitucionalismo) é a separação dos poderes³⁸.

Desde a antiguidade com Aristóteles, em *A Política*, há aplicação da separação dos poderes. Após, com o Iluminismo, segue-se em John Locke, Jean Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu. Porém é na obra *Do Espírito das Leis*, de Montesquieu, que a teoria se tornou firme e dominante. Seu pensamento visava assegurar a liberdade e a combater os abusos de poder.

Vale, por oportuno, transcrever trecho da obra de Montesquieu que ilustra claramente a necessidade da separação dos poderes.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres,

FEDERATIVA DO BRASIL.”

³⁷ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

³⁸ Como registra SILVA, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão declarou que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poder. SILVA, op. cit., p. 100.

ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.³⁹

Segundo a teoria formulada por Montesquieu, não basta apenas separar as funções ou atividades estatais, ter-se-á também que atribuir a órgãos distintos tais funções, de modo que quem faça as leis, não seja o mesmo que execute-as; quem as execute, não possa julgar as controvérsias dessa execução e assim por diante.

Não obstante, questiona-se se há “separação de poderes” ou “separação de funções”. A expressão “separação de poderes” não é a mais adequada, já que o Poder (poder estatal – político) é uno e indivisível⁴⁰. Nesse sentido, prefere-se a expressão “separação de funções” à “separação de poderes” do Estado.

Há que se considerar ainda, que as expressões Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário podem apresentar dois sentidos: um referente as funções ou atividades estatais – função de administrar ou executiva, de legislar e de julgar, e outro referente aos órgãos⁴¹. Ademais, há vários critérios para a divisão e para a limitação do poder, como por exemplo, a divisão territorial - política e a divisão funcional. A teoria da separação dos poderes segue, pois, a divisão funcional.

Assim, cada Poder (aqui entendido como órgão) é encarregado de determinada função ou atividade. São as funções típicas ou predominantes de cada Poder, o que não impede seja realizada atividade semelhante ou correspondente pelos outros Poderes, caracterizando situações excepcionais ou atipicidade.

O poder, ressalte-se novamente, é um só. Já as funções, que são formas jurídicas assumidas pela atuação estatal, são diferentes e podem ser mais de uma e são relativamente fixas e destinadas a vigorar em todo e qualquer Estado,

³⁹ MONTESQUIEU *apud* SUNDFELD, op. cit., p. 44.

⁴⁰ “O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza, já que não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto que possa ser tomado, destruído ou multiplicado.” CLÈVE, C. M. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27.

⁴¹ SILVA, op. cit., p. 97.

independentemente dos objetivos que persigam^{42,43}. É por isso que em cada Estado a teoria da separação assume traços diferentes, e de igual forma, cada função típica ou preponderante recebe o nome (legislativo, executivo ou judiciário) que se confunde com o órgão – Poder. De outro vértice, tem-se o conceito de fins ou finalidades do Estado que definem os objetivos encampados pelo Poder Público⁴⁴ e que divergem entre os diversos países. Por isso os fins do Estado são dotados de constante mutabilidade.

É necessário, ainda, um mecanismo que equilibre e permita a colaboração e controle recíproco entre as funções do Estado. Um sistema, por exemplo, que iniba a elaboração de leis autoritárias ou evite o despotismo absoluto dos governantes. Para BASTOS o mais importante da teoria tripartida é “o de demonstrar que tal divisão possibilitaria um maior controle do poder que se encontra nas mãos do Estado. A idéia de um sistema de *freios e contrapesos*, onde cada órgão exerça suas competências e também controle o outro, é o que garantiu o sucesso da teoria de Montesquieu.”⁴⁵

A essência da separação dos poderes e da colaboração recíproca é muito bem elaborada por CAVALCANTI que sintetiza: “Os poderes se interpenetram, cada um contribuindo com uma parcela na complementação da atividade dos outros e é justamente por meio desse controle recíproco e dessa colaboração inevitável, que se pode atingir o objetivo político da separação dos poderes, qual seja a garantia das liberdades individuais, a reação contra o poder absoluto, implantação do arbítrio e competência irrestrita e ilimitada.”⁴⁶

O artigo 2º, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, preceitua que os poderes da União - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário - são

⁴² BASTOS; MARTINS, op. cit., p. 430.

⁴³ A fixidez das funções também é citada por MIRANDA: “É duradoura – prolonga-se indefinidamente, ainda que se desdobre em atos localizados no tempo que envolvem pessoas e situações diversas” e “Assim, a função legislativa ou função jurisdicional vêm a durar sem limites de tempo, mas nelas vêm a individualizar-se qualquer lei feita ou qualquer sentença data – a lei *A* ou *B*, a sentença *A* ou *B* – no seu exercício.” MIRANDA, J. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**. n. 189, p. 85-99, jul./set. 1992, p. 87, nota 3.

⁴⁴ BASTOS; MARTINS, op. cit., p. 430.

⁴⁵ BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. ampl. atual., São Paulo : Saraiva, 1994, p 149.

⁴⁶ CAVALCANTI, T. B. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958, p. 321.

independentes e harmônicos entre si⁴⁷. Ademais, a separação dos poderes é cláusula pétrea da Constituição da República, conforme dispõe o parágrafo 4º do artigo 60⁴⁸.

Grosso modo pode-se dizer que ao Legislativo (órgão ou poder) é atribuída a atividade de legislar, de inovar a ordem jurídica, de estabelecer as normas gerais e abstratas (leis), “seja para regular os demais atos estatais, seja para regular a vida dos cidadãos.”⁴⁹

Ao Judiciário cabe resolver e julgar os conflitos que lhe são apresentados, eis que é vedado aos particulares a realização de justiça pelas próprias mãos.

A aplicação da lei, editada pela Legislativo, é tarefa do Poder Executivo. É, para SEABRA FAGUNDES, aplicar a lei de ofício⁵⁰.

A função administrativa será adiante melhor comentada juntamente com a função de governo, eis que é comum relacionar uma função à outra.

⁴⁷ FERREIRA FILHO no artigo A Constituição de 1988 – Um balanço após Dezesesseis Anos de Vigência, faz uma crítica quanto à concentração do poder nas mãos do executivo e atribui como instrumentos para tal (a) a possibilidade de intervenção na economia e nas finanças, (b) as medidas provisórias e (c) a possibilidade de reeleição do Presidente da República. Como reflexo, tem-se o amesquinamento do Poder Legislativo. FERREIRA FILHO, M. G. A Constituição de 1988 – Um balanço após Dezesesseis Anos de Vigência. **Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 8, p. 40-53, abr./maio/jun. 2004.

⁴⁸ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

...”

⁴⁹ SUNDFELD, op. cit., p. 42.

⁵⁰ SEABRA FAGUNDES, M. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário** (sic). 2 ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950, p. 13.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A FUNÇÃO DE GOVERNO

Embora de difícil conceituação e separação entre uma e outra, função de governo e função administrativa não se confundem. A essa tarefa, a doutrina empregou diversos critérios. Alguns entendem ser inútil tal distinção⁵¹, para outros a divergência maior se restringe à lingüística do que ao conteúdo de cada uma das funções.⁵²

Antes porém, cumpre saber a definição de função pública.

Função pública, para BANDEIRA DE MELLO, “é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.”⁵³ É como ensina SUNDFELD um “poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro *dever jurídico*, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica *finalidade* que gerou sua atribuição ao agente.”⁵⁴ Corroborando esse entendimento, JUSTEN FILHO diz que “a função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual.”⁵⁵

Assim as funções estatais são atividades desenvolvidas pelo Estado, por meio dos seus diversos órgãos, caracterizado por um “poder-dever”, o qual constitui um instrumento jurídico apto à persecução do interesse público.

⁵¹ Esse é o entendimento de CRETELLA JÚNIOR: “Para alguns, ao lado da função administrativa haveria uma função governamental ou função governativa, distinção que se fez na França, mas que hoje não mais se justifica.” CRETELLA JÚNIOR, J. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 1 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 14.

⁵² Com efeito, é o que afirma FIGUEIREDO: “no conceito de função administrativa há muito maior divergência de ordem lingüística, ente os autores, do que, realmente, quanto ao seu conteúdo”. FIGUEIREDO, L. V. *Premissas à Elaboração de um Conceito de Direito Administrativo*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 120, p 49-61, abr./jun. 1975, p. 50.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed., São Paulo : Malheiros, 2002, p. 27.

⁵⁴ SUNDFELD, op. cit., p. 163.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 50.

