O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Marilian Ribeiro de Sousa Mariano
Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduada em Processo Grandes Transformações pela Universidade Sul de Santa Catarina- UNISUL- LFG. Advogada.

RESUMO: Este trabalho busca analisar até que ponto pode o Poder Judiciário analisar, intervir nos atos administrativos sem ferir a Separação dos Poderes e que não configure uma usurpação de competência. Pois, de nada adiantaria os atos administrativos da Administração Pública estar submetidos à lei se não existisse um órgão distinto e imparcial para sua apreciação e controle. Por conseguinte hoje há um alargamento no controle do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário em virtude da necessidade da preservação e defesa dos direitos e garantias individuais e coletivos, haja vista, que atualmente o controle judicial não fica mais restrito a verificação dos pressupostos objetivos da legalidade e da legitimidade

PALAVRAS-CHAVE: Ato administrativo; divisão dos poderes; controle judicial.

ABSTRACT: This paper seeks to explore how far the judiciary can analyze, intervened in the administrative actions without interfering with the separation of powers and did not set a usurpation of jurisdiction. Well, no use of administrative acts of the Public Administration Act shall be submitted if there was a distinct corporation for its impartial assessment and control. Therefore there is now an extension of the merit in control of administrative acts by the judiciary because of the necessity of preserving and protecting the rights and guarantees individual and collective, given that currently control the judiciary is no longer tied to compliance with the prerequisites of goals legality and legitimacy

KEYWORDS: Administration act; division of pawers; judicial control.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Tripartição dos poderes; 3. Sistemas de controle; 4. Noções gerais do controle judicial nos atos administrativos; 5. Controle do Poder Judiciário nos atos administrativos; 6. Meios de controle judicial; 7.Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não é um tema novo, muito pelo contrário, já está muito bem consolidado tanto pela doutrina como na jurisprudência.

No entanto, até que ponto os atos administrativos podem ser examinados pelo Poder Judiciário tem muita divergência doutrinária e jurisprudencial, em virtude que atualmente o controle dos atos administrativos vai além do exame da legalidade, pois os princípios basilares da Administração Pública são fundamentais também para a garantia dos direitos individuais e coletivos.

O controle judicial dos atos administrativos é fundamental para o nosso Estado Democrático de Direito e para a preservação dos direitos individuais e coletivos, não permitindo a arbitrariedade dos agentes públicos diante do poder.

2. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Segundo Montesquieu apud Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 145) "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos".

O princípio da divisão dos poderes está expressamente previsto na nossa Constituição Federal, no art. 2º, que estabelece: "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário". O referido artigo tem status de cláusula pétrea.

Para José Afonso da Silva (2008, p. 109) a divisão dos poderes é:

> A divisão dos poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

No entanto, essa divisão dos poderes, como já mencionado pelo art. 2º, da CF, deve ser independentes e harmônicos entre si para que haja um equilíbrio entre os poderes.

A independência dos poderes consiste em cada órgão seja Executivo, Legislativo ou Judiciário administrar seus órgãos sozinhos, independentes, sem necessidade de interferência, de autorização ou explicações, devendo ser observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Ressalta-se, que a divisão de funções e a independência dos órgãos dos Poderes não são absolutas, pois, existe o sistema de freios e contrapesos para dar equilíbrio entre eles na busca do interesse público e, evitar as arbitragens e abusos de um órgão a outro e para com a coletividade.

Assim, o sistema de freios e contrapesos mantém o equilíbrio entre os três Poderes, sem interferir na competência de cada um, para não configurar domínio de um pelo outro ou mesmo usurpação de atribuições. No entanto, será abordado especificamente o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

3. SISTEMAS DE CONTROLE

Sistemas administrativos ou sistemas do controle jurisdicional da Administração é o regime adotado pelo Estado para a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público.

Há dois tipos de sistemas administrativos: o sistema francês e o sistema inglês, de acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 53).

O Sistema Francês originado na França, também conhecido por sistema do contencioso administrativo, o qual veda à Justiça Comum tomar conhecimentos de atos da Administração (MEIRELLES, 2008, p. 53).

