

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO**

CONTROLE JURISDICIONAL E O ATO ADMINISTRATIVO

**CURITIBA
2002**

ANDRÉ KARPINSKI SELL

CONTROLE JURISDICIONAL E O ATO ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do Curso de Pós-
Graduação em Novas Tendências do
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná
Orientadora: Ângela Cássia Costaldello

**CURITIBA
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ KARPINSKI SELL

CONTROLE JURISDICIONAL E O ATO ADMINISTRATIVO

Monografia aprovada como requisito para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Novas Tendências do Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná

Prof^ª Ângela Cássia Costaldello
Orientadora

Curitiba, 2002

DEDICATÓRIA

**Aos meus pais pelo
apoio constante.**

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Paraná,
A Orientadora Prof^a Ângela Cássia Costaldello, Dra. pelo acompanhamento e
orientação colocando sua experiência ao meu dispor,
Aos professores do Curso de Pós-graduação,
Aos colegas pela troca de experiências durante o curso.
A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta
monografia.

EPÍGRAFE

“Nenhum indício melhor se pode ter a respeito de um homem do que a companhia que freqüenta: o que tem companheiros decentes e honestos adquire, merecidamente, bom nome, porque é impossível que não tenha alguma semelhança com eles”.

Maquiavel.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	3
2.1. DEMOCRACIA.....	4
2.2. A FUNÇÃO DE CONTROLE.....	7
2.3. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO.....	9
2.4. O CONTROLE SOBRE OS RECURSOS PÚBLICOS.....	13
3. O ATO ADMINISTRATIVO.....	15
3.1. A NOÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA...	16
3.2. REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	17
3.3. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	20
3.4. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	21
3.5. O ATO ADMINISTRATIVO QUANTO A SUA PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA	24
3.6. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	25
4. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
4.1. O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	31
4.2. O ATO JURISDICIONAL.....	34
4.3. PODERES E DEVERES JURISDICIONAIS.....	36
4.4. MEIOS OU INSTRUMENTOS DE CONTROLE	36
5. CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1. INTRODUÇÃO

Em todo governo, há três poderes essenciais; a cada qual o legislador prudente deve atribuir o posto mais conveniente. Quando tais poderes são bem ordenados, o governo segue bem naturalmente e de suas diferenças resultam, também, as diferenças do governo. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, quais sejam, aqueles de que o Estado necessita para agir, suas atribuições e a maneira de as realizar. O terceiro abrange as funções jurisdicionais.

O poder Legislativo não pode atuar através de decretos extemporâneos e arbitrários, devendo exercer sua função através de leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos. As leis devem ser escritas e claras para que não causem incerteza na sua interpretação e aplicação. Os homens entram para sociedade de terem segurança, pois que no estado natural, a interpretação e aplicação da lei da natureza, sendo livre causava uma multiplicidade de conflitos e interpretações, o que resultava em insegurança.

No campo de atuação da administração encontram-se os atos administrativos emanados pela mesma para a consecução de um fim comum, para atendimento da finalidade pública. A análise desses atos nos permite reconhecer determinados aspectos em sua estrutura, que são fundamentais para o entendimento do tema e, por isso, aponta-se no primeiro capítulo do presente trabalho como forma de estabelecer conceitos e noções, primordiais para o acompanhamento do desenvolvimento do tema.

O Controle Jurisdicional da Administração Pública constitui temática largamente explorada pelos doutrinadores pátrios e alienígenas, já que a atividade da Administração Pública tende a ser amplamente questionada dentro de um Estado Democrático de Direito.

Divagando acerca da temática em questão mostra-se o entendimento das variadas formas de controle jurisdicional da Administração Pública, sobre as garantias constitucionais asseguradas aos administrados, na tentativa de perquirir sobre sua extensão.

Destarte, procura-se engendrar pesquisas e estudos perpetrados pelos diversos autores que compõem as correntes jurídicas do Direito Administrativo, procurando carrear à exposição os principais tópicos.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado, segundo as clássicas teorias, constitui-se pela conjugação de seus elementos: povo, território e governo. Melhor resumindo, forma-se pela aglutinação natural de um determinado povo, num dado território, sob o comando de um certo governo, com a finalidade própria de alcançar o bem comum (Souza, 1998:12). Essa a essência de todo o Estado, em que pese reconhece a existência de grande controvérsia doutrinária sobre o tema.

O Estado de Direito surge como forma de oposição ao Estado Polícia. Na origem era decorrência de idéias e conceitos tipicamente liberais, que pretendiam assegurar a observância do princípio da legalidade e da generalidade da lei (Silva, 1989). Sobrevieram várias definições, todas elas assentadas em diferentes premissas, mas tendo em comum o sustentáculo da juridicidade estatal.

A democracia (Pinto, 1996:76); por outro lado, quer significar a efetiva participação do povo nas decisões e destinos do Estado, seja através da formação das instituições representativas, seja através do controle da atividade estatal. Em síntese, traduz-se na idéia de que o povo é o verdadeiro titular do poder, mesmo que este seja exercido através de representantes eleitos. Nela os representantes devem se submeter à vontade popular, bem como à fiscalização de sua atividade; o povo deve viver numa sociedade livre, justa e igualitária.

A expressão Estado Democrático de Direito, por certo, decorre da união destes conceitos. Todavia, significa algo mais do que essa mera conjugação. Representa algo novo, que incorpora essas idéias, mas as supera, na medida em que introduz um componente revolucionário e transformador do Estado tradicional. A intenção do legislador constituinte, ao cunhar a expressão "Estado Democrático de Direito", já no primeiro artigo de nossa Carta Política, foi evidenciar que se pretendia um país governado e administrado por poderes legítimos, submissos à lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais. Certamente, não se pretendia, ao adjetivar o Estado de

democrático, apenas travar o poder, mas sim lhe alcançar legitimação, fortalecimento e condições de sustentação (Canotilho, 1997:93/94).

2.1. DEMOCRACIA

Democracia (do grego: *demos*, povo; *cratein*, governar) é o regime que tende a associar o maior número de cidadãos, se possível todos, no exercício do poder e na direção dos negócios públicos. A definição clássica de democracia - governo do povo pelo povo - nos vem de Aristóteles, forma de governo iniciada na Grécia há mais de 2500 anos atrás. Democracia, em essência, é a participação do povo no poder. A Grécia antiga foi à fonte e o exemplo primordial disto. Porém, a democracia grega não era realmente democrática. Quando Aristóteles falava em povo, referia-se somente aos homens livres das cidades gregas, e não aos escravos, que não possuíam qualquer direito. O regime democrático, no qual o povo, constituído das várias classes sociais de que se compunha, tinha o direito de exercer uma parcela do poder público. A definição se aplica também com restrição às democracias modernas, as quais, até bem pouco tempo, não concediam direito de voto às mulheres. Quer na antiga Grécia, quer nos nossos dias, o fundamento do governo democrático é um só: "o poder só é legítimo quando emana do povo que manifesta sua vontade através do voto". Contudo o povo não o exerce nem o poderia exercer diretamente, senão através de representantes eleitos direta ou indiretamente. A essência da democracia é o seu caráter representativo onde seu primeiro princípio fundamental se enuncia dizendo-se que na democracia o poder emana do povo e é exercido por seus representantes. (Acquaviva, 1987)

A palavra de origem grega que significa poder do povo que têm diversos significados quando aplicada à teoria política. No sentido original é uma forma de governo no qual o poder de decisão é exercido diretamente pelos cidadãos, segundo o princípio da maioria. É neste caso também conhecida como democracia direta.

Freqüentemente, atribuí-se ao termo de origem grega (*demokratia*) o significado de "governo do povo"; contudo, essa significação já é uma decorrência de seu sentido mais original e genuíno, o qual se refere ao "governo dos Demos". "Demos" era o nome pelo qual eram designadas as divisões territoriais administrativas na Grécia Antiga. Apesar de serem referentes a todos os Estados gregos, somente os de Atenas são-nos suficientemente conhecidos, especialmente por conta das reformas oportunizadas por Clístenes, o mais afamado legislador do séc. VI a.C.. Os demos, antes de possuírem tal configuração, já existiam anteriormente como meras aldeias rurais, mas o referido legislador transformou-os em circunscrições políticas ao dividir o território ao qual Atenas pertencia (Ática) em 100 (cem) demos, numa proporção de, aproximadamente, 10 (dez) por tribo. Os demos possuíam uma típica unidade política, pois eram dotados de uma assembléia, magistrado (demarca), cerimônias religiosas e funções administrativas. Os "demotas" (habitantes dos demos) eram devidamente registrados, para fins de que, por meio de tal censo, houvesse a possibilidade de saber-se de quem dispunham para os serviços militares e providências administrativas de diversas ordens. Os demos, sem querer exagerar na comparação, são, por assim dizer, os precursores dos nossos municípios, e a figura do demarca, a de nossos prefeitos, pois os magistrados daquele tempo tinham primordialmente o mister de administrar, e não o de julgar. Na ampla organização de Atenas, o demos era uma instituição absolutamente fundamental para o desenvolvimento da vida social e política da cidade. (Aixkin, 1986)

A Democracia é o sistema de governo em que a soberania repousa no povo, o qual exerce o governo de forma direta ou através de representantes escolhidos pela população. No mundo contemporâneo, a democracia está estreitamente relacionada com a idéia de escolha dos governantes em eleições periódicas livres e multipartidárias, como acontece, por exemplo, no Brasil. (Azambuja, 1973)

Segundo o mesmo autor, no passado, o conceito "democracia" era entendido em seu significado mais literal - a reunião dos cidadãos em assembléia para debater questões políticas e deliberar leis. Este sistema, entretanto, era

considerado pelos pensadores políticos da época como inferior à monarquia (governo exercido por uma só pessoa) e à aristocracia (governo de uma classe considerada superior ou mais bem preparada). Eles a viam como um sistema mais propenso à instabilidade e à incompetência, e dificilmente praticável em sociedades maiores do que as cidades-Estado.