A dificuldade de delimitação das atividades administrativas e governamentais pode ser justificada. Conforme relata OLIVEIRA já nas primeiras formas de agrupamento humano, ou seja, muito antes da existência do Estado, a vida comunitária era cercada por um poder diretivo e era exercida por diversas pessoas – chefe da família, chefe da comunidade, anciãos ou várias pessoas reunidas em conselhos ou assembléias. Com a evolução desses agrupamentos e com sua transformação em Estado, o governo passou a ser um dos seus elementos. Era, portanto, uma manifestação de autoridade e não simples prestígio ou mera liderança. Nessas formações mais antigas, todas as funções estatais estavam concentradas no governo. Aos poucos foi se destacando a função jurisdicional e depois a legislativa. As demais atividades – residuais de administração em sentido estrito e de governo – ficaram carentes de identidade própria.⁵⁶

De fato, com a separação das funções estatais, as funções de governo e de administração ficaram concentradas no Chefe do Poder Executivo. Por isso, no sentido vulgar, associa-se governo à função administrativa.

Dessa concentração de funções (governo e administração) emerge a necessidade de separá-las, lançando mão de certos critérios. A doutrina propõe critérios distintivos e ressaltam algumas características. Nesse mister, busca-se alguns entendimentos e conceitos doutrinários, sem a pretensão de esgotá-los.

Conforme HAURIUO “a função administrativa consiste, essencialmente, em realizar os problemas correntes do público. A função governativa consiste em resolver os casos excepcionais que interessam à unidade política e a zelar pelos grandes interesses nacionais.”⁵⁷

Para MEDAUAR o governo está relacionado com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade enquanto que a administração realiza tarefas

⁵⁶ OLIVEIRA, F. A. de. Conceituação do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 120, p. 14-48, abr./jun. 1975. E ainda: “Na sua acepção primitiva, a palavra *governo* indicava, pois, o conjunto das funções do Estado, de que se separou, primeiro, a justiça, depois, a legislação. E por isso que, atualmente, o termo é empregado por muitos autores para designar tão-somente as *atividades residuais*, atribuídas ao *poder executivo*.” p. 28.

⁵⁷ HAURIUO *apud* CRETELLA JÚNIOR, **Controle Jurisdicional ...**, p. 14.

simples e cotidianas que dependem do governo ou que dependem das diretrizes governamentais⁵⁸.

JUSTEN FILHO conceitua a função administrativa como “o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional” e função de governo como “um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais, vinculada aos direitos fundamentais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias.”⁵⁹

Observa-se concordância doutrinária no sentido de que a função de governo se distingue da função administrativa na medida em que essa realiza atividades essenciais e cotidianas da coletividade ao passo que aquela é responsável pela formulação de diretrizes fundamentais do Estado.

Já ALESSI utiliza um critério material para definir função administrativa, o que reforça o entendimento de que qualquer órgão pode realizar atividades administrativas. Segundo o mencionado autor, nas três funções estatais ocorre a emanção de atos de produção jurídica. No Poder Legislativo há produção jurídica primária (lei). Já no Poder Judiciário a produção jurídica se revela subsidiariamente à primária (sentença). Por último, na função administrativa realizada pelo Poder Executivo, a produção jurídica é complementar a primária, que não fica absorvida apenas na função administrativa. Engloba a política ou governo. E ainda, “basicamente, a função política compreende as atividades co-legislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.”⁶⁰

⁵⁸ MEDAUAR, **Direito ...**, op. cit., p. 50.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 29-31.

⁶⁰ ALESSI *apud* DI PIETRO, **Direito ...**, 15 ed., p. 58.

Da análise dos posicionamentos expostos, sobressai o consenso quanto à dificuldade de rígida separação das funções. Ademais, a doutrina não encontrou um critério que possa definitivamente separar as funções administrativas e de governo.

Como corolário da divisão acima, tem-se que a expressão “Administração Pública” pode se apresentar ora em sentido amplo, ora em sentido estrito. A Administração Pública em sentido amplo compreende os órgãos e as funções de governo e de administração ao passo que Administração Pública em sentido estrito se limita aos órgãos e as funções de administração.

Adiante analisar-se-á o regime jurídico aplicável a Administração Pública. Porém, deixa-se claro que embora exista uma divisão de funções – tripartida e ainda entre a função executiva e a função de governo – as atividades administrativas se revelam em todos os Poderes, concentrando-se, pelas razões já expostas, no Poder Executivo.

2.2 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Ao Estado cabe a gestão de interesses públicos. Reclama, nesse sentido, por uma disciplina jurídica própria.

O direito administrativo é uma parte do ordenamento jurídico voltada à disciplina da organização, funcionamento e controle da Administração Pública e, em consequência, de suas relações com terceiros⁶¹. Diante disso é possível deduzir que a Administração Pública possui normas próprias, ou seja, um regime jurídico específico.

Há atividades do Estado que se sujeitam a normas de direito público. Entretanto, há outras em que há aplicação do direito privado. A escolha ou a incidência de uma ou de outra norma, porém, não é realizada pela vontade e sim pelo ordenamento jurídico. Com efeito, quando a Administração Pública realiza um contrato de aluguel com um particular para abrigar a sede de um órgão, por exemplo, nesta relação jurídica estará incidindo normas do direito privado (direito civil).

⁶¹ SUNDFELD, op. cit., p. 103-104.

Todavia, a submissão da Administração Pública ao direito privado nunca é total, ao contrário, é uma excepcionalidade. Situação oposta ocorre quando a Administração Pública precisa construir um hospital ou uma escola. Neste caso há incidência do direito público. Está-se diante do regime jurídico administrativo.

A essência do regime jurídico administrativo está no conjunto de prerrogativas e restrições a que se submete a Administração Pública, que objetivam resguardar ou proteger a coisa pública⁶². Essas prerrogativas (e privilégios) manifestam-se através da autoexecutoriedade dos seus atos, da autotutela, da imunidade tributária, dos prazos dilatados em juízo, do juízo privativo, do processo de execução diferenciado e da presunção de veracidade dos seus atos⁶³, dentre outros exemplos.

O ordenamento jurídico é composto por regras e princípios. As regras são “consistentes em pautas normativas que determinam em termos mais precisos as condutas facultadas, proibidas ou obrigatórias”⁶⁴, já os princípios, conforme SUNDFELD, “são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”⁶⁵ Ressalte-se, entretanto, que as regras assim como os princípios são dotados de normatividade. Tanto é que as normas correspondem ao gênero e as regras e os princípios são espécies.

Pode ocorrer, em determinada situação, a necessidade de desvendar um princípio, eis que nem sempre ele está claro no texto normativo. Neste caso, dá-se o nome de princípio implícito⁶⁶.

O direito administrativo tem origem recente e pretoriana⁶⁷ – especificamente da jurisprudência francesa – sendo a aplicação de princípios, relativamente à esse ramo do Direito, objeto de intensa preocupação e estudo.

⁶² Para MOREIRA “Tais vantagens não existem como fim em si mesmo, nem como privilégio personalíssimo, mas são meramente poderes-meios para o cumprimento do dever de cuidar excelentemente da coisa pública”. MOREIRA, E. B. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 23.

⁶³ DI PIETRO, **Direito ...**, 17 ed., p. 65.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 53.

⁶⁵ SUNDFELD, op. cit., p. 143.

⁶⁶ SUNDFELD cita como exemplo de princípio implícito a função que resulta da lógica própria do Estado de Direito, implantado pela Constituição. Ibid., p. 149.

Entende-se que a ofensa ou desrespeito a um princípio não ofende só uma norma, mas todo o conjunto de normas, ou seja, todo o sistema, eis que são os princípios que dão unidade ao conjunto⁶⁸.

Para BANDEIRA DE MELLO o direito administrativo é centrado em dois princípios⁶⁹, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração. Observe-se que tais princípios giram em torno do interesse público.

Para o referido autor, interesse público é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”⁷⁰

Insta esclarecer que interesse público não deve jamais ser confundido com interesse da Administração.

2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os doutrinadores arrolam – alguns de maneira mais abrangente que outros – os princípios aplicáveis a Administração Pública. Contudo, prefere-se não citar todos os princípios debatidos pela doutrina e apenas apontar a existência de princípios

⁶⁷ MEDAUAR, **Direito ...**, op. cit., p. 38.

⁶⁸ “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 818.

⁶⁹ “Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.” BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 48.; Nesse sentido, DI PIETRO: “O princípio da supremacia do interesse público constitui, sem dúvida alguma, um dos alicerces de todo o direito público e, conseqüentemente, também do direito administrativo.” DI PIETRO, **Discricionariedade ...**, p. 209.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 53.; Em passagem anterior, o mesmo autor afirma que “o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”. Ibid., p. 51.

explícitos e implícitos⁷¹, bem como destacar a existência de princípios mais abrangentes e outros setorizados (de menor abrangência).

Importante mencionar que a atividade administrativa deve, sempre, seguir a ordem constitucional⁷². Observe-se que a atual Constituição da República Federativa do Brasil atribuiu um capítulo específico a Administração Pública no título destinado a Organização do Estado (Título III – Capítulo VII).

