

Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais

José de Ribamar Barreiros Soares

Sumário

1. Aspectos gerais. 2. O controle da discricionariedade administrativa. 3. O controle da administração pública no Brasil-Colônia. 4. O controle da administração pública no Brasil-Império. 5. O controle da administração pública no Brasil-República. 6. Definição da matéria na Constituição de 88. 7. A visão da doutrina clássica. 8. O conceito moderno de controle da atividade administrativa. 9. Sistemas de controle da atividade administrativa. 10. Conclusão.

1. Aspectos gerais

Desde o século XIX, aparece na França o que se chamaria de recurso por excesso de poder, momento esse em que se começa a limitar a discricionariedade administrativa do agente público, independentemente de sua hierarquia administrativa.

O primeiro passo é o controle do ato administrativo a partir do vício de incompetência, que diz respeito à prática do ato por quem não tem autoridade legal para tanto. Sendo o órgão que dita o ato incompetente, anula-se tal ato. Este, o primeiro avanço no controle do ato administrativo.

O segundo passo atine com a forma do ato administrativo. Não se encontrando dentro dos parâmetros legais quanto à forma de que se deve revestir o ato, faz-se presente a possibilidade de sua anulação.

O terceiro passo é o controle do ato por meio da técnica do desvio de poder. Assim,

José de Ribamar Barreiros Soares, doutorando em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro IUPERJ e Diplôme d'Études Politiques Générales pela Université Paris I - Panthéon Sorbonne, é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Advogado, ex-Professor Assistente de Direito da Universidade de Brasília, ex-Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral da República e do Tribunal Superior do Trabalho.

a discricionariedade é controlada, perdendo sua característica de insindicabilidade. O poder discricionário passa a ser visto como liberdade conferida à administração para atingir o fim desejado pelo legislador. Se o administrador se descia dessa finalidade, seu ato é anulado por desvio de poder.

Ao final do século, o recurso passa a ser utilizado para coibir qualquer violação de lei, direta ou indireta. A violação de lei vem a ser entendida no sentido de violação não apenas da lei, mas também dos princípios dessa finalidade, seu ato é anulado por desvio de poder. Assim, um verdadeiro arsenal técnico foi colocado à disposição no combate à arbitrariedade administrativa, tornando-se marcante o papel desempenhado nesse sentido pelo Conselho de Estado francês.

2. O controle da discricionariedade administrativa

No que tange ao tema da discricionariedade, há de se mencionar, ainda, no Direito francês, a análise dos conceitos indeterminados, em que a administração dispõe de liberdade para adotar os critérios de interpretação na prática dos atos administrativos. Em relação a esses temas, o Conselho de Estado francês efetua o controle máximo, a saber, o da adequação da decisão aos fatos. Assim, examina não apenas a questão da legalidade, mas também se a decisão tomada pela administração é a mais adequada.

Quando falamos em administração pública, logo pensamos em gestão de interesses coletivos, interesses públicos. De fato, o atendimento ao interesse público é o objetivo maior, a razão de ser da administração pública. Nesse sentido, vale citar o argumento de Gisele Cittadino (2002, p. 25-26), que transcrevo, *in verbis*:

“Parece não haver dúvida alguma de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento, constitucional brasilei-

ro. Ao estabelecer, no Título I – Dos princípios constitucionais –, os fundamentos (art. 1^o) e os objetivos (art. 3^o) do Estado Democrático de Direito, privilegiando, tanto em um como em outro, a dignidade da pessoa humana, determinados princípios foram positivamente incorporados à Constituição. Como os princípios são considerados ‘mandamentos nucleares de um sistema’ (cf. Mello, 1980:230) ou ‘ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas’ (f. Silva, 1989:82), e neles se expressam os ‘valores constitucionais’, os nossos constituintes criaram as chamadas ‘normas-princípios’, que formam os preceitos básicos da organização constitucional. Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.