O sistema representativo surgiu justamente para resolver esse problema. Os principais elementos da democracia representativa são: liberdade de pensamento e de expressão; eleições livres periódicas para a legislatura, nas quais todos os cidadãos têm direitos a votar e a concorrer aos cargos; o direito a formar partidos que disputem as eleições com os demais; um governo que deve prestar contas de seus atos perante a autoridade dos legisladores e que, portanto, é em certa medida controlado pela opinião pública. (Bastos, 1986)

As condições sociais necessárias à estabilidade dos governos democráticos foram objeto de amplas discussões. A mais importante, ao que parece, é o desenvolvimento econômico: as sociedades capitalistas avançadas são, quase na totalidade, democracias representativas, enquanto muitos países em desenvolvimento (a Índia é uma importante exceção) possuem governos autoritários, os quais em geral auto-afirmam-se democráticos apesar de tudo.

A relação entre desenvolvimento econômico e democracia, no entanto, não é direta, sendo preciso levar em conta vários fatores históricos, inclusive o domínio econômico e também político que os países capitalistas mais adiantados exerceram, desde tempos coloniais, sobre grande parte dos atuais países em desenvolvimento.

Pode ainda ser a forma de governo na qual os cidadãos exercem direito de decidir através de representantes que escolhem e que são perante eles responsáveis, caso em que se chama de democracia representativa.

É ainda a forma de governo, geralmente representativa, na qual os poderes da maioria são exercidos dentro de um sistema de contrapesos constitucionais destinados a garantir às minorias o exercício de certos direitos individuais ou coletivos.

Seja como for, independentemente de como se pode pensar a democracia, sempre pensa-se como um valor, ainda que Aristóteles tenha julgado que a mesma era uma forma impura da República, e que poderia degenerar ainda mais para transformar-se em demagogia. Tanto o estagirita como Platão, adeptos da política da aristocracia, não encontrava na democracia o modelo de governo ideal. Ou ela era, dentre as formas boas, a menos boas, ou era uma forma impura diante de uma pura. Valorada de maneira mais positiva ou menos, foi sempre valorada, e aparece na contemporaneidade com características bastante específicas nos países periféricos, ou terceiro-mundistas, onde a inteligência da democracia pressupõe uma "*compreensão*" da exploração de povos em relação a outros povos, e de elites internas dirigentes em relação a um conjunto, nem sempre divisável, de aspirações populares. (Batalla, 1983)

2.2. A FUNÇÃO DE CONTROLE

A aceção do termo controle não se exaure na fiscalização, inspeção, monitoramento e outros termos assemelhados.

A incorreta compreensão repousa no fato de pretender-se adotá-lo como sinônimo de outras expressões que estabelecem apenas a ação de acompanhamento e avaliação, mas não complementam a atuação com medidas corretivas. A Língua Portuguesa, pródiga na sinonímia, nesse particular indica esse sentido, mas que reflete aspectos parciais do controle, pois a correção estabelece a outra face indissociável e necessária. No âmago desta última, inscreve-se a faculdade de corrigir os desvios, ou ainda o poder punitivo do regime controlador.

Se no âmbito administrativo, deve o controle abranger acompanhamento, avaliação, redirecionamento e realimentação do processo de planejamento, como função jurisdicional não pode o controle ter reduzido em si mesmo o seu alcance à fiscalização e à simples recomendação ao ente controlado.

O termo controlar deve ter alcance e poder mais abrangente do que o utilizado até o presente; em corolário, a função de controle também.

Controlar consiste pois em garantir que os atos praticados e os fatos verificados sejam submetidos à aferição, aos modelos e parâmetros previamente definidos e ajustados aos objetivos e às regras estabelecidas. Contém, em si, portanto, dois elementos polares fundamentais: o contraste do ato, ou fato, a modelos, ou objetivos, de um lado; a ação de correção de procedimento, na medida necessária e suficiente, para a adequação, de outro lado.

Em outras palavras, o coroamento da função de controle pressupõe a ação corretiva dos desvios constatados.

Este é o sentido exato e integral do termo, do qual lamentavelmente se vem dissociando.

No dicionário mais consultado no Brasil, fiel à etimologia do termo, encontra-se: "Controle(ô). [Do fr. *contrôle*.]S.m. 1. Ato ou poder de controlar; domínio, governo. 2. Fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos ou sobre produtos, etc., para que tais atividades, ou produtos, não se desviem das normas preestabelecidas. 3. *Restr.* Fiscalização financeira. 4. ..."¹ A inferência indispensável à compreensão do termo é que a primeira locução indica o controle feito por quem governa; a segunda - útil ao tema em debate -, é que possui precisamente os dois elementos fundamentais e distintos, compreendendo a verificação, ou fiscalização, e a correção para indicar as alternativas, para atingir o intuito, ou o fim da ação.

Excluindo o controle feito por quem domina, a função de controle no Estado moderno somente surgiu e floresceu com a noção de separação de Poderes, momento da História em que o governante foi submetido a regras, elaboradas por outro Poder.

Estruturam as sociedades diferentes meios de controle sobre a Administração Pública, sobre recursos públicos, sobre a correta aplicação da Lei; dividem sua estruturação e classificam-no em mais de uma centena de formas.

¹ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª ed. Rev. e ampl., Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, p.469

A mais grave nota de vários sistemas atuais de controle é justamente não exaurir na plenitude o termo controle, seja porque têm-se à fiscalização, seja porque não alcançam integralmente a correção de rumo.

Nas mais variadas estruturas do controle, como papel do Estado, observam-se a dispersão de esforços, a sobreposição de funções e a perda de eficácia, em estruturas burocratizadas. O modelo desejável deve apresentar a conjugação de esforços, a continuidade do procedimento de correção ao de fiscalização, a normatização do julgamento com celeridade, observando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório.

A ação inicial de todo o processo deve repousar no princípio do impulso oficial, a partir da compreensão de que o único sistema de controle verdadeiramente eficaz é o que considera a sociedade como agente e força motriz. Sensível a esse fato foi o Conselheiro Ruy Cruz, do Tribunal de Contas de Angola, quando asseriu; “é necessário nunca perder de vista que as instituições constituem parte de todo um ambiente social, histórico, cultural e político determinado. Por isso, sendo sua existência, reconhecidamente, um sinal positivo de uma vontade política, no contexto de valores universais de maior transparência e responsabilidade pela gestão das coisas públicas, irrecusáveis em sociedades que se pretendem democráticas, ela constitui *de per si* um garante desse desiderato.”

2.3. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Com a evolução do Estado absoluto para o Estado democrático, no século XVIII, passou-se a discutir a questão do controle das atividades estatais. Da democracia como forma de governo exercida através da representação surge o direito e o dever do povo de controlar aqueles que o representam.

Para Hely Lopes Meireles (1993:30), o controle da administração é “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”. Dentre as diversas formas de controle existentes, algumas passaram por uma fase de institucionalização, onde, segundo

Odete Medauar (1993:173/174). “são inseridos no processo de poder e enquadram-se no conceito jurídico ou técnico de controle, segundo o qual dessa atuação decorre uma providência ou medida do agente controlador”

Quanto aos controles não institucionalizados, prossegue a autora, “as manifestações de entidades da sociedade civil, as manifestações de partidos políticos, os abaixo assinados, as passeatas, a imprensa falada, escrita e televisiva, as cartas à imprensa, embora tais atuações não culminem em medidas por si próprias, podem contribuir, pela repercussão, para o aprimoramento da Administração” (Meireles,1993:30).

Assim, pode-se concluir que o tema “controle” relaciona-se com a idéia da democracia, da transparência no exercício do poder estatal e da prevenção e combate à corrupção, que pode ser evitada quanto mais efetivas forem as formas de controle.

No Brasil, o controle deve abranger tanto a ação do servidor público, como tal conceituado para fins penais, quanto os órgãos, no conceito que serve de esteio à responsabilidade civil do Estado, para fins civis. Numa esfera os agentes públicos, noutra os órgãos que utilizam, ou gerem recursos públicos, ou pelos quais o Estado responde.

O controle no Brasil foi dicotomizado, no plano constitucional, em controle interno e controle externo.

O primeiro, atuando subordinado ao ordenador de despesas, com a função de auxiliar o controle externo. O pleno desempenho desse mister requer um grau de independência incompatível com o atual nível de subordinação e de dependência. Nesse ponto em particular, a função foi comprometida pelo modelo estrutural delineado. Houve porém, na Constituição Federal de 1988, significativo avanço, tanto ao definir textualmente a organização do controle interno sob a forma de sistema, revelando compromisso com a integração funcional pela preservação da unidade orientadora, quanto ao deixar claro que os três Poderes são obrigados a ter controle interno.