No artigo 5º, verifica-se a incidência de várias regras e princípios na atividade administrativa. Do *caput* do artigo 37 da Constituição da República extraímos os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência, que serão abordados adiante. Houve, segundo OLIVEIRA MORAES, a partir da Constituição da República de 1988, a constitucionalização dos princípios da Administração Pública⁷³.

Na legislação infraconstitucional também é possível encontrar, de modo explícito, princípios aplicáveis à atividade administrativa. Ilustrativamente, cita-se a Lei 8.666 de 1993, que disciplina as licitações e a Lei 9.784 de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo.

Por traduzirem os princípios específicos da Administração Pública, conforme determinação do legislador constituinte, analisar-se-á apenas os princípios do *caput* do artigo 37 da atual Constituição.

⁷¹ Como exemplo, cita-se BANDEIRA DE MELLO que aponta os seguintes princípios com fundamento constitucional: 1) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado-*idéia* de Estado; 2) Princípio da legalidade – art. 5º, II; art. 37, *caput* e art. 84, IV; 3) Princípio da finalidade – *idem* ao legalidade; 4) Princípio da razoabilidade – *idem* a legalidade e finalidade; 5) Princípio da proporcionalidade – *idem* a razoabilidade; 6) Princípio da motivação – art. 1º, II e parágrafo único e art. 5º, XXXV; 7) Princípio da impessoalidade – art.37, *caput* e art. 5º, *caput*; 8) Princípio da publicidade - art.37, *caput* e art. 5º, XXXIII e XXXIV, “b”; 9) Princípios do devido processo legal e da ampla defesa – art. 5º, LIV e LV; 10) Princípio da moralidade administrativa - art.37, *caput* e §4º; art. 84, V e 5º, LXXIII; 11) Princípio do controle judicial dos atos administrativos - art. 5º, XXXV; 12) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos – art. 37, §6º; 13) Princípio da eficiência – art. 37, *caput*; 14) Princípio da segurança jurídica. *Ibid.*, p. 114-115.

⁷² É o que reforça MEDAUAR: “Hoje, no estudo, pesquisa, interpretação e aplicação do Direito Administrativo, torna-se essencial o encadeamento dos seus temas ao sistema constitucional pátrio, o que leva a necessidade de leitura de toda a Constituição para conhecer o nexos caracterizador da Administração no ordenamento geral do Estado.” MEDAUAR, **Direito ...**, p. 51.

⁷³ OLIVEIRA MORAES, G. de. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2 ed.,

2.3.1 Princípio da Legalidade e a Ação de Controle

Para a compreensão do controle da Administração Pública é necessário discorrer acerca do princípio da legalidade, haja vista, muitas vezes, a doutrina se referir ao controle de legalidade da Administração Pública.

O Estado de Direito incumbido de proteger e garantir os direitos fundamentais estruturou-se com o princípio da legalidade, da igualdade e da separação dos poderes⁷⁴.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 5º, é possível identificar traços do princípio da legalidade: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que nela não ordena.”⁷⁵ Posteriormente, a Constituição francesa de 1791, no artigo 3º diz: “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência.”⁷⁶

Conforme noticia DI PIETRO⁷⁷, desde o surgimento até a atualidade, o princípio da legalidade sofreu modificações, devidas às transformações do Estado Moderno.

No Estado de Polícia não havia o princípio da legalidade administrativa eis que o poder estatal ou do monarca não se subordinava a nenhum controle ou limite.

No Estado Liberal de Direito, mesmo com a consagração do princípio, ainda havia resistência em submeter os atos da Administração Pública a um controle jurisdicional. Como forma de escapar a qualquer revisão dos seus atos, alegava-se a discricionariedade, quer isso dizer, os atos da Administração Pública ficavam acobertados pela margem de conveniência e oportunidade que era atribuída pela lei. O princípio da legalidade era entendido da seguinte maneira: se não houvesse barreiras

São Paulo : Dialética, 2004, p. 112.

⁷⁴ DI PIETRO, **Discricionariedade ...**, p. 20.

⁷⁵ Ibid., p. 21.

⁷⁶ Id.

⁷⁷ DI PIETRO, **Discricionariedade ...**, op. cit.

legais, havia espaço para o agir da Administração. É o que a doutrina chama de vinculação negativa da Administração à lei.

Com o surgimento do Estado Social de Direito, e também do positivismo jurídico, o princípio da legalidade sofreu influências. O agir da Administração Pública ficou limitado a fazer apenas aquilo que a lei permitia. É a vinculação positiva da Administração à lei ou legalidade estrita⁷⁸. O agir da Administração – e a discricionariedade que lhe é conferida – é limitado pelo ordenamento jurídico.⁷⁹

Busca-se, na atualidade, conformar o princípio da legalidade com os valores e princípios consentâneos ao Estado Democrático de Direito, contudo, sem ignorar a obediência a lei formal.

No entanto, para que isso efetivamente aconteça, é imprescindível que a ordem jurídica que fundou o Estado Democrático de Direito, possa garantir a obediência aos seus princípios. Surge então, a necessidade de que aquela mesma ordem jurídica ofereça mecanismos para a observância e o fiel cumprimento daqueles princípios.

Ademais, o agir administrativo deve ser transparente e deve existir uma espécie de “prestação de contas”. O artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já proclamava: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”⁸⁰. De fato, de nada adiantaria a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade se não houvesse uma forma de verificar a conformidade dos atos, bem como corrigi-los ou revê-los.

⁷⁸ Como regime de estrita legalidade “Há de se entender não apenas a proibição de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente permitidos pela lei.” E ainda a Administração Pública “deve agir subsumida a lei; vale dizer que mesmo a discricionariedade encontra teto e baliza dentro da própria norma.” FIGUEIREDO, op. cit., p. 58.

⁷⁹ “Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.” DI PIETRO, **Discricionariedade ...**, p. 37.

⁸⁰ MEDAUAR, **Direito ...**, p. 405.

No direito positivo brasileiro o princípio da legalidade está presente no artigo 5º, II e no *caput* do artigo 37, sendo este último chamado de princípio da legalidade administrativa.

2.3.2 Princípio da Impessoalidade

OLIVEIRA MORAES informa que este princípio é denominado pela doutrina europeia de princípio da imparcialidade. Com razão, pois o vocábulo impessoalidade associa-se a noção de neutralidade, de imparcialidade, de igualdade e de finalidade pública. De acordo com a autora, esse é o seu conteúdo jurídico.⁸¹

O princípio da impessoalidade garante a realização do interesse público, daí a noção de finalidade pública imposta por MEIRELLES. Já para BANDEIRA DE MELLO, “traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas”⁸². Nesse sentido, o princípio em questão, manifesta-se como igualdade.

Em suma, tem-se vários feixes que se convergem, pois em qualquer desses sentidos procura-se evitar abusos, nepotismos ou favorecimentos pessoais. Sem dúvida, trata-se de princípio que deve permear toda a atividade administrativa.

2.3.3 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade implica em transparência e deve ser visto sistematicamente com as demais normas constitucionais, pois relaciona-se com o direito à informação (art. 5º, XXXIII); ao direito de petição, de certidão e de recorrer administrativamente (art. 5º, XXIV) e ao *habeas data* (art. 5º, LXXII).

Tem-se que, apenas por expressa previsão constitucional, o princípio da publicidade poderá ser restringido. Assim todo agir da Administração deve ser divulgado, transparente e público.

⁸¹ OLIVEIRA MORAES, op. cit., p. 115-117.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 104.

2.3.4 Princípio da Moralidade

O princípio ora analisado remete ao binômio Direito e moral e implica uma atuação ética da Administração Pública.

OLIVEIRA MORAES noticia que as constituições anteriores eram silentes quanto à moralidade administrativa e destaca o parágrafo 31 do artigo 141 da Constituição de 1946, o qual punia os casos de enriquecimento ilícito perpetrados por abusos de cargo ou função pública. Já as leis infraconstitucionais são de longa data e procuram imprimir um conteúdo à moralidade administrativa. Como exemplos cita-se o Decreto 19.938/1930, que mencionava o respeito ao interesse público e à moralidade administrativa no tocante aos contratos, concessões e outras outorgas da Administração; a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965); e as recentes, Lei de Probidade Administrativa (Lei 8.429/1992), a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e a Lei do Processo Administrativo (Lei 9.781/1999).⁸³

MEDAUAR entende que o princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, pois a percepção da imoralidade só é possível quando se analisa todo o contexto em que a decisão ou ato foi tomado⁸⁴.

O princípio da moralidade compreende a probidade (art. 85, V da Constituição brasileira), a boa-fé e a razoabilidade. A probidade se manifesta por meio da honestidade e lealdade que é exigida da Administração. A boa-fé se destaca como princípio geral do direito e implica em respeito, segurança e confiança. Já a razoabilidade conduz a uma atuação segundo os padrões comuns e de bom senso, que de igual forma passam pela boa-fé.⁸⁵

Não há como imaginar uma atuação administrativa sem o devido respeito a boa-fé, a probidade e a razoabilidade, sob pena de afronta e desacato aos fundamentos da República – a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, exige esse respeito, pois a imoralidade é questão discutida de longa data.