A atuação da administração pública está limitada por preceitos jurídicos e morais, visando-se, desse modo, ao bem comum. Os princípios constitucionais, os direitos e garantias fundamentais e o Estado Democrático de Direito são bases inafastáveis na formulação de políticas públicas e no exercício da atividade administrativa no Brasil.

Essa nova visão do Direito Constitucional e do Direito Administrativo leva à necessidade de uma reformulação da prática administrativa e a uma nova conceituação de discricionariedade administrativa, não

mais se admitindo a existência de um campo de atuação administrativa insindicável e isenta de apreciação judicial. Não é, pois, de se estranhar que a atividade judicial tenha sofrido uma evolução considerável, ao longo dos anos, e que a ingerência do juiz na atuação do administrador público tenha-se expandido, ao ponto de abranger a conveniência e oportunidade do ato administrativo, o chamado mérito administrativo.

Enquanto, no passado, se defendia, com tanta veemência, o isolamento do mérito administrativo da apreciação e do controle judicial, na modernidade, não mais se sustenta essa solução, uma vez que a soberania do povo deve sobrepor-se à liberdade do príncipe, do administrador, pois, de outro modo, o poder não emanaria do povo, mas do soberano. O interesse privado deve-se submeter ao interesse da coletividade e o interesse privado do soberano nem mesmo pode ser admitido, uma vez que a sua função precípua é a satisfação do interesse coletivo, como lhe impõe o regime democrático.

3. O controle da administração pública no Brasil-Colônia

Nessa época, encontram-se todos os poderes concentrados no monarca, a magistratura revela-se submissa às decisões do governo, acatando aquilo que o onipotente rei decidisse como sendo o interesse público, já que este era, em última análise, fruto da reflexão do próprio rei e, assim, suas decisões eram sempre consoantes ao interesse público.

4. O controle da administração pública no Brasil-Império

Nessa época, funcionava o Conselho de Estado como órgão superior do contencioso administrativo, criado pelo Decreto de 18 de fevereiro de 1821, do Rei Dom João VI. A seguir, instituiu-se o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, por

meio do Decreto de 16 de fevereiro de 1822, de Dom Pedro I, sendo esse órgão extinto em 20 de outubro de 1823. Após isso, criou-se o Conselho de Estado, pelo Decreto de 13 de novembro de 1823. A Constituição do Império, de 1824, do Capítulo VII, disciplinava a estrutura e funcionamento do Conselho de Estado.

5. O controle da administração pública no Brasil-República

Com a Constituição de 1891, ficou abolido o pretense contencioso administrativo do Brasil-Império. Em seu art. 60, instituiu a competência dos Juízos ou Tribunais Federais para processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes funda a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo governo;

c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares, ou vice-versa.

Assim, as causas envolvendo a administração pública passarem à competência da Justiça Federal, confirmando-se a unidade de jurisdição, em que o Judiciário é o único Poder competente para julgar os conflitos, tanto os comuns como os de natureza administrativa. Esse sistema foi preservado pelas Constituições posteriores, cabendo ao Poder Judiciário examinar todas as causas em que se alegue lesão ou ameaça a direitos.

6. Definição da matéria na Constituição de 88

O princípio do controle da administração pública pelo Judiciário encontra-se

explicitado no art. 5º, XXX, da Constituição de 1988, que reza: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, observa-se que o sistema de controle da administração pública, no Brasil, é o de uma jurisdição, em que os litígios envolvendo a administração são de competência dos tribunais comuns, e não de um Conselho de Estado. Todavia, com a expansão do controle dos atos administrativos, atingindo-se o mérito do ato administrativo, com a análise da moralidade e da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, o sistema brasileiro aproximou-se da justiça administrativa, com uma abrangência característica daquele, o que representa um avanço do Estado Democrático de Direito.

7. A visão da doutrina clássica

De acordo com a doutrina clássica, o controle judicial do ato administrativo está limitado, nos casos concretos, à questão da legalidade, não podendo o Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo. Desse modo, não aceita a doutrina clássica a interferência do Poder Judiciário no que diz respeito à conveniência e oportunidade do ato administrativo, não podendo o mérito do ato administrativo ser objeto de controle judicial.