O controle externo, por sua vez, foi titularizado ao Poder Legislativo, função que exerce com o “auxílio do Tribunal de Contas”. A expressão é infeliz: a uma,

porque de forma uníssona é reconhecido pela doutrina e direito positivo pátrio que o Poder Judiciário e a própria Administração também exercem o controle externo da Administração Pública.

Essa posição é reafirmada pelo notável Prof. Jessé Torres Pereira Júnior (1999) quando averba: “a visão panorâmica ora bosquejada não permite o assentamento de conclusões definitivas, inclusive porque muito há por especificar e regulamentar. Todavia, até onde se lhe pode divisar a essência, cotejada a tradição constitucional brasileira com a experiência de que se abeberou na organização do Sistema de Controle da Administração Pública, este, na nova carta, apresenta as seguintes linhas gerais”:

- não se desvia, quando à natureza e à estrutura, do modelo europeu continental, costumeiramente acolhido nas Constituições Brasileiras, porém reforça-lhe os instrumentos de atuação;
- o sistema faz conviverem as esferas de controle interno e externo, a primeira a ser exercida pela própria Administração sobre seus órgãos subordinados e entidades vinculadas, observados os princípios da autotutela e da tutela administrativa, e a segunda deferida aos Poderes Legislativos e Judiciários e aos Cidadãos;
- o controle interno e o controle judicial dos atos administrativos, tal como propostos, conciliam-se a vigente Súmula nº. 473, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a Administração pode rever seus próprios atos de ofício, cabendo ao Judiciário apreciar-lhes sempre a legalidade, mediante provocação dos interessados.”

É preciso não esquecer que a função jurisdicional do Estado não constitui monopólio judiciário, ou, como diz Fritz Fleiner (1933:312/313), as vias judiciárias não esgotam toda a função jurisdicional do Estado.”

Sobre o termo auxílio esclarece Moraes (1947) em escólio à constituição anterior que :

“O AUXÍLIO, porém, a que se refere a norma constitucional não quer dizer subordinação administrativa nem funcional. Tem, antes de tudo, o sentido de colaboração, do mesmo

modo como sabemos serem os Poderes independentes e harmônicos”.

O processo deliberativo atende, assim, a critérios técnico-administrativos, ocasionalmente influenciáveis, em tese, por fatores políticos dominantes, com eventual prejuízo da independência e da qualidade decisória.

Nesse particular, o processo jurisdicional macro-decisório encontra-se muito disperso e fragmentário, considerando-se a instância judicial.

Diversas são as formas de exercício da atividade de controle previstas na Constituição Federal. A doutrina, por sua vez, possui também as mais variadas classificações, nos parecendo mais didática aquela adotada por Luciano Ferraz (1999:77):

- quanto ao órgão ou autoridade que o exercita: controle parlamentar, controle administrativo e controle judiciário;
- quanto ao posicionamento dos órgãos controlado e controlador: controle interno e controle externo;
- quanto ao momento em que se efetiva: controle prévio, concomitante e posterior;
- quanto à forma de instauração: controle “ex-officio” ou por provocação;
- quanto à extensão do controle: controle de legalidade, de mérito e de resultados.

Na Constituição Brasileira foram muitos os instrumentos colocados à disposição da sociedade para o exercício do controle do poder, seja por iniciativa de um indivíduo ou pela atribuição de competências a determinados órgãos.

De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 70, *caput*, compete ao Congresso Nacional a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da União, mediante controle externo, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas.

O alargamento dos poderes conferidos ao Tribunal de Contas na atual Carta Constitucional mereceu expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal nas palavras do Exmo. Min. Celso de Mello:

Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa Instituição surgida nos alhores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância.²

Resta claro, portanto, que os tribunais de Contas, no exercício de suas missões constitucionais podem servir de canal aberto aos meios de controle social do poder. Mais ainda, as suas atividades técnicas e informativas, assessoradoras e pedagógicas, podem servir de importante fonte de informação dos atos administrativos, em todos os seus aspectos, inclusive quanto ao resultado da atividade administrativa e o atendimento aos postulados maiores da administração pública, ao alcance da população e suas entidades representativas, prestando serviço de inestimável valor para o desenvolvimento democrático social.

2.4. O CONTROLE SOBRE OS RECURSOS PÚBLICOS

O controle, como função do Estado, deve estender-se sobre a aplicação de quaisquer recursos públicos, independentemente da natureza jurídica do órgão gestor.

Bens, dinheiros e valores públicos, tomados na mais lata acepção, e, ainda, a gerência e fiscalização do sistema financeiro.

² Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 215/PB, Revista Trimestral de Jurisprudência n. 132, p. 1034;

Sobre os bens, a concepção é que, enquanto integrar a relação de direito real ou pessoal, envolvendo órgãos públicos, tem o controle o dever de fiscalizar e corrigir sua utilização.

Dinheiros públicos é conceito que se estabelece a partir de dois vetores: a arrecadação compulsória, seja quando vinculada por força de tributo, seja quando indispensável ao exercício de determinada atividade que o Estado regula; ou a destinação a cofres públicos.

Valores públicos, por exclusão não integrando a categoria de bens, nem dinheiros, merecem a proteção do controle pela natureza pública.

Numa singela síntese, tudo que for arrecado pelo Estado, ou que o Estado obrigue o cidadão a pagar compulsoriamente, seja vinculando a estado, ofício, ou profissão, é recurso público sujeito a fiscalização.

3. O ATO ADMINISTRATIVO

A definição de ato administrativo é deveras importante para o nosso trabalho, por apresentar a noção de uma manifestação unilateral, seja concreta ou seja abstrata, com enunciados vindo de uma autoridade administrativa, dotada de poder legislativo ou judiciário, traz consigo também, uma idéia de prescrição destinada a produzir efeitos no campo direito.

Segundo o professor Diógenes Gasparini (1995:62) o conceito de ato administrativo se expressa como sendo

“Toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de sua prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário”

O conceito apresentado pelo ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello, procura inicialmente distinguir ato da administração de atos administrativos, buscando o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2001:343), que apresenta diversos atos praticados pela administração que não devem ser considerados como atos administrativos, a exemplo do que se coloca anteriormente, e cita o autor, atos regidos pelo Direito Privado, atos materiais, atos políticos.

Por conseguinte, o conceito de ato administrativo não se distancia muito das idéias apresentadas, nem tampouco do conceito exposto por Diógenes Gasparini, (1995:64) sendo conceituado como:

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

3.1. A NOÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

O conceito de ato administrativo nas doutrinas estrangeiras seguem um padrão quase que idêntico para as doutrinas consultadas, portuguesa e francesa, a primeira na figura de Marcello Caetano (1999:1213) em seu Manual de Direito Administrativo, quanto a francesa buscou-se nos ensinamentos de René Chapus (2000:997) em *Droit Administratif Général*, as noções sobre o conceito de ato administrativo e suas diversas hipóteses.

Contudo, se deve ressaltar que os autores estrangeiros, diferentemente do que se encontra nos autores pátrios, apresentam todas as hipóteses de atos administrativos, incluindo aqueles que foram refutados em razão do efeito que produzem ou da relação sobre a qual se estabeleceram, como exemplos respectivos cita-se os atos políticos e os atos relativos ao Direito Privado.

Como pontos comuns entre a doutrina estrangeira e a nacional encontra-se que a conceituação de ato administrativo, passa necessariamente pela noção dos requisitos que o compõe, pelas atribuições da administração pública. Estes atos produzem efeitos, criando uma relação jurídica.. Alguns autores consideram os efeitos que os mesmos produzem, que o diferencia dos atos emanados pelo Legislativo, que são as leis enquanto que os atos emanados pelo Judiciário são as decisões judiciais.

A conceituação considera a declaração de vontade da administração pública, onde o sentido unilateral de sua ordem, lhe confere um conceito restritivo.

O conteúdo dos atos administrativos se divide em atos concretos e abstratos, cabendo aos primeiros disporem sobre um único e específico caso, como exemplo pode-se citar a exoneração de um funcionário público, ao passo que os atos de conteúdo abstrato, que são classificados como normativos, apresentam um caráter geral, em casos que podem se repetir, tendo portanto, reiteradas e infinitas aplicações, exemplo do regulamento, mais especificamente, o regulamento do Imposto de Renda.

As doutrinas francesa e portuguesa classificam os atos administrativos em diversos tipos de atos. Segundo esta classificação eles podem ou não ter um

caráter unilateral, sendo que estes podem se traduzir em atos que são somente unilaterais e atos que são somente de contrato.

Outra distinção diz respeito aos fatos dos atos unilaterais terem ou não um caráter decisório: quando os atos emitem ou não uma decisão. Quanto a este último eles podem ou não possuir um caráter de regulamentação.

Enfim, as categorias vão surgindo de caracteres precedentes do que ele revela ao mundo fático. Os atos da administração podem ser, atos administrativos ou ser um ato de direito privado.

Vale apresentar, apenas a título de esclarecimento com relação ao adotado em nosso ordenamento jurídico, que na França o critério de distinção entre atos unilaterais e atos de contrato, contém uma série de precisões e de observações, não sendo simplesmente a consideração do que o nome do ato, seu título, possa exprimir. São atos que consideram a vontade do órgão que os emanou.