⁸³ OLIVEIRA MORAES, op. cit., p. 117-118.

⁸⁴ MEDAUAR, **Direito ...**, p. 139.

2.3.5 Princípio da Eficiência

Para MEDAUAR “o vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso.”⁸⁶

Para DI PIETRO traduz-se em dois aspectos: um como modo de atuação do agente público e outro como modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública⁸⁷.

O princípio da eficiência foi importado da ciência da Administração e sua origem se deu na Reforma do Estado, intentada em 1995, cuja pretensão foi impor agilidade à atuação administrativa. Na Constituição brasileira, o princípio foi introduzido através da Emenda Constitucional n.º 19/98.

2.3.6 Reflexões acerca dos princípios constitucionais administrativos

Constata-se que atribuir *status* constitucional aos princípios gera ao Poder Judiciário uma maior amplitude quanto à sindicabilidade da Administração Pública. Ademais, imprime o dever de verificação não somente quanto ao princípio da legalidade - aspecto vinculado dos atos da Administração - mas também em relação aos demais princípios.

Ao analisar a sindicabilidade dos atos políticos, SILVA FILHO⁸⁸ propõe que tais atos, quando produzidos, sejam motivados. De fato, não só para os atos de governo ou políticos há necessidade de motivação, como também a todos os demais atos da Administração. Em relação aos atos administrativos isso já acontece.

A doutrina - exemplificativamente OLIVEIRA MORAES⁸⁹ e FREITAS⁹⁰ -

⁸⁵ OLIVEIRA MORAES, op. cit., p. 126-130.

⁸⁶ MEDAUAR, **Direito ...**, p. 142.

⁸⁷ DI PIETRO, **Direito ...**, 17 ed., p. 83.

⁸⁸ SILVA FILHO, D. B. e. Sindicabilidade dos Atos Políticos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 40, p. 275-298, 1993, p. 288.

⁸⁹ OLIVEIRA MORAES, op. cit., p. 108.

⁹⁰ FREITAS, J. Discricionariedade Administrativa Vinculada a Princípios Fundamentais. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, n. 35, p.1223-1234, jun./2003-2004, p. 1229.

destaca a falha deixada pelo legislador constituinte, pois o dever de fundamentação das decisões está explícito no texto da Carta Magna somente para a atividade jurisdicional (art. 93, X). Melhor seria se o projeto da Constituição de 1988 tivesse sido aprovado como previsto, ou seja, o dever de fundamentação das decisões administrativas como requisito de validade do ato⁹¹. Não obstante isso, a motivação deriva de outros princípios, ou melhor, do próprio sistema. Esta é a proposta de FREITAS⁹² ao dizer que todos os atos estão vinculados a princípios fundamentais. É por isso também que os princípios constitucionais aplicam-se não só aos atos administrativos mas a todos os atos da Administração. Incidem, portanto, nos atos de governo.

3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 CONCEITO

A palavra controle induz uma atuação ou atividade de investigação, verificação e fiscalização⁹³.

No que tange ao conceito, veja-se, exemplificativamente, o entendimento posto pela doutrina nacional. Assim, para MEIRELLES “o controle em tema de administração pública, é a faculdade ou vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre conduta funcional do outro.”⁹⁴

Para JUSTEN FILHO “é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da imposição da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem.”⁹⁵

Para MEDAUAR “é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.”⁹⁶

Dos conceitos transcritos, observa-se que o controle é uma atividade de conformação, de verificação e de contenção do poder, podendo ser exercido pelo próprio órgão controlador ou por órgão alheio, em obediência a regras e princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Entende-se que o controle da Administração Pública abrange não só o Poder Executivo mas também o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Isso porque a expressão “administração pública” deve ser considerada no sentido material, qual seja,

⁹³ Na obra “Controle da Administração Pública”, MEDAUAR aponta a etimologia e as acepções do termo controle. Quanto às acepções, a autora se apoia em BERGERON que arrola seis acepções do termo, a saber: dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação e registro. MEDAUAR, O. **Controle da Administração Pública**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 13-15.

⁹⁴ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed., São Paulo : Malheiros, 1999, p. 598.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 732.

⁹⁶ MEDAUAR, **Controle ...**, p. 22.

aquele que envolve toda a Administração Pública direta e indireta, bem como os órgãos dos outros Poderes do Estado quando na realização de atividades administrativas.

3.2 CLASSIFICAÇÃO

Devida a amplitude e riqueza que o tema “controle da Administração Pública” fornece é comum encontrar diversas classificações propostas pela doutrina⁹⁷.

Como uma primeira classificação cita-se o controle institucionalizado ou jurídico e o controle não institucionalizado ou social.

O controle social é realizado por meio da participação direta da população, o que difere dos controles jurídicos. No Brasil, há previsão constitucional à participação popular e, em alguns setores, foram implantados por legislação ordinária. É o que acontece, por exemplo, na liberação de verbas públicas como a destinada à alimentação escolar ou para manutenção do ensino fundamental as quais passam pelo crivo de um conselho formado por representantes do segmento afim. No entanto, há uma carência de conscientização do povo sobre o impacto e a força que o controle social representa para o desenvolvimento da nação e para o fortalecimento do Estado, pois tal instituto vem a reforçar a legitimidade daqueles que exercem o poder.

Relativamente aos controles institucionalizados e com objetivo de traçar um panorama geral, escolhe-se alguns critérios de classificação, restando delimitado neste trabalho quanto ao órgão controlador; quanto ao momento em que se realiza o controle do ato e quanto ao objeto a ser analisado.

⁹⁷ A classificação proposta por MEIRELLES é a seguinte: hierárquico e finalístico; interno e externo; prévio ou preventivo, concomitante ou sucessivo e subsequente ou corretivo; de legalidade ou legitimidade e de mérito. MEIRELLES, op. cit., p. 599-602.; DI PIETRO classifica em administrativo, legislativo e judicial; prévio, concomitante e posterior; interno e externo; legalidade e de mérito. DI PIETRO, **Direito ...**, 15 ed., p. 623-625.; Já para MEDAUAR o controle sobre a Administração pode ser sobre a legalidade, de mérito e controle da ‘boa administração’; prévio, concomitante e sucessivo; pode-se ter controle por ato e de atividade; de ofício, por provocação ou compulsório. MEDAUAR, **Direito ...**, p. 407.

Quanto ao órgão controlador o controle da Administração Pública pode ser exercido pela própria administração ou por órgãos dos outros Poderes. Quando aquele ocorre, diz-se controle interno; quando é realizado por órgão alheio diz-se controle externo. O controle externo, no Brasil, é realizado pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas. Assim, o controle interno pode confundir-se com o chamado controle administrativo, embora esse seja amplo, abrangendo o controle sobre a administração indireta, o qual chama-se de tutela. Já o controle externo pode ser o controle parlamentar ou o controle jurisdicional.

Quando se considera o momento em que o controle é realizado em relação ao ato praticado, diz-se que pode ser prévio ou preventivo, concomitante e posterior ou repressivo. O controle prévio antecede o ato controlado, ao passo que o controle posterior incide sobre um ato já praticado.

Quanto ao objeto pode ser legalidade ou legitimidade ou ainda de juridicidade⁹⁸ e controle de mérito.

3.3 CONTROLE JURISDICIONAL

3.3.1 Considerações gerais sobre o controle jurisdicional

O controle jurisdicional da Administração Pública alcança não só os atos administrativos mas toda a atividade administrativa. No Brasil, este controle é realizado pelo Poder Judiciário mediante provocação do interessado. Dentro da classificação proposta, pode-se dizer que é um controle externo; em regra, é posterior a emissão do ato ou atividade; e restringe-se a um controle de legalidade e juridicidade.

⁹⁸ Conforme observação levantada por MOREIRA NETO, a palavra legalidade pode ser tomada no sentido amplo, como sinônimo de juridicidade, envolvendo a legalidade estrita, a legitimidade e a licitude, ou moralidade do agir. MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 213. ; Ainda quanto aos termos legalidade e legitimidade MEDAUAR também tece importantes considerações, distinguindo os termos. Aquele se refere a conformidade à lei, enquanto esse é um requisito de titularidade do poder. A autora posiciona-se no sentido de que a expressão “controle de legalidade” significa conformidade do ato ou atividade às normas que a disciplinam, incluindo o título legal do agente (que envolve a legitimidade). MEDAUAR, **Controle ...**, p. 32-33, nota 10.