Quanto à questão da legitimidade, entendem alguns autores que ela não abrange apenas a conformação do ato com a lei, mas, também, sua adequação com a moralidade administrativa e o interesse público, elementos estes que devem permear todos os atos do administrador público. Assim, aqueles atos que vão de encontro à moral administrativa ou não satisfazem ao interesse coletivo, atendendo a interesses privados de indivíduos, grupos ou partidos, devem ser considerados ilegais ou ilegítimos, sendo passíveis de anulação. É incumbência do Poder Judiciário examinar os aspectos relacionados à legitimidade do

ato administrativo, a fim de decidir quanto a sua nulidade ou não.

A legalidade do ato administrativo sub exame pelo Judiciário abrange não apenas a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, mas ainda os requisitos substanciais do ato, bem como os pressupostos de fato e de direito, quando esses aspectos estejam previstos em lei como vinculados ao ato administrativo. As restrições impostas ao controle jurisdicional do ato administrativo teriam por objetivo subtrair a administração pública à predominância do Judiciário, ameaçadora da atuação da administração e de sua atividade peculiar. Assim, controle judicial do ato administrativo estaria restrito ao aspecto da legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito administrativo, isto é, sua conveniência e oportunidade.

A Constituição de 1934 dispunha, no art. 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. A Carta de 1937, em seu art. 94, trazia a mesma vedação. A respeito de tais atos e sua origem histórica, assim nos relata Garcia de Enterría (1990, p. 497-498):

“Historicamente, a doutrina dos atos políticos foi introduzida pelo Conselho de Estado francês (talvez uma das escassas máculas de sua história exemplar) no momento crítico da Restauração borbônica, quando estava em risco, como criação napoleônica, a subsistência da grande instituição e de suas funções. O Conselho se negou sistematicamente a conhecer aquelas reclamações que tinham relação com os problemas políticos derivados da extinção do regime napoleônico (por exemplo, arrêt Laffite, 1822) e mais adiante com os que se referiam às distintas mudanças e conflitos políticos que se sucederam. Chegou-se assim à teoria do móbil político, segundo o qual, fosse qual fosse o objeto material do ato, sempre que os governantes o ordenassem em função de

um fim político, tornava-se com isso isento do contencioso administrativo. O sistema funcionou com todos os regimes até 1875. Nesta última data, já estabelecido o sistema de jurisdição delegada (desde 1872), que reconheceu ao Conselho de Estado toda a sua independência, pela primeira vez tomando conhecimento da reclamação do príncipe Jerônimo Napoleão contra sua suspensão como general de divisão. O critério se mantém em 1880, a propósito de assuntos relacionados com a expulsão dos jesuítas, e em 1887, *arrêt* PRINCE D'Orléans e Prince Murat. Desde então se mantém ainda a tese dos atos políticos ou de governo unicamente enquanto se referiram a um lista concreta de matérias, que a jurisprudência posterior foi reduzindo. Esta lista, já desvinculada por completo da origem da doutrina, compreende hoje as relações internacionais, as relações interconstitucionais do Executivo com os demais poderes e as questões de perdão e anistia. A isenção jurisdicional destas hipóteses é explicável por razões próprias, pelo que a arcaica doutrina dos atos de governo se declara hoje *introuvable* (Virally)".

De acordo com a doutrina clássica, tais questões políticas não poderiam ser objeto de exame pelo Poder Judiciário. No direito francês, surgem com fundamento na doutrina do móvel ou do fim; o ato político, desse modo, teria finalidade móvel, de natureza política. Vistos por esse aspecto, os móveis políticos poderiam ser aplicados a qualquer ato administrativo e, consequentemente, dada a dificuldade de averiguar, no caso concreto, o motivo último do ato, poder-se-ia chegar à subtração da maior parte dos atos administrativos do controle pelo Judiciário.