O professor Marcello Caetano (1999:1213) ensina que, o conceito de ato administrativo possui elementos essenciais como a conduta de um órgão da administração, apresentando a voluntariedade dessa conduta, a produção de efeitos jurídicos e salienta a necessidade da persecução de interesses postos por lei.

Das noções sobre o ato administrativo pode-se extrair que o mesmo comporta determinados requisitos, que irão dar um sentido prático, que formarão um conjunto, dando contornos ao ato administrativo, o que representa passar de uma noção abstrata, como a tratada até o momento, para uma visão mais concreta sobre o ato administrativo.

3.2. REQUISITOS DO ATO

A conceituação dos atos administrativos apresenta diversos requisitos para sua manifestação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, conforme apontado anteriormente.

A competência traduz-se numa das condições de validade, onde nenhum ato pode ser realizado sem que o agente que o praticou disponha de poder legal para praticá-lo, esse requisito refere-se a predefinição estipulada em lei, ficando seu ato totalmente vinculado, seu comportamento totalmente estipulado de forma objetiva. A competência administrativa é intransferível e improrrogável, pode porém ser delegada a outro agente, desde que previsto em norma reguladora.

A finalidade do ato administrativo deve ser sempre pautada pelo interesse da administração, que traduz o interesse público. Assim sendo, alguns autores consideram-no como elemento vinculado do ato administrativo, pois a atuação da administração só se justifica em razão do interesse coletivo.

Esse interesse público se reflete expressamente na norma legal exarada ou de forma implícita no contexto do ordenamento jurídico, como princípio de um Estado Democrático de Direito.

Quanto à forma do ato administrativo, pode-se verificar pelo anteriormente descrito, que o ato da administração obedece uma forma legal e procedimentos especiais para a sua exteriorização, que vinculam à sua perfeição e a sua validade.

Portanto, todo ato administrativo é formal, não se deve confundir com procedimentalização, que se entende pelo conjunto de passos a serem seguidos.

O motivo do ato administrativo representa um pressuposto objetivo para a realização do ato, ou seja, em sendo previsto em lei o ato somente poderá ocorrer caso a situação que esteja prevista ocorra, é a situação que autoriza sua realização.

Caso sobrevenha uma situação não prevista pelo interesse público, mas que requer um ato administrativo para que, num momento posterior, seja atendido ao interesse público, em função disto os atos merecem receber uma escolha da situação em razão da qual o agente editará o ato, em função do caso concreto, considerando a finalidade para sua edição.

Deverá existir, necessariamente, a situação concreta que justifique a existência do motivo, caso contrário, o ato será considerado inválido, há necessidade de motivá-lo e demonstrar sua efetiva ocorrência.

Não se pode deixar de citar a Teoria que surgiu com Gaston Jèze, que estabelece a teoria dos motivos determinantes, como sendo uma teoria que busca acentuar a importância do elemento fim para o ato administrativo.

Os atos administrativos praticados pelo agente, deverão ser fundamentados os motivos que levarão o agente a tomar tal decisão.

Em resumo, a Teoria dos Motivos Determinantes representa a busca de um fim público, como fundamentação, dentro da esfera de competência do agente, com motivos que justifiquem a adoção de tal ato, em função de alcançar o fim público. Trata-se de uma teoria que busca dar acentuada relevância ao elemento finalidade, colocando-o como essencial para a adoção e vinculação do motivo que justifica a adoção da medida.

Percebe-se claramente que o motivo se justifica no fim público, sendo um valor crucial para a validade do ato administrativo.

No que toca ao objeto do ato administrativo, tem-se por sentido a modificação a criação ou a comprovação de situações jurídicas. É, a relação jurídica que conjuga o conteúdo. É aquilo sobre o que o ato dispõe; de forma que o conteúdo e o objeto aparecem identificados, no entender de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2001:342) e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969:412). Sendo um dos fatores que propiciam que o poder da administração realize sua vontade.

3.3. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A despeito das conceituações terminológicas encontradas para os requisitos do ato administrativo, sabe-se que a doutrina reconhece determinados atributos do ato administrativo, em razão do tratamento ofertado pela ordem jurídica, distinguindo-o dos atos jurídicos privados, onde se apresentam: a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade.

A presunção de executoriedade é a qualidade que tem o todo ato administrativo de ser considerado como verdadeiro e conforme o Direito, em função do princípio da legalidade, acaba atuando em seu favor o *iuris tantum*.

Os atos da administração nascem com essa presunção, mas não significa que os mesmos serão sempre em conformidade com o Direito, o que se deve ter em mente é a exata noção do momento de seu nascimento, onde se supõe que o ato se originou obedecendo ao previsto em norma legal, daí deduz-se a sua legitimidade.

A idéia constante, é a de que a administração não necessita de comprovar a veracidade, a legalidade desse ato. Porém, a presunção de legitimidade comporta prova em contrário.

A imperatividade do ato administrativo resume-se, na qualidade que tem o ato em constituir uma situação jurídica, que vincula o administrado ao seu cumprimento, independente da concordância ou da aquiescência. Segundo, Renato Aless (1968:80), é chamado de poder extroverso do ato administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1994:166.), observa que tal atributo não será encontrado nos atos administrativos que outorgam algum direito nem mesmo nos meros atos administrativos, como atestados e certidões.

A auto-executoriedade do ato é a qualidade que permite à Administração pública diretamente executá-lo, não sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário para promover a sua execução, executa-os e, inclusive, diante do caso, com o uso da força.

A exigibilidade, diante dos atributos elencados acima, compreende-se como a qualidade que possui o Estado, no gozo das funções administrativas, de exigir o cumprimento das obrigações decorrentes desse ato, onde impõe-se a obediência.

3.4. CLASSIFICAÇÕES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos podem ser ponto de inúmeras classificações, a exemplo do que se encontra na doutrina nacional. Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2001:377-382) dentre as classificações a seguir, os atos podem ser divididos: quanto a natureza da atividade administrativa, quanto à estrutura do ato, quanto aos destinatários do ato, quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, quanto aos efeitos, quanto a função de vontade administrativa, quanto aos efeitos, quanto ao resultado sobre a esfera jurídica dos administrados, quanto à situação de terceiros, quanto à composição da vontade produtora do ato, quanto a formação do ato, quanto à natureza das situações jurídicas que criam, quanto à posição jurídica da Administração. Tal classificação pode ser apresentada como sendo uma das mais extensas, se comparar com outros autores nacionais, que acabam por apresentar tal classificação de uma forma mais sintética.

3.4.1. Na classificação segundo a natureza da atividade administrativa

Encontra-se aqui, atos da administração ativa, que são atos que criam uma utilidade pública, constituindo relações jurídicas, como autorizações, licenças entre outras.

Encontra-se atos da administração consultiva, que sugerem providências consideradas necessárias para a prática de atos administrativos.

Atos da administração controladora, que são os atos que impedem ou que condicionam atos da atividade administrativa ativa, criando uma condição para a produção dos efeitos destes últimos.

Atos da administração verificadora são os atos que documentam determinada situação de fato ou de direito.

Aqueles atos provenientes de administração contenciosa são atos que julgam ou decidem, dentro da Administração Pública, litígios e procedimentos administrativos.

3.4.2. No tocante a classificação segundo os destinatários do ato

Os mesmos podem ser divididos em atos individuais e gerais. Cabendo aos atos individuais, recaírem sobre determinados indivíduos, sendo explicitados os destinatários destes atos, nominados. Quanto aos atos gerais, que são em sua maioria, encontra-se uma relação jurídica que os coloca como destinatários dos mesmos, assim sendo, os sujeitos não são especificados.

3.4.3. A classificação segundo os efeitos dos atos administrativos

Esta classificação abrange atos constitutivos e atos declaratórios. Cabendo aos constitutivos a criação de uma situação jurídica nova, ou mesmo extinguindo ou modificando uma situação já existente.

Quanto aos atos declaratórios, são aqueles que afirmam a existência de uma situação de fato ou de direito. Cabe grifar que tais atos nada criam, extinguem ou modificam dentro do ordenamento jurídico.

3.4.4. Efeitos dos atos administrativos

Os efeitos preliminares e os efeitos reflexos, nos primeiros se verificam a situação decorrente de um ato sujeito ao controle por parte de um órgão de controle, cabendo a este emitir um ato de controle que tem a característica de condição de eficácia para o ato controlado. Ao passo que nos atos com efeitos reflexos, verifica-se um efeito sobre uma outra relação jurídica, que não é

exatamente sobre aquela relação, objetivada inicialmente. Não se pode deixar de apresentar os efeitos desses atos, em função de sua importância didática e prática, pois somente quando se analisa a invalidação do ato administrativo é que se pode mostrar a importância de tal distinção, esclarecendo melhor o disposto, coloca-se o exemplo dado pelo professor Diogenes Gasparini (1995: 80), em sua obra cita que a permissão para os agentes públicos ingressarem no bem expropriado, para por exemplo, obter amostras do solo ou para proceder a um levantamento da área, decorrente da declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, tem-se o efeito impróprio do ato de declaração, derivado do próprio objeto do ato declaratório, mas que não é o próprio objeto ou o próprio conteúdo do ato.