O alcance e limite do controle jurisdicional relaciona-se ao binômio controle de legalidade e de mérito. É comum encontrar na doutrina a expressão que ao Judiciário é vedado a análise do mérito administrativo. No entanto, destaca-se que com o advento da Constituição de 1988, a legalidade está assente em bases mais amplas, o que exige um controle abrangente, porém “não há de levar à substituição do administrador pelo juiz.”⁹⁹

Ademais, a divisão entre ato vinculado e ato discricionário é falha, na medida em que não existem atos puramente discricionários. Portanto, os chamados “atos discricionários” se sujeitam a análise e revisão judicial. Adere a referido entendimento DI PIETRO, conforme afirma: “não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia dos **motivos**, ou seja, os **fatos** que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário (negrito no original).”¹⁰⁰

Há que se fazer uma leitura coerente e integrada com a ordem constitucional, pois atualmente não só a lei mas todo o Direito fornece elementos para o controle da Administração Pública. Alegar pura e simplesmente que não se deve analisar o “mérito” administrativo não é suficiente, eis que este deve estar consentâneo com o Direito.¹⁰¹

⁹⁹ “A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade.” MEDAUAR, **Direito ...**, p. 427.

¹⁰⁰ DI PIETRO, **Direito ...**, 17 ed., p. 640.

¹⁰¹ É como orienta OLIVEIRA MORAES “Hoje em dia, não faz mais sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade estrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem não positiva permanecem imunes à revisão judicial.” OLIVEIRA MORAES, op. cit., p. 200.

3.3.2 Sistemas de Justiça Administrativa

Para que o controle jurisdicional aconteça é necessário um órgão dotado de poderes jurisdicionais que julgue, de modo definitivo, as controvérsias que envolvam a Administração Pública.

A expressão “justiça administrativa” significa um complexo de órgãos – ou do Poder Judiciário ou de outro Poder – destinados a dirimir os conflitos entre a Administração e seus administrados. Diz-se um complexo de órgãos ou do Poder Judiciário ou de outro Poder haja vista a existência de sistemas diferenciados para a resolução dos litígios que envolvam a Administração Pública.

Na atualidade predominam dois sistemas: o de jurisdição una, também chamado de unidade de jurisdição e o de jurisdição dupla ou duplicidade de jurisdição ou ainda sistema do contencioso-administrativo.

O sistema de jurisdição dupla ou contencioso administrativo é marcado pela existência de um órgão, ao lado do Poder Judiciário, dotado de jurisdição. Tem-se portanto, a jurisdição comum ou ordinária a cargo do Poder Judiciário e a jurisdição administrativa, exercida, no exemplo francês, pelo Conselho de Estado. Referido órgão julga, definitivamente, os conflitos que envolvem a Administração Pública e nesse sentido, a expressão “contencioso administrativo” é usada para indicar a especialização e a divisão aqui apontada.

Conforme o magistério de MEDAUAR esse sistema teve origem na França devido a uma peculiar interpretação da teoria da separação dos poderes¹⁰², em função de desconfianças entre o Poder Executivo e Judiciário. Com a Revolução Francesa ocorreram diversas transformações institucionais e intensificou-se a separação entre administração e jurisdição. Em 1800, Napoleão cria o Conselho de Estado.

Nesse primeiro momento – qual seja, quando da sua criação - o Conselho de Estado era órgão consultivo, reservando-lhe apenas a competência para emissão de pareceres. A decisão final dos litígios ficava a cargo do soberano. A esse período de subordinação do Conselho de Estado ao soberano a doutrina chamou de justiça retida.

Em 1872, com a Lei 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado torna-se independente e passa a exercer a jurisdição administrativa como hoje é entendida. Vale dizer, compete ao Conselho de Estado a decisão final. Instalou-se o período de justiça delegada.

Outra forma de solução jurisdicional dos conflitos afetos a Administração é a jurisdição una ou o sistema uno. Em síntese, “é o sistema que conhece apenas o Poder Judiciário”¹⁰³. Compete, portanto, aos tribunais comuns ou ordinários ligados ao Poder Judiciário o julgamento definitivo. Esse sistema teve origem na Inglaterra.

Embora não haja uma “jurisdição especializada” nesse sistema, é possível a criação de órgãos do próprio Poder Judiciário especializados em matéria administrativa.

No Brasil vige o sistema de jurisdição una consagrado pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. É o que dispõe o inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição da República¹⁰⁴.

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário é compatível com o princípio da separação dos poderes¹⁰⁵, bem como o acesso àquele órgão independe de esgotamento das vias administrativas.

¹⁰² MEDAUAR, **Controle ...**, p. 161-165.

¹⁰³ GUALAZZI, E. L. B. **Justiça Administrativa**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986 , p. 86.

¹⁰⁴ “Art. 5º “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁰⁵ Sob o princípio da separação dos poderes e à luz do presente estudo, veja-se o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança n.º 24458-DF de 18/02/2003: “O controle jurisdicional dos abusos imputados ao poder político – porque traduz reafirmação da autoridade da Constituição da República – não transgredir o princípio da separação dos poderes. Ainda que em seu próprio domínio institucional, nenhum órgão estatal pode, legitimamente, pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema da Constituição Federal e das leis da República. [...] A separação dos poderes – consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional – não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de protesto contra abusos que possam ser cometidos pela instituições do Estado.” BACELLAR FILHO, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed., São Paulo : Max Limonad, 2003, p. 23.

Entretanto, registre-se que a doutrina brasileira muito discutiu sobre o “contencioso administrativo”, quando vigia a Constituição de 1967/1969, especificamente quando da edição da Emenda Constitucional n.º 7/77, a qual previa a possibilidade de implantação dessa modalidade de jurisdição administrativa. Porém, tal sistema não chegou a ser implantado.

Para ambos os sistemas aqui apontados, há argumentos favoráveis e desfavoráveis.

Como pontos favoráveis ao contencioso administrativo cita-se a especialização dos magistrados e a simplicidade nos procedimentos. Contudo, menciona-se os possíveis conflitos de competência que podem surgir. No sistema de jurisdição una, há eliminação de tais conflitos, porém os pontos desfavoráveis se revelam através da não especialização dos magistrados e da sobrecarga do Poder Judiciário.¹⁰⁶

Verifica-se, em ambos os sistemas, que os argumentos apontados podem ser rebatidos, pois a efetividade e eficácia da tarefa incumbida aos órgãos que julgam os litígios da Administração Pública dependem da estrutura que o próprio Estado fornece, seja sob o aspecto político – independência e autonomia – seja sob o aspecto material e de recursos.

¹⁰⁶ MEDAUAR, **Controle ...**, p. 162-164.

4 A TEORIA DO ATO DE GOVERNO E O CONTROLE JURISDICIONAL

4.1 ORIGEM DA TEORIA DO ATO DE GOVERNO

A doutrina brasileira atribui como sinônimas as expressões “ato de governo” e “ato político” a determinados atos emanados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício da função política ou governamental, decorrentes de execução direta da Constituição e dotados de grande discricionariedade.

A teoria do ato de governo teve origem na França e reclama por uma digressão histórica para melhor compreensão. Paralelamente a esse estudo, deve-se considerar a origem e evolução do Conselho de Estado francês.

Na Inglaterra tais atos são denominados de “ato de estado” e para o direito norte-americano são “questões políticas”. Na Alemanha denominam-se de “ato soberano” ou “ato de autoridade” ou ainda, “ato de governo”¹⁰⁷.

Durante os primeiros períodos da Revolução Francesa e no Primeiro Império (1789 e o período compreendido entre 1799 a 1814)¹⁰⁸ não havia discussão acerca do ato de governo pois, mesmo após a criação do Conselho de Estado, era o Chefe de Estado quem dirimia, definitivamente, as controvérsias que envolviam a Administração. Era o período da justiça retida já mencionada anteriormente neste trabalho.

Após esse período, especificamente na Restauração (1814 a 1830), na Monarquia de Julho (1830 a 1848) e no Segundo Império (1851 a 1870)¹⁰⁹, surgiram algumas decisões que tornaram-se célebres.

A primeira grande decisão foi em 1822, no caso Laffite que, em pequena síntese, a situação analisada era a seguinte: uma Lei de janeiro de 1816 confiscou

¹⁰⁷ GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado**. 3 ed., Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1998, tomo 2, cap. VIII, p. 4.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 33.

¹⁰⁹ Ibid., p. 33, nota 45.

todos os bens ou rendas adquiridos a título gratuito do Estado. Laffitte, que era banqueiro, tinha adquirido os direitos de uma renda que fora cedida onerosamente pela Princesa Borghese, irmã de Napoleão. Ocorre que desde o retorno dos Bourbons ao poder - Restauração e Monarquia de Julho - as rendas vencidas não foram pagas. Laffitte ingressa com uma ação para rever essas rendas, ao menos até a edição da Lei em 1816. O Conselho de Estado nega apreciação a tal reclamação, alegando caráter político.¹¹⁰

Na seqüência surgiram outros arestos referentes a medidas adotadas contra as antigas dinastias. Após, estendeu-se a recusa para outras áreas.¹¹¹ Em todas as reclamações o Conselho de Estado alegava tratar-se de questões políticas, recusando-se julgar os casos.