Essa possibilidade levou o Conselho de Estado francês a substituir essa teoria pela dos atos de governo, considerando-se sua

natureza. Os atos de governo são aqueles assim designados pela jurisprudência, sendo esta complementada pela enumeração contida em lei, como: defesa do território nacional, relações internacionais, segurança interna do Estado, mando e organização militar.

Entretanto, não há como se pretender a insindicabilidade desses atos políticos, sob pena de se admitir que o administrador detenha um poder arbitrário no que tange a essas matérias, passando por cima dos direitos fundamentais dos cidadãos, sem que estes possam ingressar perante o Judiciário para exigir o respeito à lei. A doutrina dos atos de governo foi superada no direito francês. Restaram como limitações ao controle judicial as relações governo-parlamento e as relações internacionais, ficando os demais atos chamados políticos ou de governo sujeitos à sindicância pelo Judiciário.

Como bem lembra Cristina M. M. Queiroz (1990, p. 199), em sua obra *Os actos políticos no Estado de Direito*,

“essa mudança funcional observada nos direitos fundamentais não é de tipo meramente nominal. Indica, pelo contrário, que a relação que intercede entre o Estado e a sociedade, regulada pelos direitos fundamentais, não pode já ser descrita adequadamente recorrendo-se às categorias abstractas e formais da ‘autoridade do Estado’, de um lado, e da ‘submissão’ dos cidadãos, do outro. Como observa, com grande penetração intelectual, Peter Häberle, há que se colocar a cabeça do absolutismo tardio sob pés democráticos, ou seja, que os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana não podem ser unilateralmente reduzidos a uma dimensão supratemporal de validade absoluta, antes se ordenam em função de esfera de vida social que se manifestam como especialmente necessitadas de protecção. Daí que as formas e

os conceitos jurídicos transmitidos nem sempre sejam suficientes para caracterizar de forma mais adequada a situação actual. É o que se passa, por exemplo, com a cláusula do Estado de direito democrático da Constituição da República”.

O aperfeiçoamento do Estado de Direito implica a diminuição da esfera de atos políticos juridicamente insindicáveis. É verdade que há conflitos de natureza puramente política, alheios ao controle jurídico do Judiciário. Outros, entretanto, escapam a essa abrangência, transcendem o âmbito meramente político, para sujeitar-se ao controle judicial.

É necessário, contudo, que, no controle jurídico dos atos políticos que a ele se sujeitarem, o magistrado aja com certa dose de autocontenção, a fim de não incidir em uma usurpação de poderes. Nesse sentido, citamos mais uma vez os comentários de Cristina M. M. Queiroz (1990, p. 218), nos seguintes termos:

“O jogo recíproco entre a direção normativa do processo político e as reações das idéias e força políticas que constituem a ordem normativa real ou constituição efectiva não podem ser suprimidos nem para um lado nem para o outro. No conflito entre o princípio do Estado de direito e o direito de governar, a máxima montagem de controles ‘inter-orgânicos’ não significa sempre um resultado ótimo. A institucionalização de mecanismos de controle jurídico do poder apresenta-se como um elemento necessário e indefectível do Estado de Direito. Mas seria puro engano pressupor que o manejo de todo esse instrumentário jurídico pudesse alguma vez resolver todos os problemas concernentes à justiciabilidade do político. Numa ordem constitucional livre e democrática, o controle jurídico não é tudo. Controles ‘sociais’ e ‘políticos’ também se desenvolvem

como desde há muito foi notado. Defensores da Constituição são todos os órgãos constitucionais e todos os cidadãos com ‘vontade de Constituição’”.

Não mais se pode conceber que o mérito do ato administrativo fique completamente fora de controle judicial, diante dos princípios da moralidade e eficiência insculpidos no art. 37 da Constituição. A Constituição de 1988 instituiu a moralidade e a eficiência como princípios autônomos. O ato administrativo, para que seja tomado como válido e eficaz, deve também se sujeitar aos princípios da boa administração. A fim de garantir o atendimento ao interesse e aos anseios da coletividade, bem como a obediências à lei por parte do administrador público e ao bem comum, os atos administrativos se subordinam ao controle do Poder Judiciário.

