TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

7

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO
FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

2ª EDIÇÃO
Revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Analista de Conteúdo Editorial: Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Assistente Administrativo: Tatiana Leite

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen Chemim

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação da Capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Carvalho Filho, José dos Santos
Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado / José dos Santos Carvalho Filho, Fernando Dias Menezes de Almeida. – 2. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. – (Tratado de direito administrativo; v. 7 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

Bibliografia
ISBN 978-85-5321-738-0
ISBN 978-85-5321-802-8 (obra completa)

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Almeida, Fernando Dias Menezes de. II. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella III. Título IV. Série.

19-28497 CDU-35(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Direito administrativo 35(81)
Maria Alice Ferreira – Bibliotecária – CRB-8/7964

Capítulo 3

CONTROLE JUDICIAL

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

SUMÁRIO: 1. Conceito – 2. Natureza – 3. Limites: 3.1 Valoração administrativa; 3.2 Fundamentos – 4. Súmulas vinculantes – 5. Sistemas de controle: 5.1 Sistema da dualidade de jurisdição; 5.2 Sistema da unidade de jurisdição – 6. Atos sob controle especial: 6.1 Atos políticos; 6.2 Atos legislativos; 6.3 Atos *interna corporis* – 7. Instrumentos de controle: 7.1 Meios comuns (inespecíficos); 7.2 Meios específicos – 8. *Habeas corpus*: 8.1 Sentido; 8.2 Objeto; 8.3 Natureza jurídica; 8.4 Pressupostos; 8.5 Espécies; 8.6 Peculiaridades da ação – 9. Mandado de segurança: 9.1 Fontes normativas; 9.2 Conceito; 9.3 Natureza jurídica; 9.4 Modalidades; 9.5 Objeto da tutela; 9.6 Impetrante; 9.7 Impetrado; 9.8 Tutelas repressiva e preventiva; 9.9 Descabimento; 9.10 Prazo; 9.11 Competência; 9.12 Sentença; 9.13 Mandado de segurança coletivo; 9.14 Peculiaridades – 10. Ação popular; 10.1 Fontes normativas; 10.2 Conceito e natureza jurídica; 10.3 Bens tutelados; 10.4 Peculiaridades – 11. *Habeas data*: 11.1 Fontes normativas; 11.2 Conceito e natureza jurídica; 11.3 Bens tutelados; 11.4 Peculiaridades – 12. Mandado de injunção: 12.1 Fontes normativas; 12.2 Conceito e natureza jurídica; 12.3 Pressupostos; 12.4 Bens tutelados; 12.5 Peculiaridades – 13. Ação civil pública: 13.1 Fontes normativas; 13.2 Conceito e natureza jurídica; 13.3 Bens tutelados; 13.4 Peculiaridades – 14. Ação de improbidade administrativa: 14.1 Fontes normativas; 14.2 Conceito e natureza jurídica; 14.3 Bem tutelado; 14.4 Sujeitos passivos; 14.5 Sujeitos ativos; 14.6 Tipologia da improbidade: 14.6.1 Enriquecimento ilícito; 14.6.2 Lesão ao erário; 14.6.3 Violação a princípios; 14.6.4 Benefícios financeiros ou tributários; 14.6.5 Violação à ordem urbanística; 14.6.6 Conflito de interesses; 14.7 Sanções: 14.7.1 Perda de bens; 14.7.2 Ressarcimento integral do dano; 14.7.3 Perda da função pública; 14.7.4 Suspensão de direitos políticos; 14.7.5 Multa civil; 14.7.6 Proibição de contratos e benefícios; 14.8 Procedimento administrativo; 14.9 Processo judicial; 14.10 Prescrição – 15. Bibliografia.

1. CONCEITO

Como já vimos, dependendo da natureza do controlador, o controle da Administração Pública pode ser judicial, legislativo e administrativo. A classificação baseia-se no Poder do qual se origina o controle nas duas primeiras modalidades, ao passo que a última retrata o controle executado pela própria Administração, independentemente do Poder em que se apresente.

Controle judicial, como já assinalamos em outra oportunidade, "é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos

do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário".[1] É desde já conveniente acrescentar que a fiscalização é executada por órgãos judiciais investidos na *função jurisdicional*, vale dizer, no exercício da função judicante, específica desse Poder.