As recusas do Conselho de Estado podem ser justificadas sob dois aspectos: 1) pela falta de autonomia e independência daquele órgão, eis que quando da sua instituição (1800), a França presenciava o sistema de justiça retida; 2) com a Restauração e o retorno dos Bourbons ao poder (1815), o Conselho de Estado passou a ser alvo de severas críticas e perseguições pelos novos detentores do poder, daí a necessidade de autolimitação de suas decisões, a fim de preservar-se institucionalmente.

Quando da Terceira República – proclamada em 1870¹¹² - e com a Lei 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado torna-se independente. Instaura-se a chamada justiça delegada. Com essa importante transformação do Conselho de Estado abriu-se possibilidade daquele órgão conhecer e julgar determinados atos que antes seriam contrariados pelo Chefe de Estado.

Importante decisão veio acontecer em 1875, no caso “Prince Napoléon”. Neste aresto foi analisada a seguinte questão: o Príncipe Napoléon-Joseph Bonaparte fora nomeado ao cargo de General pelo Imperador Napoléon III, seu primo. Com a queda

¹¹⁰ MEDAUAR, O. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 191, p. 67-85, jan./mar. 1993, p. 70.

¹¹¹ Outras decisões são os arestos “Duchesse de Saint Lieu” em 1838, “Prince Louis” em 1844 e “Artentau” em 1834. Id.

¹¹² GUALAZZI, op. cit., p. 98.

do Imperador, o governo republicano afasta o Príncipe da lista dos oficiais, que por sua vez, reclama ao Conselho de Estado sua inclusão na lista de generais de divisão de armada, que aprecia o caso e abandona a tese do móvel político até então invocada para não conhecer tais casos. Há portanto, o reconhecimento do ato de governo, porém não há mais como sustentar a teoria do móvel político.¹¹³

Verifica-se que, com a independência do Conselho de Estado, ocorre uma mudança de posicionamento daquele órgão, que resolve apreciar os casos oriundos de atos de governo.

Indubitavelmente os julgamentos ocorridos após o sistema de justiça delegada importaram em transformação jurisprudencial e aguçaram o debate sobre o ato de governo¹¹⁴. Nesse sentido, a doutrina envidou esforços para justificar sua existência como categoria distinta do ato administrativo. Independentemente da natureza jurídica do ato de governo – distinto ou não do ato administrativo – haviam defensores da impossibilidade de revisão do ato de governo.

4.2 TENTATIVAS DOUTRINÁRIAS EM BUSCA DE CRITÉRIOS JUSTIFICADORES À EXISTÊNCIA DO ATO DE GOVERNO

A teoria dos atos de governo, como já indicado, surgiu da jurisprudência do Conselho de Estado francês e foi justamente devido às decisões daquela Corte que parte da doutrina procurou diferenciar os atos de governo dos demais atos emanados pela Administração e justificar sua existência como categoria autônoma ou distinta do ato administrativo. Nesse mesmo espaço de tempo, outra parte da doutrina rebateu os argumentos despendidos pela corrente afirmadora com o fito de negar a existência do ato de governo.

¹¹³ MEDAUAR, **Ato de Governo ...**, p. 71.

¹¹⁴ Da sentença do aresto “Duc d’Aumale et Prince Murat”, de 1887, extrai-se a seguinte conclusão: “O pensamento político que levou um representante do poder público a editar determinado ato, não lhe retira necessariamente o caráter administrativo, se esse ato, por sua natureza, é um ato administrativo”.¹¹⁴ CHALVIDAN *apud* MEDAUAR, *Ibid.*, p. 71-72.

Ressalte-se que a teoria do ato de governo é polêmica, pois conforme notícia MEDAUAR, há quem entenda o ato de governo como uma quarta espécie de ato estatal, a lado da sentença, da lei e do ato administrativo¹¹⁵. Ter-se-ia três correntes: o ato de governo como uma quarta espécie de ato estatal; o ato de governo como ato da Administração e, o ato de governo como ato administrativo.

Com o propósito de delimitar a análise a ser empregada neste trabalho, destaca-se as seguintes posições doutrinárias: a) o ato de governo não como categoria autônoma (quarta espécie de poder estatal) mas pertencente à categoria dos atos da Administração e b) ato de governo como espécie do gênero ato administrativo.

MEDAUAR¹¹⁶ aponta alguns critérios utilizados por uma parte da doutrina - e rechaçados por outra – na tentativa de definir a natureza jurídica do ato de governo.

a) Teoria do fim político: de acordo com essa teoria o que especifica o ato de governo é o fim que norteia seu autor; é a natureza política do ato que impede o controle jurisdicional.

Como mencionado anteriormente, esta teoria deixou de prevalecer com a sentença do aresto Napoléon.

b) Soberania: procura-se justificar o ato de governo com a noção de soberania, o que é falho, pois assim como o Executivo invoca a soberania para fugir do controle o Judiciário poderia invocar a soberania para efetuar o controle.

c) Distinção entre atividade de governo e de administração: o núcleo dessa orientação é a distinção entre função ou atividade de governo e função ou atividade administrativa, do que resultariam, respectivamente, o ato de governo e o ato administrativo. Muitos aceitam a distinção. Outros rejeitam. Ante a atuação e estrutura do Estado contemporâneo parece difícil afirmar a existência de fronteira rígida entre política e administração ou atividade governamental e atividade administrativa.

d) Teoria do quarto poder: considera o governo como quarto poder do Estado.

¹¹⁵ MEDAUAR, **Direito ...**, p. 164.

¹¹⁶ MEDAUAR, **Ato de Governo ...**, p. 72-77.

e) Execução da Constituição: indica a base jurídica da função governamental. Os atos de governo são aqueles que executam diretamente disposição formal da Constituição e os atos administrativos resultam da execução de lei ordinária. Também não resiste tal critério, eis que há outros atos que executam a Constituição diretamente.

f) Interesse geral do Estado em sua unidade: esse critério recebe as mesmas críticas atribuídas ao critério do móvel político.

g) Teoria da atividade livre ou discricionária: essa teoria alega a discricionariedade para justificar o ato de governo. De fato, essa é uma característica do ato de governo, porém não lhe é exclusiva pois há outros atos que também são dotados de discricionariedade.

h) Não apreciação jurisdicional: ato de governo é o que escapa à apreciação jurisdicional. Esse critério não leva a conclusão alguma.

i) Critério da lista ou empírico: considera-se ato de governo o que figura em lista decorrente de decisões do Conselho de Estado ou Tribunal de Conflitos.

Todos esses critérios e teorias mostram-se insuficientes para desvendar o ato de governo. Algumas foram totalmente descartadas dada a fragilidade da teoria, como é o caso do fim político ou a simples teoria da não apreciação jurisdicional. Outras expressam as características do ato, sem necessariamente explicá-lo, a exemplo da teoria da atividade livre ou discricionária e da execução direta da Constituição.

As teorias, que inicialmente foram discutidas na França, espalharam-se para os demais países. Abordar-se-á, na seqüência, o tratamento dado pela doutrina nacional.

4.3 POSICIONAMENTO DOS AUTORES NACIONAIS SOBRE O ATO DE GOVERNO

Para a análise do posicionamento da doutrina pátria sobre o ato de governo é necessário focalizar o tratamento dado pelas constituições anteriores.

A Constituição de 1891 silenciou sobre o ato de governo. Já as Constituições de 1934 e 1937 continham vedação expressa quanto à possibilidade do Poder Judiciário analisar “questões exclusivamente políticas”. Daí a doutrina brasileira ter

discutido o tema, tendo inclusive classificado o ato político em ato exclusivamente político e ato quase político (ou não exclusivamente político).

DI PIETRO esclarece que, quando da vigência daquelas Cartas, o ato político dizia respeito a interesses superiores da nação e não afetava direitos individuais. Como o direito de ação contra um ato político estava condicionado a lesão à direito individual (o que não ocorria) havia carência de ação (falta de interesse de agir). Porém tal entendimento não perdurou, pois o ato político pode afetar direitos individuais¹¹⁷.

Procedendo essa análise, verifica-se que a discussão do tema na doutrina brasileira em parte se deve aos dispositivos proibitivos das Constituições de 1934 e 1937. As constituições seguintes não repetiram tal dispositivo.

A seguir, transcreve-se o posicionamento dos autores nacionais, enfocando os seguintes aspectos: denominação preferida (ato de governo ou ato político); conceito; classificação e controle.

4.3.1 Posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro

DI PIETRO distingue os atos da Administração dos atos administrativos, pois **“todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração (negrito no original)”**¹¹⁸, entendendo que a expressão ato da Administração tem sentido mais amplo que a expressão ato administrativo.