8. O conceito moderno de controle da atividade administrativa

Modernamente, existem diversos direitos e garantias fundamentais que têm condicionado a construção e consolidação da democracia atual. Em face desses direitos e garantias fundamentais, o Judiciário passa a ter novo papel na ordem democrática, tendo em vista a necessidade de propiciar aos cidadãos o respeito a esses direitos constitucionalmente estabelecidos, diante do que a discricionariedade administrativa sofre mais um golpe, diminuindo-se seu campo de incidência.

Não há qualquer discricionariedade em benefício do administrador ou do Poder Público. A discricionariedade deve sempre ser pautada pelo interesse público, pela soberania popular, pela democracia, de modo que toda ação administrativa respeite integralmente a vontade do povo que elegeu seus representantes para exercer os atos da vida pública em seu nome e proveito.

É por isso que a Constituição estabelece um quadro extenso de princípios, quer

explícitos quer implícitos, de modo que toda atividade administrativa seja por eles regulada, daí poder-se falar em ato vinculado e elementos discricionários do ato. Não existe a rigor nenhum ato discricionário, no campo da atividade administrativa pública. Os atos administrativos são, por sua vez, todos vinculados. Todavia, na prática desses atos, verificam-se alguns procedimentos, algumas particularidades de cunho discricionário, que, entretanto, ao final, se transformarão em elementos vinculados, pois farão parte de um todo que será sempre vinculado, e nunca discricionário. O ato é a totalidade, o elemento discricionário é uma fração, uma parte desse todo. Por isso, ao final com o todo se confundirá e a ele estará estreitamente ligado, assumindo suas feições legais e normativas, ou seja, de ato vinculado.

O mérito do ato administrativo diz respeito à valoração intrínseca do ato com vistas à delimitação da conveniência e oportunidade, podendo o administrador optar, inclusive, entre ação ou abstenção, tendo em vista o atendimento ao interesse público. Nesse sentido, a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 82), para quem

“o mérito do ato administrativo não pode mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo”.

Na apreciação da conveniência e oportunidade, o agente pondera sobre a hora, o lugar, justiça, economicidade, razoabilidade, moralidade, utilidade, eficiência, probidade, obediência aos princípios da boa administração e, sobretudo, o atendimento ao interesse público. O estudo do mérito do ato administrativo não se restringe apenas ao aspecto jurídico: vai além deste, invadindo o campo da Filosofia, da Sociologia e da Moral. Isso acontece porque, no âmbito do mérito administrativo, o agente administra-

tivo procede a um juízo de valor. O exame do mérito do ato administrativo envolve uma abordagem axiológica da realidade social e administrativa, envolvendo uma noção não do ser, mas do dever ser.

O mérito administrativo diz respeito a elementos não vinculados do ato administrativo, situando-se, assim, no campo dos atos administrativos discricionários, em que a lei confere à administração pública a escolha e valoração dos motivos e do objeto do ato. Refere-se o mérito à conveniência e à oportunidade do ato, elementos estes submetidos à apreciação do administrador público. Ao decidir sobre o mérito, o administrador público aprecia o critério de conveniência, oportunidade, razoabilidade, justiça, economia, acerto, utilidade, boa administração e moralidade. Trata-se de valoração, de juízo de valor.

A oportunidade do ato administrativo atina ao momento, ao melhor tempo para sua prática, dadas as circunstâncias que o envolvem. Neste ponto, cabe a apreciação subjetiva do administrador para determinar qual o momento mais adequado, mais oportuno, para a prática do ato. Desse modo, resulta que um ato tido por oportuno, em dado momento e em certa circunstância, pode revelar-se inócuo e inoportuno em época e situações distintas.

No que tange à conveniência, esta resulta da apreciação quanto àquilo que é adequado, justo, razoável, eficaz, eficiente, apropriado e moral. O vício de mérito diz respeito à inoportunidade e à inconveniência do ato, resultantes da apreciação equivocada dos fatos, em face dos fins visados pelo legislador. Assim, mesmo que tais atos se ajustem ao campo estrito da legalidade, não serão hábeis ao atendimento do interesse público tutelado pelo ordenamento jurídico.