Através desse sistema os atos da Administração serão submetidos unicamente à jurisdição especial do contencioso administrativo, o qual existe a figura do Conselho de Estado, órgão responsável pelo controle dos atos administrativos.

Já no Sistema Inglês, também conhecido como sistema judiciário ou sistema de jurisdição única, hoje modernamente, denominado de sistema de controle judicial, é aquele em que todos os conflitos de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados são resolvidos pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 2008, p. 56).

Esse sistema teve origem na Inglaterra, e foi adotado por países como os Estados Unidos, Bélgica, México, Brasil, entre outros.

O Brasil adotou desde a Constituição de 1891 o sistema da jurisdição única. Vale ressaltar, que nesse sistema ocorre a separação da Administração e da Justiça, pois, seja interesse privado ou interesse do Poder Público todos recorrerão ao mesmo Poder Judiciário. Assim, a Administração fica impossibilitada de exercer funções judiciais, mas isso não significa que não possa decidir.

4. NOÇÕES GERAIS DO CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle jurisdicional ou também conhecido de controle judicial é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. No entanto, como já foi mencionado este trabalho está restrito ao controle dos atos administrativos da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário visa à preservação dos direitos individuais e coletivos, pois, impõe a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.

Assim, está previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Dessa forma, qualquer ato seja do Executivo, Legislativo, ou mesmo do

Poder Judiciário, na função administrativa cabe o controle jurisdicional.

A Administração, conforme o Princípio da Legalidade deve agir sob a lei, logo, seja ato vinculado ou discricionário cabe controle judicial, a sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, o qual deve se limitar à legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário o exame da conveniência e oportunidade do ato administrativo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2008, p. 716):

> Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há de ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o à anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Assim, o Poder Judiciário pode revisar os atos administrativos ilegais e os ilegítimos. A ilegalidade quando o ato não estiver em conformidade com a lei, quanto à ilegitimidade entende-se quando não forem observados os princípios basilares da Administração Pública.

5. CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade dos atos administrativos é pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência a sua possibilidade, entretanto, em relação ao mérito dos atos discricionários, o qual são analisadas a conveniência e a oportunidade, não é pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência.

Todavia, segue-se nesse trabalho, assim como na maioria da doutrina de que não é possível o controle do mérito nos atos discricionários pelo

Poder Judiciário, mas somente, cabe o controle da legalidade, devendo ser observado a lei, a Constituição e os seus princípios.

Pois, em certos casos concretos, só o administrador com os seus conhecimentos sobre o funcionamento da Administração Pública pode decidir no caso concreto através da conveniência e oportunidade o que é melhor para o povo, isso claro, quando a lei conferir ao administrador esta margem de liberdade.

Portanto, só é possível a análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não observaram os preceitos da lei ou dos princípios constitucionais, como: os princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros.

Por conseguinte, há possibilidade do controle judicial no ato discricionário se na análise da conveniência e oportunidade não foram observados a lei, ou a Constituição Federal ou os princípios, sendo considerado ilegal.

Tendo em vista, que não se pode confundir a proibição do controle judicial no mérito administrativo, com a possibilidade de análise pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários, pois se exorbitou a margem de liberdade que tinha o ato deve ser invalidado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 210) a rigor, pode-se dizer que, "com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade".

Porém, o que não pode é o Poder Judiciário invadir a análise da conveniência e oportunidade dada pela lei ao administrador, ou seja, não pode aferir sobre o mérito do ato administrativo, porque, do contrário, o juiz estará substituindo o juízo de valor do administrador, as suas escolhas. E só este tem legitimidade para tal, pois só o administrador pode decidir diante do caso concreto o que é melhor para o interesse público, por conhecer o cotidiano da atividade administrativa.

Logo, o Poder Judiciário não pode emitir juízo de mérito sobre os atos da Administração, porque ocorreria usurpação de competência, por estar examinando além da legalidade do ato. No entanto, vale ressaltar, que não se deve confundir o mérito do ato administrativo com o exame dos motivos determinantes, este sim, passíveis de exame em juízo.

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 640) "não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a sua ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário".