A autora inclui dentre os diversos atos praticados pela Administração o ato de governo¹¹⁹ (denominado pela autora de ato político) e desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos, os atos de governo são apreciáveis pelo Poder Judiciário¹²⁰.

¹¹⁷ DI PIETRO, **Direito ...**, 17 ed., p. 641.

¹¹⁸ Ibid., p. 183.

¹¹⁹ “Dentre os atos da Administração, incluem-se: 1. atos de direito privado; 2. atos materiais; 3. atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor; 4. atos políticos; 5. contratos; 6. atos normativos; 7. atos administrativos propriamente ditos.” Ibid., p. 183-184.

¹²⁰ Ibid., p. 641.

4.3.2 Posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello

O autor diferencia os atos administrativos dos atos da Administração e inclui o ato político como uma espécie de ato da Administração que decorre do exercício da função governamental ou política:

Inicialmente se disse que havia certos atos que não se alocam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções do Estado. Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (*impeachment*) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na legislativa, como é visível, até por serem atos concretos. Outrossim, não se afeiçoam à função executiva nem de um ponto de vista material, isto é, baseado na índole de tais atos, nem de um ponto de vista formal.

...

Tais atos, ao nosso ver, integram uma função que se poderia apropriadamente chamar de 'função política' ou de 'governo', desde que se tenha a cautela de dissociar completamente tal designação das conseqüências que, na Europa, se atribuem aos atos dessa natureza designados. É que, em vários países europeus, sustenta-se que atos políticos ou de governo são infensos a controle jurisdicional, entendimento este verdadeiramente inaceitável e que, como bem observou o eminente Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é incompatível com o Estado de Direito, constituindo-se em lamentável resquício do absolutismo monárquico.¹²¹

Além da classificação proposta, o autor alerta para falsa idéia de que os atos de governo não são objetos de análise judicial, reportando-se a doutrina européia e à época absolutista.

4.3.3 Posicionamento de Hely Lopes Meirelles

O autor afasta a possibilidade do ato político ser uma categoria autônoma de ato estatal (uma quarta espécie), pois entende que todos os Poderes podem editar atos com fundamentos políticos:

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 34-35.

Coerentemente com esse entender, negamos a existência de *ato político* como entidade autônoma. O que existe, a nosso ver, é sempre *ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário* informado de *fundamento* político. O impropriamente chamado *ato político* não passa de um ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado...¹²²

Conceituando o ato político a partir de suas características, o autor informa que essa tentativa tem desafiado a doutrina, sem que se tenha havido sucesso. Para ele os atos políticos são:

praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos e não simplesmente de execução de serviços públicos.¹²³

O autor entende também que o ato político se sujeita a controles, o qual denomina de controle especial¹²⁴.

4.3.4 Posicionamento de Odete Medauar

A classificação dada pela autora é de que o ato de governo é um ato administrativo: “Melhor parece considerá-lo inserido no gênero ato administrativo, dotado de predominante aspecto político, vista a função governamental desempenhada pela Chefia do Executivo”¹²⁵.

Como característica do ato de governo a autora ressalta que trata-se de ato emanado pela mais alta autoridade do Poder Executivo¹²⁶. Quanto ao controle do ato de governo diz que o direito pátrio firmou entendimento que nenhum ato que cause lesão ou ameaça à direito pode ficar imune de apreciação jurisdicional.

¹²² MEIRELLES, op. cit., p. 39.

¹²³ Ibid., p. 636.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ MEDAUAR, **Direito ...**, p. 165.

¹²⁶ Ibid., p. 164.

4.3.5 Posicionamento de Fernando Andrade de Oliveira

OLIVEIRA refuta a tese do ato de governo como uma quarta espécie de ato estatal, bem como a idéia de ser diferente do ato administrativo, pois “a despeito de sua origem constitucional, que os identifica, inexistem os atos políticos como categoria distinta de atos de Estado, porque subtraídos ao ordenamento jurídico do Estado.”¹²⁷

Tem-se que é ato administrativo e como tal pode ser revisto pelo Poder Judiciário, pois não há justificativa à essa pretendida isenção de controle¹²⁸.

O autor informa ainda que a tese de insindicabilidade está ligada a origem do ato de governo, qual seja, do período absolutista, que não condiz com o atual estágio do Estado de Direito.

4.3.6 Posicionamento de Diogenes Gasparini

O autor afirma que mesmo calcados diretamente na Constituição, em face do ordenamento jurídico brasileiro, os atos de governo são atos administrativos e se sujeitam a controle jurisdicional como qualquer ato¹²⁹.

Ressalva que em outros sistemas constitucionais, o regime jurídico dos atos políticos ou atos de governo é diverso, sendo proibida a sindicabilidade, e que no Brasil a qualidade que distinguia os atos de governo - estabelecida pelas Constituições de 1934 e 1937 - foi superada, pois “Hoje, como tais, não mais existem. São, pois, atos administrativos examináveis pelo Judiciário”¹³⁰.

Tem-se para o autor, a inexistência do ato de governo ou político.

¹²⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 40.

¹²⁸ Ibid., p. 44.

¹²⁹ GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 5 ed., rev. atual. aument., São Paulo : Saraiva, 2000, p. 53-54.

¹³⁰ Id.

4.3.7 Posicionamento de José Cretella Júnior

CRETELLA JÚNIOR conceitua ato político como:

toda manifestação de vontade do Poder Público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao princípio da legalidade, mas à competência do juiz, o qual não tem possibilidades de fiscalizá-los, se a isso for provocado.¹³¹

O autor utiliza-se da classificação entre ato político e ato exclusivamente político e entende que os atos exclusivamente políticos não podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, bem como inserem-se no gênero ato administrativo.

4.3.8 Posicionamento de Miguel Seabra Fagundes

O autor também adere a classificação entre ato político e ato exclusivamente político, como se verifica: “para tal se devem estabelecer três graduações de atos: o ato administrativo, como gênero, o ato político, com espécie e o ato exclusivamente político, como subespécie”¹³², o que leva a conclusão que o ato político é ato administrativo.

4.3.9 Considerações e posicionamento adotado

Observa-se cizânia doutrinária quanto ao enquadramento do ato de governo, pois DI PIETRO e BANDEIRA DE MELLO adotam a classificação atos da Administração e ato administrativo, incluindo o ato de governo como ato da Administração.

De outro vértice – MEDAUAR, OLIVEIRA e GASPARINI - tem-se que o ato de governo é ato administrativo. Havendo ainda, quem separe os atos políticos em atos

¹³¹ CRETELLA JÚNIOR, J. Teoria do Ato Político. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 627, p. 7-14, 1988, p. 7.

¹³² SEABRA FAGUNDES, op. cit., p. 188.

exclusivamente políticos e atos meramente políticos – CRETELLA JÚNIOR e SEABRA FAGUNDES - divisão que não faz sentido e foi abandonada pela atual doutrina brasileira.

Destarte, há concordância quanto às características dos atos de governo: são dotados de grande margem discricionária e derivam diretamente das normas constitucionais.

Embora haja possibilidade dos outros poderes estatais emitirem atos com conteúdo político, o interesse maior se concentra nos atos emitidos pelo Poder Executivo.

Como exemplos de ato de governo ou político a doutrina brasileira cita o veto e a expulsão de estrangeiro do país, entre outros¹³³. Ao analisar um caso de veto aposto pelo Chefe do Executivo vê-se que não há coerência em afirmar que o ato de governo ou político é ato administrativo, porquanto neste exemplo, tal ato possui características muito singulares e específicas que destoam do ato administrativo. Não há como dizer que se trata de espécie de ato administrativo. Nesse sentido, adere-se ao entendimento de BANDEIRA DE MELLO e DI PIETRO que distinguem ato da Administração e atos administrativos.

Resta, pois, que o ato de governo ou político é um ato da Administração.

¹³³ Compulsando a doutrina nacional extrai-se alguns exemplos, com base na Constituição da República Federativa do Brasil: apresentação ou retirada de projeto de lei (art. 84, III); não apresentação de projeto de lei (omissão); sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, IV); convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, 6º, II); veto total ou parcial de projetos de lei (art. 84, V); edição de medidas provisórias (art. 84, XXVI); decretação e execução de intervenção federal (art. 84, X); decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, IX); manutenção de relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII); celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII); declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX); decretação total ou parcial, de mobilização nacional (art. 84, XIV); celebração da paz (art. 84, XX). SILVA FILHO, op. cit., p. 286.

4.4 CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE GOVERNO

Enfrentando a questão da sindicabilidade do ato de governo, GORDILLO indica alguns problemas que devem ser levantados, dentre eles sugere analisar a origem e a evolução da teoria na França, bem como estudar o sistema constitucional, o que permite saber se há fundamento ou não para rechaçar o ato de governo¹³⁴.