Somente se invalidam os efeitos próprios dos atos, ao passo que os efeitos impróprios deste ato permanecem no ordenamento jurídico, exemplo clássico disto, quando se tem a investidura irregular de um servidor público, os efeitos dos atos praticados pelo servidor são válidos, no caso, inválida será a sua investidura.

Esse entendimento é trazido das decisões do Supremo Tribunal Federal, que por várias vezes considerou como legais os atos praticados por oficiais de justiça que foram nomeados com base em lei declarada inconstitucional.

A importância do tema também se traduz no fato que os efeitos destes atos irão reger situações futuras, respeitando o passado e reconhecendo efeitos futuros do direito adquirido.

Portanto, o que se adota é o princípio da irretroatividade dos efeitos do ato administrativo, independente do fato de que tal retroatividade pode ocorrer quando da invalidação de um ato (nulificação do ato), nesse ponto a retroação atende a essência da invalidação do ato.

Os efeitos são os resultados que se processarão no mundo jurídico, sendo de duas ordens, primeiro encontra-se os efeitos que são decorrentes diretos para o qual o ato se preordena, ou seja, são os efeitos buscados com aquele ato, sendo estes chamados de atos próprios.

Os efeitos impróprios são aqueles que ocorrem, sem que para isso os atos tivessem sido preordenado, não constituem sua razão de ser, derivam necessariamente do objeto do ato, sem contudo constituir o próprio objeto.

3.5. O ATO ADMINISTRATIVO QUANTO A SUA PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA.

Os atos administrativos apresentam um ciclo para a sua produção, portanto, para que o mesmo possa ser considerado perfeito tem de atender a todas as fases de sua formação. Estará materialmente completo, quando dotado de motivo, conteúdo, finalidade, forma, causa e sendo ato emanado por autoridade competente. Em suma quando o ato existe, sendo chamado de existente, por ter completado o seu ciclo de formação.

Dentro da estrutura adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello (1969:347), encontra-se a seguinte posição onde coloca todos os requisitos dentro do plano da existência, deixando outros dois planos a validade e a eficácia, que serão discutidos a seguir.

O ato administrativo será considerado válido se for editado conforme a Lei, existindo nesse ponto a seguinte classificação a saber: quando se tratar de regulamento de execução, (deverá estar compatível com a lei) ou conforme a Constituição (quando se tratar de regulamento autônomo). Portanto, pode-se verificar que a validade se refere, ao ato, seja ele abstrato ou concreto, legalmente adequado ao ordenamento jurídico, as exigências normativas.

Inversamente verifica-se que o ato inválido é aquele que nasce afrontando ao ordenamento jurídico, exatamente por não se compatibilizar. A verificação da eficácia de um ato administrativo será realizada a partir do momento que este ato estiver pronto para produzir efeitos típicos, ou seja, disponíveis para produzi-los de imediato.

Observa-se que existem atos que tem seus efeitos, condicionada a ocorrência de um termo futuro ou condição que condicione a sua eficácia e, também existem casos de que devem aguardar um outro ato, os chamados atos

de controle, exemplo de um ato que depende de um ato de aprovação ou de homologação, para que seus efeitos sejam desencadeados.

Quando se depara com estas situações condicionantes, tem-se que os atos administrativos são ineficazes, visto não poderem produzir seus efeitos, independente de serem atos existentes e válidos.

Começa-se a verificar certos aspectos que se repetem e outros pontos que se entrelaçam, de forma a dificultar que se possa estabelecer uma separação clara, um limite definido para determinado aspecto do ato administrativo, sem que se tenha necessariamente de salientar outro aspecto. Isto demonstra, de forma inequívoca a correlação entre os requisitos, e a conseqüente apresentação dos atributos do ato administrativo, seus efeitos, tudo dentro de um contexto amplo.

A discricionariedade e a vinculação serão apresentados de forma a demonstrar os campos de atuação do agente administrativo ao tomar determinada decisão. Contudo, vê-se que tal atuação, está longe de se parecer com o que se encontra na conceituação da grande maioria dos administradores, portanto, mostra-se que essa atuação segue dentro de uma linha de atuação que já vem definida, que já vem da observação e da obediência aos requisitos dos atos administrativos.

3.6. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Há quem confunda probidade com moralidade ou, correspondentemente, improbidade com imoralidade.

Entende-se por ato de improbidade má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter.

De Plácido e Silva, diz que: improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral.

A Lei 8429, de 2 de junho de 1992, e a legislação complementar, têm em vista a defesa do patrimônio público e dos direitos constitucionais do administrado. Qualquer agente público poderá vir ser o sujeito ativo.

A fonte direta encontra sua sede, na Constituição Federal, sobressaindo-se os artigos 15, inciso V, e 37, § 4º. a Lei Maior (art. 85, V) define os crimes de responsabilidade do Presidente da República e considera delito o ato daquela autoridade que atentar contra a probidade na administração.

O tema é de tal relevância, que o constituinte veda a cassação de direitos políticos, mas autoriza a perda ou a suspensão de direitos políticos, no caso de improbidade administrativa, nos termos do § 4º do citado artigo 37.

A administração pública direta, indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade, publicidade e todos os demais previstos na Constituição, advertindo o § 4º que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário público, sem prejuízo da ação penal cabível.

A determinação da Carta Maior não deixa margem a qualquer dúvida, quanto à sua aplicação, ficando as autoridades competentes munidas de imenso instrumental jurídico.

A improbidade não é coisa nova nem de nossos tempos, visto que esta existe, desde que o homem povoa a Terra. Não obstante, a sociedade sempre procurou amenizar essa mácula, combinando instrumentos legais, na área administrativa e na área penal, nem sempre com o êxito desejado.

Improbidade é desonestidade e relaciona-se com a conduta do administrador e pode ser praticada não apenas pelo agente público, *lato sensu*, senão também por quem não é servidor e infringe a moralidade pública.

A Lei 8.429/92, por sua vez, complementando as disposições constitucionais, classifica os atos de improbidade administrativa em três tipos:

- I. atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito;

- II. atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário;
- III. atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

A Constituição não mais se refere à administração fundacional, mercê da Emenda 19, de 1998. Isto porque a fundação está compreendida na Administração indireta e despicienda é sua menção. E a administração pública é bastante ampla, compreendendo, para os efeitos desta lei, também a empresa incorporada ao patrimônio público e a entidade, para cuja criação ou custeio o Tesouro haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Os agentes públicos vem conceituado no artigo 2º, sendo todo aquele que, exercendo, mesmo que transitoriamente, ou sem remuneração, por eleição, contratação, designação ou qualquer outra forma de vínculo, mandato, cargo ou função nas empresas indicadas no artigo 1º. Enfim, sua abrangência é a mais ampla possível e compreende todas as esferas de poder. Mas também o é todo aquele que, não sendo agente, concorra ou induza para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie, sob qualquer forma direta ou indireta.

A probidade administrativa abarca o princípio da moralidade e está, sem dúvida, na forma como a Lei 8.429/92 define os atos de improbidade administrativa, visto que a improbidade na administração ocorre, quando se praticam atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, definidos no artigo 37, § 4º, da CF, entre os quais está incluída a moralidade, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, além de outros que, mesmo não apontados, explicitamente, no referido preceito, contudo distribuídos por toda a Constituição, também se aplicam à condução dos negócios públicos.

O ato de imoralidade, na opinião da ,melhor doutrina, afronta a honestidade, a boa fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais.

Já a improbidade traduz a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a pública administração.

Vale dizer todo ato contrário à moralidade administrativa é ato que corresponde à improbidade, mas nem todo ato de improbidade administrativa compreende a violação da moralidade administrativa.

E, mais, desde que se comprove a ocorrência da lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão dolosa ou culposa do agente ou do terceiro, dar-se-á o total ressarcimento do dano. Nada escapa.

O agente ou terceiro beneficiário dos bens ou de valores acrescidos ao patrimônio que deu origem ao enriquecimento ilícito, ficará sujeito à perda desses bens.

A Lei 8.429/92 permite a qualquer pessoa representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. A comissão designada para apurar a prática do ato de improbidade dará conhecimento de sua instauração ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, que poderão designar representantes para acompanharem o referido procedimento administrativo .

A comissão poderá solicitar ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão o seqüestro dos bens do agente ou de terceiro enriquecido ilicitamente ou que haja causado dano ao erário.

4. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle jurisdicional da Administração Pública tem sua essência, basicamente, na observância da legalidade da atuação do administrador. Assim, seu surgimento remonta ao advento da positivação do Direito, a partir do século XX.

Consoante ensinamento do perillustre Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1990:215), o termo positivação pode ser compreendido de uma maneira lata ou estrita.

"Num sentido lato, o direito positivo é considerado o direito posto pelo legislador, o que leva a uma compreensão mais ampla que pode enquadrar como positivas as formações jurídicas de épocas e lugares heterogêneos, donde a idéia de que a positivação seja um fenômeno senão essencial, pelo menos de importância decisiva na formação de qualquer direito".

E acrescenta que, no seu sentido estrito, o vocábulo em análise se refere "a uma ação típica do direito a partir do século XX."