Existem algumas teorias que justificam a possibilidade do controle judicial nos atos administrativos, como a Teoria do Desvio de Poder, este ocorre quando o administrador usa do poder discricionário que possui para alcançar um fim diverso do estabelecido em lei.

Outra teoria é a Teoria dos Motivos Determinantes, na qual a validade do ato fica vinculado ao motivo declarado pelo administrador no seu fundamento, pois se o motivo for inexistente ou falso implica na nulidade do ato administrativo. Por exemplo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 211), "quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes no processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu o motivo ou não foi verdadeiro, anulará o ato."

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento dessa forma, vejamos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5.

> Recurso especial provido." (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219) - (grifo nosso*)*
>
> RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.4. Recurso provido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA DJ 16.05.2005 p. 417) (grifo nosso*)*

Dessa forma, mesmo no exame do mérito deve ser observado o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade dos atos administrativos, caso não sejam observados os princípios pelo administrador o Poder Judiciário invalida-os, pois pelos padrões do homem comum, atentam contra o interesse público.

O controle judicial é, em regra, posterior ao ato; age mediante provocação pelo interessado ou legitimado. E, através do controle judicial dos atos administrativos só é possível decretar sua anulação, nunca a

revogação (porque este como já foi visto faz controle de mérito, não permitido ser feito pelo Poder Judiciário).

Em regra, um ato administrativo anulado pelo controle judicial gera efeitos *ex tunc,* retroage até a origem do ato, desfazendo as relações dele resultantes, sem gerar direitos ou obrigações para as partes, nem criando situações jurídicas definitivas e não admite convalidação. No entanto essa regra é excepcionada para os terceiros de boa-fé, que tenham sido atingidos pelos efeitos do ato anulado.

6. MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL

São vias processuais garantidas ao titular do direito lesado ou ameaçado de lesão para obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública.

Muitos são os remédios constitucionais específicos para o controle dos atos administrativos tais como: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, o *habeas* corpus, *habeas* data, mandado de injunção. Dos quais alguns deles serão analisados.

Todavia, além desses remédios específicos, o particular lesado por algum ato ilegal da Administração pode utilizar-se das vias judiciais comuns para obter a anulação como também reparação dos danos causados pela conduta ilegal, por exemplo, as ações possessórias, nunciação de obra nova, indenização, cautelar, entre outras.

Por fim, para se ter o controle judicial, basta escolher a via processual adequada e que o autor tenha legitimidade e interesse para obter a prestação jurisdicional devida.

7. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário pode controlar todos os atos administrativos sejam eles vinculados ou discricionários, mas para isso deve respeitar a discricionariedade dada por lei à Administração Pública, haja vista, que a lei deu uma margem de liberdade para o agente público escolher, decidir, logo, não cabe o Judiciário invadir esta discricionariedade, ou seja, o mérito administrativo, porque estaria substituindo a sua vontade pela do administrador, e isso não é possível.

Assim, cabe ao Poder Judiciário analisar a atuação dos atos

administrativos discricionários anulando as medidas tomadas em flagrante desacordo com a finalidade prevista na lei, ou que ultrapasse os limites fixados pela lei.

Pois, mesmos nos atos discricionários existem limites que não pode ultrapassar a sua finalidade legal, os quais o agente deve se ater dentro da sua margem de escolha, assim a sua decisão deve observar de modo vinculado os regramentos e princípios norteadores da atividade administrativa.

Não há que se falar em interferência de um poder no outro, pois está garantida pela Constituição Federal apreciação do Poder Judiciário conforme o art. 5º, XXXV. E desde que observados os limites impostos ao Poder Judiciário que em regra não pode revisar o mérito dos atos administrativos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXENDRINO, Marcelo. PAULO,Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15ª ed.Rio de Janeiro:Impetus, 2008, p.152

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. *O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ*. Jus Navigandi,Teresina,ano10,n.1078,14jun.2006.Disponíveem:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>. Acesso em: 22 de março de 2009

BRASIL, Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação da discricionariedade administrativa*. 1ª ed. Rio de Janeiro:Editora Forense, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

MARINELA. Fernanda. *Direito administrativo*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.