Embora sobressaia a importância da origem francesa do ato de governo, deve-se enfatizar que há disciplina jurídica diferenciada entre os atos de governo do sistema constitucional pátrio e o francês.

Pois bem, em homenagem ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário estabelecido pela Carta Magna vigente, entende-se apreciável, jurisdicionalmente, o ato de governo. Não há como o Judiciário imiscuir-se de tal incumbência, sob pena de inconstitucionalidade e afronta ao Estado Democrático de Direito. Ademais, vedações como as existentes em outras épocas são de total incompatibilidade com a ordem jurídica ora instalada.

Contudo, ressalta-se que sendo o ato de governo um ato dotado de ampla discricionariedade, vale dizer, com maior opção de escolha, não se confunde com ato arbitrário.

A jurisprudência brasileira tem entendido que o controle do ato de governo deve se restringir a apreciação formal e a constatação de vícios de nulidade do ato. Veja-se, nesse sentido, manifestação do Supremo Tribunal Federal, ao analisar pedido de revogação de decreto que expulsou estrangeiro do país:

EMENTA: - ADMINISTRATIVO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTRANGEIRO: ATO DE EXPULSAO DO TERRITÓRIO NACIONAL. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DO ATO EXPULSORIO. LEI 6.815, DE 1980, ARTIGOS 65 E 75.

I. O ato de expulsão do estrangeiro é um ato político que se reconhece ao estado, ato esse que se baseia na nocividade da permanência daquele no território nacional (lei 6.815/80, art. 65), expulsão, entretanto, que não se procederá se ocorrerem as hipóteses inscritas no art. 75 da citada lei 6.815/80.

II. Revogação e anulação do ato administrativo. A revogação poderá ocorrer por motivo de conveniência administrativa. A nulidade será declarada na hipótese de o ato ter sido praticado com ofensa a lei.

¹³⁴ GORDILLO, op. cit., p. 9.

III. Persistência dos motivos determinantes da expulsão: a nocividade da permanência do estrangeiro no território nacional.

IV. H.C. Indeferido. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 27/02/1991. Publicação: DJ 16-10-1992

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. VÍCIO DE NULIDADE: INEXISTÊNCIA.

1. A expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida ou, se assim entender, de sua revogação (art. 66 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980).

2. Ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial.

3. Não padece de ilegalidade o decreto expulsório precedido de instauração do competente inquérito administrativo, conferindo ao expulsando a oportunidade de exercer o direito de defesa.

4. "Habeas corpus" indeferido. (Habeas Corpus n.º 73.940 – Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 26/06/1996. Publicação: DJ 29-11-1996.

Nesse sentido, é aceitável a expressão de que ao Judiciário é vedado apreciar o mérito do ato de governo, vale dizer, não analisará a conveniência e oportunidade da medida adotada, o que na prática, ocorre com qualquer outro ato da Administração que seja dotado de discricionariedade.

Sobre essa característica, os atos administrativos, por influência da constitucionalização dos princípios administrativos, têm sua porção discricionária diminuída, o que conseqüentemente, reduz a possibilidade de escolha da Administração. Já em relação ao ato de governo, eis que a discricionariedade é mais ampla, a aplicação dos princípios merece ser analisada.

Do exposto, chega-se a duas conclusões: 1) o Poder Judiciário pode e deve analisar o ato de governo, quando para esse mister for provocado; 2) o controle realizado pelo Judiciário encontra limites na discricionariedade.

Verifica-se que a discussão sobre a possibilidade de sindicabilidade dos atos discricionários – e dos atos de governo - já foi superada, quer pela doutrina quer pela jurisprudência. O que resta investigar são os limites dessa apreciação jurisdicional, pois num Estado Democrático de Direito não há espaço para abusos de quem quer seja.

5 CONCLUSÃO

O Estado, tal como hoje concebido, é fruto de um processo histórico e está em constante mutação, ajustando-se a determinadas diretrizes que visam atender os anseios e as necessidades da sociedade. Ademais, Sociedade, Estado e Direito não se confundem, embora estejam diretamente ligados.

A Teoria da Separação dos Poderes, difundida a partir da obra de Montesquieu, visa coibir ingerências e abusos no exercício do Poder. Das funções estatais – Executiva, Legislativa e Judiciária – extrai-se a dificuldade de rígida separação entre a função administrativa e a função de governo, eis que estão concentradas no mesmo órgão, qual seja, no Poder Executivo. Entretanto, não significa que ambas se resumam a uma única função. Referida dificuldade de separação não impede nem significa ausência de controle dos atos emanados devido ao exercício de uma ou de outra função pelo Poder Executivo. E ainda, verifica-se a predominância da função governamental no Chefe do Poder Executivo, embora no Poder Legislativo também haja manifestações desta função.

A expressão controle da Administração Pública é abrangente e não se confunde com o controle dos atos administrativos. Da mesma forma, os atos da Administração não se resumem nem podem ser confundidos com os atos administrativos. É o posicionamento adotado nesta monografia que vai ao encontro de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Independentemente da discussão doutrinária acerca da existência ou não (teses que incluem o ato de governo como espécie do gênero ato administrativo) dos atos de governo como categoria autônoma, tais atos são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Se houver ofensa, lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou coletivos por edição de ato de governo este poderá ser analisado pelo Poder Judiciário.

Nenhuma função ou poder está acima da Constituição, pois toda e qualquer atividade deve ser subsumida a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

- 1 BRUNNING, R. J. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris e Editora da FURB, 1989.
- 2 BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 10 ed., 11 tiragem. São Paulo : **Malheiros**, 2002.
- 3 ACQUAVIVA, M. C. **Notas Introdutórias ao Estudo do Direito**. 3 ed., São Paulo : Ícone, 1990.
- 4 MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, tomo I.
- 5 BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva, 1988, v. 1.
- 6 SILVA, J.A. **Direito Constitucional Positivo**. 8 ed., São Paulo : Malheiros, 1992.
- 7 DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed., São Paulo : Atlas, 2001.
- 8 SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed., 4 tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.
- 9 CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Coimbra: Almedina.
- 10 ARRUDA, J. J. de A. A.; PILETTI, N. **Toda a História**. São Paulo : Ática , 1997.
- 11 DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo : Atlas, 2004.
- 12 MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 7 ed. rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.
- 13 MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 14 ed., São Paulo : Atlas, 2003.
- 14 CLÈVE, C. M. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- 15 MIRANDA, J. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**. n. 189, p. 85-99, jul./set. 1992.

- 16 BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. ampl. atual., São Paulo : Saraiva, 1994.
- 17 CAVALCANTI, T. B. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958.
- 18 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 – Um balanço após Dezesesseis Anos de Vigência. **Direito Público**, n. 8, p. 40-53, abr./maio/jun. 2004.
- 19 SEABRA FAGUNDES, M. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 2 ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950.
- 20 CRETELLA JÚNIOR, J. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 1 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- 21 FIGUEIREDO, L. V. Premissas à Elaboração de um Conceito de Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 120, p 49-61, abr./jun. 1975.
- 22 BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed., São Paulo : Malheiros, 2002.
- 23 JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo : Saraiva, 2005.
- 24 OLIVEIRA, F. A. de. Conceituação do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 120, p. 14-48, abr./jun. 1975.
- 25 MOREIRA, E. B. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo : Malheiros, 2000.
- 26 OLIVEIRA MORAES, G. de. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2 ed., São Paulo : Dialética, 2004.
- 27 SILVA FILHO, D. B. e. Sindicabilidade dos Atos Políticos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 40, p. 275-298, 1993.
- 28 FREITAS, J. Discricionariedade Administrativa Vinculada a Princípios Fundamentais. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, n. 35, p.1223-1234, jun./2003-2004.
- 29 MEDAUAR, O. **Controle da Administração Pública**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- 30 MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed., São Paulo : Malheiros, 1999.

- 31 MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- 32 GUALAZZI, E. L. B. **Justiça Administrativa**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- 33 BACELLAR FILHO, R F. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed., São Paulo : Max Limonad, 2003.
- 34 GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado**. 3 ed., Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1998, tomo 2.
- 35 MEDAUAR, O. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 191, p. 67-85, jan./mar. 1993.
- 36 GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 5 ed., rev. atual. aument., São Paulo : Saraiva, 2000.
- 37 CRETELLA JÚNIOR, J. Teoria do Ato Político. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 627, p. 7-14, 1988.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

AUGUSTIN, S. **Controle Jurisdicional do Ato de Governo**. Curitiba, 2002. 320 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 2 ed., São Paulo : Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, L. V. **O Controle da Administração Pública**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

SOARES, M. A. S. O Veto. Controle Jurídico do Veto Presidencial: É possível? É Necessário?. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n. 40, p. 241-251, jul./set. 2003.