Naquela época, houve uma reação de vasta envergadura contra o absolutismo reinante, culminando com a *Revolução Francesa*, no ano de 1789. Foi um momento histórico no qual a classe marginalizada - o cognominado Terceiro Estado - clamava continuamente pelo respeito aos seus direitos. A mudança foi tamanha na ordem social até então vigente. Assim, na lição do Prof. Paulo Bonavides (1994:123):

"... a Revolução Francesa não foi o Comitê de Salvação Pública nem a Guilhotina de Dalton e Robespierre, mas o Estado de Direito, a legitimidade republicana, a monarquia constitucional, o regime representativo, toda aquela ordem nova que somente tomou feição e consistência depois que a história filtrou e sazou o princípio revolucionário em sua concretização institucional."

Justamente nesta época, o povo francês, empobrecido e escravizado pelos Bourbons, conseguiu a votação e posterior Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um marco decisivo na positivação dos direitos individuais do cidadão para se defender do Estado-tirânico. Daí a precisa observação do Professor Mário Masagão (1998) ao lecionar que "só depois da Revolução Francesa é que se esboçaram os primeiros esforços para criação da disciplina." E complementa:

A denominação "Direito Administrativo" surgiu pela primeira vez na Itália, a encabeçar um livro de ROMAGNOSI (Principii Fondamentale di Diritto Amministrativo, 1814), e, no mesmo ano, foi usada na França, na obra de FOUCAULT (Précis de Droit Public et Administratif)."

Ensina-nos Hely Lopes Meirelles (1992:26), que "controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa."

Discorrendo sobre o tema Diógenes Gasparini (1986:18) conceitua "controle de legalidade dos atos e atividades administrativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por órgão dotado de poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos."

Mais além, Celso Antônio Bandeira de Mello (1991:124) erige o controle jurisdicional dos atos administrativos como verdadeiro princípio a nortear a Administração Pública no interesse público. Daí asseverar:

"Trata-se, é bem de ver, de exigência impostergável à idéia de Estado Democrático de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis."

4.1. O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

O entendimento da Constituição Federal Brasileira, leva a conclusão que na divisão de poderes não ocorre uma separação total, ou em compartimentos fechados, tendo cada um deles apenas determinadas atribuições, mas sim, que ali está apenas delimitado o campo de atuação predominante dos órgãos de cada poder, sendo em casos excepcionais admitida a prática de atos de um poder por outro e vice-versa.

Com o advento do Estado Moderno, as normas de conduta que garantem a paz social passam a ser criadas pelo Poder Legislativo, a quem incumbe a função de elaborar as leis, que são regras gerais abstratas reguladoras da conduta dos indivíduos, que tutelam seus interesses e regem a composição dos conflitos. A função jurisdicional especializa as leis, atuando-as no caso concreto.

O Direito que emana do Estado, é também, garantido em última instância por este mesmo Estado, não sendo permitida a atuação direta do direito pela sociedade. Esta garantia, por força do aparato coativo, passa a ser monopólio estatal, manifestando-se concomitantemente como poder, função e atividade.

De fato, a jurisdição é manifestação do poder do Estado, assim como os demais poderes (Executivo e Legislativo), devendo-se entender o poder estatal como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. É também função, visto que, representa o dever de pacificação, com justiça, dos conflitos nascidos na sociedade, de onde provém sua expressão como atividade, já que abrange um complexo de atos direcionados para a satisfação de fins próprios do Estado (1999:129).

Neste sistema de exercício do poder, como atributo da soberania, a atividade jurisdicional se coloca como instrumento hábil, pois o Estado soberano impõe o seu Direito através da jurisdição, dizendo o direito aplicável ao caso concreto. Por seu intermédio, o Estado, substituindo os titulares dos interesses em confronto busca de forma imparcial, a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça.

A jurisdição se consolidou como função do Estado, a partir do momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais contenciosos, por comprometer a paz jurídica, se reconheceu que não haveria poder melhor para dirimir os litígios do que o próprio Estado, não só pela sua força, como pelo seu interesse presumível em assegurar a ordem jurídica estabelecida.

No entanto, a jurisdição não é exercida apenas em face de um conflito de interesses, mas também pela provocação de um dos interessados. Quem invoca a prestação jurisdicional do Estado, manifesta uma pretensão contra ou em relação a alguém. O órgão jurisdicional deve verificar e declarar se a referida pretensão é protegida pelo direito objetivo; em caso afirmativo, realizará as atividades necessárias para a efetivação da lide.

Deve-se destacar que a atividade jurisdicional não se confunde com atividade judicial, porque a última é o gênero, do qual a atividade jurisdicional, assim como as atividades atípicas do Poder Judiciário são espécies.

Para o exercício eficaz da jurisdição, o Estado organiza um verdadeiro “serviço público” da Justiça, que é o Poder Judiciário, através de um conjunto sistematizado de juízos e tribunais para suprir os recursos humanos e materiais necessários à concretização do Direito. Deste modo, pode-se entender o Poder Judiciário como o conjunto de órgãos (juízos e tribunais) que exercem a função jurisdicional do Estado.

A expressão Poder Judiciário, não tem a mesma conotação de um poder soberano, como o do Estado, que só a ele pertence, pois caso houvesse a fragmentação desse poder em outras unidades, estaria-se negando a soberania indivisível do Estado. A separação dos poderes é apenas uma técnica para distribuir as funções entre os distintos órgãos do poder estatal.

Dentro do atual quadro constitucional (art. 2º) de independência e harmonia dos poderes, existe a permissão para que determinado Poder exerça funções que *a priori* caberiam a outro.

Logo, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário podem praticar atividades administrativas que a princípio seriam específicas do Poder Executivo, sem interferir na independência deste.

A tripartição clássica dos poderes do Estado desenvolvida por Montesquieu, não obedece, na prática, à rigidez com a qual fora idealizada. O Executivo freqüentemente legisla, o Legislativo é chamado a julgar e o Judiciário, exerce também as funções legislativas e administrativas, além da jurisdicional. Esta tendência está presente em todas as organizações estatais modernas (1999:157).

Constituem atividades legislativas do Judiciário, exercidas pelos tribunais, devido a seu poder de autogoverno, a elaboração de seus regimentos internos e a iniciativa de leis de organização judiciária. Quanto às atividades administrativas tem-se aquelas decorrentes da própria organização dos serviços, como a eleição de seus dirigentes, o provimento de cargos, propor a criação de novas varas judiciárias, entre outras.

Apesar da propaganda independência, como corolário do mecanismo de separação dos poderes, o Judiciário sofre uma série de limitações, provenientes dos vínculos institucionais com o Executivo e o Legislativo. Há de se ter em conta que, os ministros dos tribunais superiores e alguns juízes dos tribunais regionais são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado.

Por determinação de ordem constitucional, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV), portanto, a função jurisdicional deve ser desenvolvida com exclusividade pelo Poder Judiciário, prevendo a Carta Magna a inafastabilidade do controle jurisdicional como direito e garantia fundamental.

Tal atributo demonstra a importância primordial da atividade típica exercida por este Poder, pois traduz a segurança jurídica que todo cidadão necessita para conduzir sua vida. Verifica-se, então, que através da jurisdição, o Poder Judiciário alcança uma grande amplitude, na medida que abrange as relações jurídicas privadas e do próprio Estado, devendo dizer o direito, quando a situação exigir, inclusive contra o Estado.

4.2. O ATO JURISDICIONAL

A jurisdição materializa-se através do processo, no qual o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, chama para si a responsabilidade de solucionar os conflitos de interesse entre as partes litigantes.

O processo pode ser entendido como uma série ordenada de atos formalizados pela lei para obtenção de um fim que é a sentença. Portanto, a sentença judiciária é o ato jurisdicional por excelência, na qual o juiz aplica o direito objetivo em um processo.

Os atos decorrentes do efetivo exercício da jurisdição devem ser diferenciados dos atos de mera atuação judicial. Os atos jurisdicionais consistem em pronunciamentos, ou provisões dos juízes, que se externam por meio de sentenças, decisões interlocutórias e despachos; os demais correspondem a outras atividades materiais.

Segundo prescrição do Código de Processo Civil (art. 162), "Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (§ 1º); "Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente" (§ 2º); e "São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma" (§ 3º). O julgamento proferido pelos tribunais recebe o nome de acórdão (art. 163, CPC).

Para Santos (1992:281), a classificação dos atos do juiz em: despachos de expediente, que visam movimentar o processo; despachos interlocutórios, que seriam as decisões interlocutórias do CPC; decisões terminativas, que encerram o processo sem julgamento do mérito; e as sentenças definitivas, que decidem o mérito da causa.

Na verdade, dirigindo ou instruindo o processo, o juiz pratica uma série de atos que não se coadunam com o esquema do art. 162 do Código de Processo

Civil, tais como: fazer inspeção judicial; presidir audiências; propor conciliação; proceder pessoalmente a colheita de provas; ouvir testemunhas, peritos e partes e executar providências materiais diversas.

O que de fato interessa é que os atos do juiz distinguem-se pelos seus conteúdos e pelos seus efeitos. Desta forma, o despacho de expediente, não tem conteúdo decisório; já a decisão interlocutória, tem conteúdo apenas incidental. Só as sentenças tem conteúdo decisório (substantivo) capaz de resolver a lide. No que se refere aos efeitos do ato jurisdicional, o principal deles é o de reproduzir coisa julgada formal ou material.