Segundo ensinamento de Vitta (apud DIEZ, 1961, p. 246), o vício de mérito abrange o procedimento administrativo que se revela em oposição aos preceitos de equidade, havendo injustiça manifesta

no ato administrativo. A inconveniência e inoportunidade do ato, neste aspecto, revela-se por meio da má valoração, da análise equivocada dos fatos, tendo como parâmetro os fins objetivados pela lei.

Há de se notar, ainda, a estreita relação existente entre o mérito administrativo e os princípios de boa administração. Estes impõem ao administrador público o dever de alcançar o máximo de vantagens e benefícios com o mínimo de sacrifício dos direitos e interesses dos administrados. Encontra-se, implícito no conceito de mérito administrativo, um sentido teleológico, finalístico, ligado à satisfação do fim perseguido pelo legislador, o que se perfaz com a eleição, pelo administrador, dos meios idôneos mais eficientes para atender ao interesse público.

O administrador está obrigado, portanto, à obediência, à observância ao princípio da boa administração, procedendo a uma apreciação adequada dos fatos, para concretizar o atendimento ao interesse público, dentro das diretrizes que lhe foram traçadas pelo legislador, relacionadas aos poderes discricionários da administração pública. Quando o administrador decide se deve ou não praticar o ato, qual o momento oportuno e como deve ser realizado, deve avaliar os fatos e as circunstâncias que o envolvem, com vistas ao conteúdo do ato, tendo sempre como parâmetro o interesse público. Nesse sentido a lição de Manuel Maria Diez (1961, p. 414-415), que assim se pronuncia sobre a questão:

“Frente al vicio de legitimidad está el vicio de mérito que implica la inoportunidad del acto. La inoportunidad o inconveniencia significa una apreciación errónea de los hechos en relación com los fines que la ley se há propuesto, excluidos los casos considerados como de desciación de poder. El acto no es entonces idóneo para cumplir los fines señalados por el legislaro aun quando no pueda ser considerado como *contratio* e ellos.

Se trata de la apreciación que debe hacer el bueno administrador sobre la eficacia del acto. Señala Fiorini que los vicios em mérito se refieren a los actos que realiza la administración em el ejercicio de sus facultades discrecionales, ya que no pueden incidir sobre las normas de la actividad legislativa, porque ello implicaría valorar condicionamientos jurídicos em los que la administración há intervenido em su creación.

La administración, em ejercicio de sus facultades discrecionales, puede resolver que debe hacerse, como debe hacerse. Los resultados de esta apreciación se valoran teniendo n cuenta el el contenido del acto.

El acto ineficaz, vale decir com vicios de mérito, puede ser también ilegítimo, sin que ello implique una identificación entre el mérito y la legitimidad. Entiende Ranelletti que el acto administrativo com vicio de mérito es inválido.”

A doutrina italiana aborda os vícios dos atos administrativos, indicando aqueles de mérito como espécie distinta dos vícios de legitimidade, entendendo-se como mérito o campo da conveniência e utilidade do ato administrativo, bem como aspectos relacionados com sua adaptação à obtenção dos fins genéricos e específicos a serem alcançados pelo administrador, no uso de suas facultades discricionárias. Na concepção de Fiorini (1969, p. 213),

“el juicio de mérito fluye del acto administrativo como una consecuencia necesaria del mismo, e no surge del proceso de lavoluntad formadora. El acto es meritorio cuando satisface pleenamente los valores de oportunidad, conveniencia, utilidad y justicia em la realización de los fines públicos. Puede econtecer que nasciendo meritorio deja de serlo al correr del tiempo. Los valores sobre el mérito del acto deben siempre jugarse em

congruencia com los fines públicos que satisfice. El ámbito donde se cotejan los valores de méritos circunscribe en los intereses públicos; los intereses particulares no concurren para fijar el criterio de apreciación del mérito. Éste siempre se regula em función del interés público”.