Do exposto, pode-se verificar que o ato jurisdicional tem sentido amplo, sendo jurisdicionais todos os atos praticados pelo juiz no curso do processo, mesmo aqueles sem conteúdo decisório; além do que, todo e qualquer ato jurisdicional é potencialmente apto a produzir danos ao jurisdicionado e empenhar a responsabilidade do Estado.

4.3. PODERES E DEVERES JURISDICIONAIS

O juiz é o órgão do Poder Judiciário encarregado de desempenhar a função jurisdicional, podendo ser encarado como um agente do Estado, fazendo parte da categoria profissional dos servidores públicos, no sentido amplo.

Contudo, em razão da relevância das funções que exerce, para as quais são exigidas garantias especiais que lhe assegurem a mais completa independência e autonomia, destaca-se do quadro funcional e se constitui em categoria de servidores *sui generis*, regendo-se as condições de sua investidura, atribuições e condições de exercício da função jurisdicional pelas leis de organização judiciária, cujas diretrizes são traçadas pela Constituição Federal.

Por meio das garantias asseguradas constitucionalmente ao Poder Judiciário, os juizes gozam, para o desempenho final de suas funções, da vitaliciedade, inamovabilidade e irredutibilidade de vencimentos. Destas garantias decorrem alguns direitos, aos quais se acrescentam outros, que lhes são

específicos ou provenientes de sua condição de servidores do Estado, estabelecidos pela própria Constituição ou pelas leis de organização judiciária.

Juiz e partes são os sujeitos principais da relação processual, sem os quais esta não se completa. Entretanto, como órgão do Estado no exercício da função jurisdicional, que visa o interesse público, é o juiz quem desempenha o papel preponderante, sendo a figura central do processo.

Desta forma, ao juiz são concedidos, no exercício de suas atividades processuais, amplos poderes, sem os quais não lhe seria possível conhecer, decidir e dar execução às suas decisões, satisfazendo assim a prestação jurisdicional almejada pelo processo. Ao utilizar tais poderes, o juiz deve se colocar entre e acima das partes, como ente desinteressado e imparcial, no cumprimento do dever jurisdicional.

Os poderes jurisdicionais são aqueles exercidos pelo juiz no processo, no exercício da função jurisdicional, como sujeito da relação processual, desde o instante da provocação inicial pela parte até a sua extinção. Esses poderes, tendo em vista a sua finalidade, podem ser classificados de um modo geral em:

- poderes ordinatórios ou instrumentais, que se traduzem em provimentos dirigidos ao regular desenvolvimento do processo;
- poderes instrutórios, destinados a colheita e produção de provas dos fatos para formação do material de necessário à fundamentação da decisão;
- poderes decisórios, que se convertem nas decisões proferidas, é o poder de decidir a lide;
- poderes satisfativos ou executórios, exercidos pelo juiz no processo de execução, quando se concretiza a pretensão do exeqüente; e
- poderes acautelatórios, quando impõe medidas preventivas, no processo cautelar.

Sendo os poderes atributos da função jurisdicional e não privilégios do órgão que os exerce, estes implicam no dever de obrigatoriedade do exercício da

jurisdição, isto é, o dever à prestação jurisdicional. Assim, um dos deveres do juiz é usar dos seus poderes, movimentando a relação processual e, desde que regular, decidir da ação e do seu mérito.

Ao poder de dirigir o processo, de forma que assegure rápido andamento à causa, corresponde o dever do juiz de respeitar os prazos para despachos e sentenças e, ainda, o dever de não recusar, omitir ou retardar providências que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Deve-se verificar a importância da análise da responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional, a partir da alteração introduzida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, o qual apoia-se na noção de serviço público para definir a responsabilidade do Estado.

Segundo Meirelles (1992:294), o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina e pode ser encarado: primeiro sob o enfoque de uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; segundo, pode ser visto sob uma conceituação formal que tende a identificá-lo por características extrínsecas; e finalmente sob um conceito material, buscando defini-lo por seu objeto, ou seja, como atividade exercida para atender as necessidades de interesse coletivo. Apontando o entendimento dos publicistas modernos, o autor coloca: “o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico”, para então adotar a sua própria conceituação, onde afirma que: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Assim, os serviços públicos propriamente ditos, são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados.

Logo, se o Poder Público veda o exercício da justiça aos particulares, pois a prestação da tutela jurisdicional é exclusividade do Estado, em caráter obrigatório; se a atividade jurisdicional é essencial e indispensável à satisfação do

interesse público e somente a ela é permitida a imposição de medidas compulsórias aos jurisdicionados, não resta dúvida, dentro do conceito supra mencionado que a atividade jurisdicional é serviço público.

Desse modo, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, abrange a responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal, Municípios e autarquias; dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; das empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades privadas, quando no exercício de serviço público e por dano diretamente causado pela execução desse serviço, cuja caracterização dispensa o critério orgânico ou subjetivo.

Por conseguinte, o exercício da jurisdição desenvolve-se sob os mesmos efeitos das demais funções do Estado, gerando direitos e obrigações com o serviço público em geral, devendo apresentar-se o mais próximo possível da perfeição, para que a coletividade possa usufruir dele de forma mais completa. Cabe ao Estado velar pela regularidade de tais serviços, e responder pelas conseqüências de seu mau funcionamento.

Opinião semelhante é a de Cretella Júnior, para quem: “Não há razão que justifique excluir, como exceção, a espécie “serviço público judiciário” do gênero serviço público geral. A responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público, porque o ato judicial é antes de tudo, ato jurídico público, ato de pessoa que exerce serviço público judiciário” (1995:275).

Dessa forma, fica demonstrado que a doutrina reconhece que a atividade jurisdicional constitui serviço público essencial, ensejando a responsabilidade do Estado quando produz dano ao jurisdicionado. Entretanto, como será visto adiante, este não é ainda o entendimento predominante na prática jurisprudencial.

A reformulação do atual sistema, para a implantação de um novo regime de controle de contas públicas, deve contemplar uma abordagem gradualística e sucessiva.

A concepção do modelo não pode cingir-se exclusivamente à legalidade, sob pena de ignorar os fatores de avaliação da economicidade da gestão, legitimidade dos atos, eficácia e eficiência da administração e todos os demais

matizes que a auditoria operacional revela. Aliás, nesse sentido rumam as entidades de fiscalização superior, no Exterior, que, embora vislumbrem na legalidade o ponto angular para a "alavancagem" do controle, têm buscado alargar essas novas fronteiras.

Deve, portanto, ser mantida a função regular e sistemática de controle externo, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade e da eficiência, sob o prisma de auditorias especializadas da boa gestão dos recursos públicos.

4.4. MEIOS OU INSTRUMENTOS DE CONTROLE

4.4.1. Habeas Corpus

Cediço que sua origem remonta à Magna Carta inglesa, "mas definitivamente consagrado nas declarações universais de direitos, constitui-se o habeas corpus no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção".

Previsto no art. 5º, inciso LXVIII, possui a seguinte redação:

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

Sua impetração independe de maiores formalidades, inclusive a presença de advogado. Trata-se de remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, quando esta apresentar-se em risco.

4.4.2. Mandado de Segurança

O mandado de segurança foi fruto da necessidade e exigência de uma época em que o cidadão experimentava os albores da liberdade e do enfrentamento com o Poder Público. Ainda que sua inspiração possa residir em institutos alienígenas, como os *writs* anglo-americanos ou o *juicio de amparo* mexicano, costuma-se dizer que sua idealização está amplamente ligada ao Habeas Corpus, aos Interditos Possessórios e à Ação Anulatória de Atos da Administração (Lei nº 221/1894).

Para Cretella Jr (1995), o instituto do mandado de segurança, com mais de meio século de existência e ainda em constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, é o mais aperfeiçoado instrumento processual constitucional na defesa dos direitos fundamentais no Brasil. Ainda: é o meio mais eficaz de controle jurisdicional da Administração Pública.

Por demais oportuna a advertência de Themístocles Brandão Cavalcanti (1971:63):

"Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão certo, líquido e incontestável, nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de habeas-corpus a outros direitos que não os concernentes à liberdade física".

Também Castro Nunes (1937:42) diz que "as origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do habeas corpus, na extensão dada a esse instituto pela antiga jurisprudência".

A impetração da ação mandamental está condicionada a todos os regramentos inerentes a processo, inclusive no que pese a capacidade processual das partes litigantes.

4.4.3. Habeas Data

" LXXII — Conceder-se-á habeas data:

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

Novel garantia introduzida pelo art. 5º, inciso LXXII da Constituição Federal de 1988, almejando assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo através de processo sigiloso (judicial ou administrativo).

Consoante leciona o constitucionalista Paulo Bonavides (1994:154):

"a aplicação e interpretação desse remédio constitucional se combina com dois outros incisos do mesmo art. 5º da Constituição - os incisos XIX e XXXIII - que também regulam matéria pertinente ao direito de informação, fazendo mais sólida a garantia contra abusos dos órgãos públicos. (...) O instituto cristaliza historicamente na consciência da sociedade brasileira uma reação jurídica do constituinte a violações, manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal pelas entidades governamentais da ditadura ao longo de duas décadas de exercício do poder autoritário sem limites."

Segundo ainda o mestre constitucionalista,

"os dois dispositivos conjugados com o uso do mandado de segurança poderiam aparentemente fazer supérfluo o habeas data, um instituto que o jurista Cretella Júnior, de São Paulo, classificou de inócuo, por já existir, segundo ele, outro remédio processual apto a exercer igual função e preencher a mesma finalidade: o mandado de segurança. Data venia discordamos desta posição. Só o habeas data, remédio com status constitucional, pode proteger, em toda a plenitude possível, o direito de informação. Duvidamos aliás que o mandado de segurança, há tanto tempo existente no País, fosse invocado com êxito perante os tribunais para coibir coerções e abusos de autoridades contra aquele direito. Haveria sempre evasivas, de inspiração política, dos órgãos coatores para descaracterizar a liquidez e a certeza do direito".

4.4.4. Mandado de Injunção

A redação grandiloqüente que foi conferida ao instituto:

"LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

À época da promulgação da atual Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção foi um dos itens mais comentados e alvo de inúmeras interpretações acerca de seu real alcance e amplitude.

Alguns o tinham por inútil, nada acrescentando aos demais *writs* tradicionais. Para outros, seria um instrumento inovador e revolucionário.

É certo que o mandado de injunção, uma vez deferido, beneficiaria tão-somente os impetrantes, remanescendo a lacuna da denominada *norma regulamentadora*, seja ela de atribuição do Executivo ou do Legislativo. Ocorre que, em muitos casos, a norma regulamentadora não é editada simplesmente

porque o Poder respectivo não o deseja. Quiçá por esse Poder entender que certos direitos e prerrogativas não são devidos e devem ser expurgados do Texto Magno.

Situação similar é a dos juros fixados pela atual Constituição Federal de 1988 em 12% (doze por cento). A rigor, não há o que se regulamentar no preceito. A questão parece ser simples e de mera interpretação.

Como leciona Bandeira de Mello, (1991:218):

"Até o presente momento este instituto não conseguiu preencher a finalidade que lhe é própria, pois o Supremo Tribunal Federal, certamente por discordar do preceito constitucional que o instituiu, tem conseguido, por via interpretativa esdrúxula, nulificar sua utilização, tornando-o absolutamente inócuo."

4.4.5. Ação Popular

Vem contemplada pelo art. 5º, inciso LXXX, com a seguinte dicção magna:

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

Trata-se de instrumento judicial franqueado a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É regulada pela Lei nº 4.717, de 29.06.65. Ademais, a norma constitucional declara a isenção de custas e de sucumbência ao autor popular, desde que animado pela boa-fé.

Adverte Hely Lopes Meirelles (1992:69):

"A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios, mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto."

4.4.6. Ação Civil Pública

Cuida-se de instrumento utilizável pelo Ministério Público na qualidade de verdadeiro substituto processual para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. Ainda: presta-se a promover a responsabilidade de quem porventura tenha causado lesão a estes mesmos bens.

Atua, assim, o Órgão Ministerial, como representante da sociedade para promover, através do recurso à jurisdição, o resgate da legalidade afrontada.

A legítima interveniência do Ministério Público está conferida expressamente na Lei nº 8.625/93, no seu art. 25, inciso IV, "a", que dita, verbis:

"Art. 25 — Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público,

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção, e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos."

4.4.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade

Estabelece o art.102, I, "a", da *Constituição Federal de 1988*:

"Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal".

A ação de inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão . "Será por ação quando interposta para que seja apreciada em tese a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, objetivando sua fulminação. Será por omissão quando, a teor do § 2º, do artigo 103, vise, com o reconhecimento judicial de que tal omissão em expedir providencia normativa é inconstitucional, seja cientificado o Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias."

4.4.8. Outros Meios

Existem outras ações, especiais ou ordinárias, que podem ser adequadamente utilizada pelo administrado para ver cessada a ilegalidade do ato administrativo. Dentre elas, as ações possessórias, a ação de consignação em pagamento, a nunciação de obra nova, e as cautelares, muitas vezes cumuladas com pedido de antecipação de tutela

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional caracteriza-se como tema de grande interesse e controvérsia no meio jurídico em todo o mundo.

Os estudiosos do Direito vêem na complexidade do tema um fator de estímulo ao aprofundamento e estudo constante. A questão da responsabilidade do Estado tem um papel fundamental na sociedade moderna, dada a necessidade de se garantir direitos individuais e coletivos reparando danos cometidos pela atividade judiciária.

O grau de desenvolvimento da consciência política e cultural de uma sociedade é fator determinante para se obter a plena responsabilização estatal em todas as áreas de atuação. No entanto, é necessário que sejam fixados limites para que se exija uma responsabilização do Estado e a fim de que realmente os danos causados sejam reparados evitando-se assim indenizações de grande monta que venham a onerar os cofres públicos, bem como, o acúmulo nos fóruns, de processos maliciosos.

O Poder Judiciário, no Brasil, via de regra, reveste-se do poder de dizer o direito aplicável ao caso concreto em última instância, cabendo o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Executivo, do Poder Legislativo, bem como de seus próprios atos.

legitimidade e a eficácia do atual processo decisório do controle externo, vêm, desde há muito, afligindo a Sociedade Brasileira quanto à real efetividade e quanto à sua credibilidade política.

Tais preocupações têm sido objeto de estudos e discussões, eventualmente polêmicas, sobre o papel das instituições de controle externo, na tentativa de buscar-se modelo mais consentâneo com os tempos atuais.

A ação dos Tribunais de Contas, como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, para o exercício da função de controle externo de contas de todos os

Poderes, tem representado ingente esforço de fiscalização, de auditoria e de julgamento técnico-administrativo, no âmbito dos negócios e do patrimônio públicos.

Ressalte-se a absoluta importância da função de controle externo, a representar instrumento imprescindível de acompanhamento democrático das ações de governo e da administração pública direta, indireta e fundacional, que tem focalizado, sobretudo, atos e fatos de execução orçamentária.

O processo deliberativo atende, assim, a critérios técnico-administrativos, ocasionalmente influenciáveis, em tese, por fatores dominantes de natureza política, com eventual prejuízo da independência e da qualidade decisória.

Nesse particular, o processo jurisdicional macro-decisório encontra-se muito disperso e fragmentário, considerando-se a instância judicial.

O controle jurisdicional da Administração Pública tem sua essência, basicamente, pela observância da legalidade da prática do administrador.

O chamado controle jurisdicional da Administração Pública ganha sede constitucional, através do artigo 5º, inciso XXXV, da *Constituição Federal de 1988*.

Com assento na *Carta Constitucional*, este importante direito tem conferida sua necessária eficácia, tratando-se de direito genuinamente fundamental.

Dentre nós, os meios de controle jurisdicional da Administração Pública são o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, além de ações possessórias, de consignação em pagamento, nunciação de obra nova e ações cautelares.

Estas são as grandes linhas gerais que se colocam para o desenvolvimento e implementação conceitual do regime de controle jurisdicional de contas públicas, para valorização do atual processo decisório do controle externo, que, por certo, sinalizará importante aprimoramento do Estado Democrático de Direito e significativo salto de qualidade para a Democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, Teoria Geral do Estado, São Paulo, Global, 1987

AIXKIN, Charles. Dicionário de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, FGV, 1986.

ALESSI, Renato. La Revoca degli Atti Amministrativi, 2ª edição, Milão, Giuffrè, 1968.

AZAMBUJA, Darcy, Teoria Geral do Estado, Porto Alegre, Globo, 1973.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípios Gerais de Direito Administrativo, v.I, Rio de Janeiro, Forense, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito Administrativo na Constituição de 1988. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, v.I, Rio de Janeiro, Forense, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política, São Paulo, Saraiva, 1986.

BATALLA, Tomás Carrillo. Historia Crítica del Concepto de la Democracia, Caracas, Monte Avila Editores, v. 2º, 1983.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª edição. Malheiros Editores, São Paulo: 1994.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo, vol. II, Coimbra, 10^a edição, 6^a reimpressão, Atualizada pelo professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Editora Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 5^a edição, Coimbra: 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo, Livraria Freitas Bastos, São Paulo: 1971.

CHAPUS, René. Droit Administratif General, Tome 1, Monstchrestien, 14^a edição, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro, 1995.

DI PIETRO, Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 4^a edição, São Paulo, Atlas, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Editora Atlas. São Paulo: 1990.

FERRAZ, Luciano. Controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FLEINER, Fritz Instituciones de Derecho Administrativo, Editorial Labor S/A, Traduzido por Sabino A. Gendin, 1933.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 4^a edição, Saraiva, São Paulo, 1995.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. Editora Saraiva, São Paulo: 1989.

MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo, Max Limonad, São Paulo. 1998.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. RT 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores, São Paulo: 1992.

MORAIS, Antão de, A Má Redação de Nossas Leis, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1947.

NUNES, Castro. Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa do Direito Contra Actos do Poder Público. Editora Acadêmica: 1937.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. São Paulo: Renovar. 1999.

PINTO FERREIRA, Luís. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SILVA DA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. Revista Forense, JAN/FEV/MAR/89.

SOUZA, Nelson Oscar de. Manual de Direito Constitucional. 2ª edição, Forense, 1998.

WEIDA, Zancaner. Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996.