A administração pública, no âmbito completo de sua atuação, está vinculada à lei. O administrador público não pode fazer aquilo que a lei permite, mas apenas o que ela determina, na forma, tempo e moldes por ela traçados. Nisso reside um ponto essencial de distinção entre o agente público e o sujeito privado. Mesmo nos atos discricionários, a legitimidade deve permear a conduta do administrador público, de forma que as normas pertinentes à sua atuação, bem como a finalidade e o interesse público, sejam plenamente atendidos na realização do ato administrativo, alcançando-se as exigências do bem comum.

Caso a administração pública desprezite as normas legais, agrida o ordenamento jurídico, desconsidere os preceitos básicos da administração, desborde da sua competência, desvie-se da finalidade, o ato administrativo estará inquinado e, consequentemente, sujeito à anulação pela própria administração ou pelo Poder Judiciário, por meio da ação adequada. O Estado de Direito pressupõe a fixação da competência de seus órgãos e agentes e a determinação dos tipos e formas de controle dos atos, em prol da defesa da administração e dos direitos e garantias individuais.

O Estado possui deveres e direitos em relação aos indivíduos, os quais, por sua vez, desfrutam de direitos e possuem obrigações em face da atuação do Estado. No desenrolar dessas relações, podem surgir violações de direitos, por ação ou omissão, ocupando os indivíduos e o Estado posições antagônicas.

Todos os atos da administração, no Estado de direito, encontram-se subordinados ao império da ordem jurídica, ao

princípio da reserva legal, bem como aos princípios da soberania do interesse popular e da sua indisponibilidade. O controle do ato administrativo impõe-se por força dos princípios da soberania do interesse popular sobre o interesse dos particulares e da indisponibilidade de tais interesses pela administração pública.

A soberania do interesse popular sobre o dos particulares e sua indisponibilidade por parte da administração pública têm-se revelado como pilares básicos da relação jurídica da administração pública com os administrados. Tal soberania do interesse popular é postulado inarredável e necessário à construção do sistema do Direito Administrativo, por meio do qual se garantem e resguardam as necessidades públicas tuteladas, os direitos e interesses da coletividade administrada. Disso decorre que todo e qualquer privilégio concedido pelo ordenamento jurídico à administração pública não é em prol do administrador, como se fora um privilégio pessoal, mas dos administradores.

A situação de autoridade e de comando em que se encontram a administração perante o particular tem como objetivo, tão-somente, proporcionar-lhe os meios adequados para gerir os interesses públicos da melhor forma. O administrador público, no exercício de suas funções administrativas, está obrigado a se valer dos instrumentos colocados ao seu alcance, com a finalidade única de realizar os interesses públicos, de se desincumbir, da melhor forma possível, de suas responsabilidades como agente de um poder cujo titular é o povo, do qual emana e em cujo nome é exercido, na forma do que dispõe a Constituição Federal.

O interesse administrado, gerido, não é o do administrador público, mas o da coletividade, do povo, do titular do poder: o interesse público. Todas as prerrogativas que decorrem do princípio da soberania do interesse popular sobre o do particular só se explicam e justificam, na medida em que postas a serviço, única e exclusivamente,

dos interesses populares, e não para atingir fins diversos, como, por exemplo, a satisfação de interesses e conveniências da administração ou do próprio administrador público.

Aqui se apresenta a eficiência da atividade administrativa como vetor fundamental, no sentido de eliminar os modelos ultrapassados, as fórmulas arcaicas, que se perpetuam como tradição administrativa, sem qualquer benefício aos jurisdicionados. Em relação a esse aspecto da ação administrativa, o pronunciamento de Dromi (1998, p. 35) se mostra bem apropriado para a compreensão do princípio da eficiência administrativa, conforme passamos a transcrever:

“Otra señal que orienta la Constitución de lo que llamamos la ‘concepción eficientista’, es que ella abandona y elimina aquellos modelos de gobierno y modelos de control que respondían a fórmulas arcaicas del manejo de la administración, del funcionamiento de la justicia, de las tareas parlamentarias. A su vez evita convertir al control em uma simple pieza de museo como alguna vez se dijo. El control, como elemento esencial de la organización política, no puede quedar em lo meramente formal, sino que la Constitución lo instaura d tal modo que lo transforma em uma herramienta real y efectiva, diseñando um sistema eficaz, integrado y confiable (...) La eficiencia es um requisito vital, pues va implícitamente ligada a las cláusulas del progreso tradicional de la sociedad (...) y a las cláusulas del nuevo progreso educativo, cultural, tecnológico, personal, científico y humano que debe procurar la comunidad(...) Va íntimamente vinculada a la prontitud, a la transparencia del hacer gubernativo...”

Quanto à indisponibilidade desses interesses populares pela administração pública, é princípio que protege os bens,

direitos e interesses públicos da livre disposição da vontade do administrador. A administração pública não dispõe dos interesses públicos tutelados, antes revela-se verdadeiro instrumento utilizado pelo Estado, para a realização da vontade popular, para o atendimento às necessidades públicas da coletividade.

9. Sistemas de controle da atividade administrativa

O controle judicial pode evidenciar-se de duas maneiras: por intermédio da jurisdição comum e por meio de jurisdição especial. Na primeira hipótese, o controle dos atos administrativos é feito pelo Poder Judiciário. Trata-se de um controle exercido pelos tribunais. O sistema de jurisdição especial pressupõe a existência de tribunais especialmente instituídos com a finalidade de examinar as contendas surgidas entre a administração pública e os indivíduos. É o chamado contencioso administrativo. Nesse caso, conta o Estado com uma justiça própria, a qual não faz parte do Poder Judiciário.

Esse sistema é originário da França e adotado atualmente em outros países, como a Itália, o Uruguai e a Alemanha. O avanço do controle judicial sobre o mérito administrativo permite uma aproximação do sistema brasileiro com o sistema de justiça administrativa, diante do que faremos algumas considerações a seguir a respeito dessa modalidade de controle da administração pública.

10. Conclusão

Todos os poderes conferidos à administração pública esgotam-se no atendimento do interesse público, em conformidade com os princípios da soberania dos interesses populares e da indisponibilidade de tais interesses pela administração pública. O ato administrativo tem por base a lei e é dentro de sua orientação, diretrizes, limites e prin-

cípios que se deve exercer, para que possa ser considerado legítimo. Qualquer atitude tomada pelo administrador público que não seja conforme à lei ou aos seus princípios será injurídica e passível de anulação.

O princípio da legalidade, regente de todos os atos da administração à lei. Para que essa submissão se torne efetiva, uma realidade concreta, e não apenas um princípio em abstrato, torna-se necessário que a ordem jurídica estabeleça mecanismos hábeis de controle das atividades da administração pública. O controle judicial é realizado pelo Judiciário, exclusivamente, competindo a este o exame dos atos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, nos casos em que este realiza atividade administrativa.

Os atos discricionários não estão isentos do controle pelo Judiciário, cabendo a este o seu exame, a fim de constatar se tais atos, em vez de discricionários, desbordam para o campo da arbitrariedade. Assim, haverá controle judicial do ato administrativo sempre que o Judiciário for provocado a apreciar as lides entre a administração pública e os administrados. Visa-se, com isso, a proteger os direitos e garantias dos indivíduos diante da atuação do Estado.

Referências

- CITADINI, Antônio Roque. *Controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- CITTADINO, Gisele. WERNNECK VIANNA (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961.
- FIORINI, Bartolome A. *Teoria jurídica del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 7 ed. actual. Buenos Aires, 1998.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Thomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, 1994.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- TATE, C. N. Why the expansion of judicial power? In: VALLINDER; TATE, Torbjorn; C. Neal. *The global expansion of judicial Power: the judicialization of politics*. New York University Press, 1995.
- VALLINDER; TATE, Torbjorn; C. Neal. *The global expansion of judicial Power: the judicialization of politics*. New York University Press, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.