A característica marcante do controle judicial está no fato de que, ao pronunciar-se sobre a legalidade ou não de atos da Administração, o Judiciário decide os litígios com o caráter de definitividade. Significa que a pronúncia decisória do juiz não mais pode ser modificada a partir do momento em que se fizer presente a eficácia da coisa julgada, instituto que realça o princípio da segurança jurídica no sistema.

Por tal motivo é que, no desempenho desse controle, o Judiciário invalida atos praticados por agentes administrativos, impede a prática de outros que possam ameaçar o direito dos administrados e condena a Administração a indenizar os lesados quando sofrem prejuízo em virtude de atos de seus agentes. Na verdade, é a aplicação do postulado constitucional que reza: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".[2]

Importante observar que assiste inteira razão à doutrina, quando afirma que, não fosse esse tipo de controle, de nada valeriam os direitos e garantias constitucionais, que podem ser protegidos pelos vários instrumentos de controle judicial, impedindo o cometimento de abusos e arbitrariedades por parte de agentes da Administração.[3]

O conceito, portanto, faz destacar os elementos básicos do controle judicial: o controlador (Poder Judiciário), o controlado (órgão administrativo) e a função exercida pelo controlador (função jurisdicional).

2. NATUREZA

A natureza do controle judicial busca qualificar os aspectos que caracterizam essa atividade, quando tem em vista os atos administrativos.

Sob esse aspecto, é lícito afirmar que a natureza do controle judicial retrata uma forma de fiscalização dos atos administrativos no que diz respeito à sua legalidade. Cuida-se de *controle de legalidade*, na medida em que compete ao órgão jurisdicional cotejar o ato administrativo com a lei, para o fim de julgá-lo válido ou inválido. O fundamento central do controle – já o dissemos – reside no *princípio da legalidade*, incluído no art. 37, *caput*, da Constituição, entre os princípios regentes da Administração Pública.

Tal fundamento é de grande relevância numa visão constitucional, porquanto, ao exigir que o ato administrativo só seja considerado válido se houver consonância

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1027.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 963.
3. Correta, pois, a observação de: FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 711.

com a lei, o Judiciário está, *ipso facto*, zelando pelo cumprimento do princípio da legalidade, com o que estará na guarda da própria Constituição.

O controle de legalidade pode conduzir a três modalidades de desfecho no que diz respeito ao ato administrativo sob controle. Primeiramente, pode o julgamento concluir pela validade integral do ato, hipótese em que este guarda inteira congruência com as normas legais e regulamentares pertinentes. Em segundo lugar, o ato pode ter vício sanável, e nesse caso o ato será passível de convalidação (ou aproveitamento), presumindo-se válidos os efeitos anteriores à correção. Por último, poder-se-á julgar no sentido da existência de vício insanável, concluindo-se no sentido da anulação (ou invalidação) do ato.

Comporta observar, contudo, que o controle judicial se limita à primeira e à terceira hipóteses, isto é, o juiz somente deve julgar o ato válido ou inválido, porque isso é o que decorre de sua função jurisdicional. A convalidação, que é forma de aproveitamento do ato inquinado de vício sanável, é instrumento próprio do controle de legalidade da própria Administração, já que por ele (a) se elimina o vício que o inquina e (b) se aproveitam os efeitos pretéritos por ele já produzidos.

Conquanto, até o momento, se tenha originado da própria Administração, a convalidação, em algumas situações, pode ser decretada também pelo Judiciário. Segundo o art. 24 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655, de 25.04.2018, a decisão administrativa ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado deve levar em conta as orientações da época, vedando-se a declaração de invalidade para situações plenamente constituídas.

A natureza do controle judicial, por conseguinte, consiste em atividade de caráter fiscalizatório exercida pelos órgãos jurisdicionais sobre os atos da Administração, centrando como foco a legalidade ou não desses atos. Em outra vertente, tal controle pode ser exercido também sobre leis e atos normativos em face da Constituição, configurando-se, então, o controle de constitucionalidade. O confronto é similar: no controle de legalidade, o cotejo se dá entre atos administrativos e leis, enquanto no de constitucionalidade ocorre entre leis e a Constituição.

3. LIMITES

O estudo da natureza do controle judicial guarda intrínseca relação com a verificação dos limites em que pode ser juridicamente exercido, de modo a que seja legítimo dentro desses limites e ilegítimo no caso de invasão das reservas proibidas.

Por outro lado, cumpre trazer à tona os fundamentos jurídicos que servem de base a essas limitações, justificando-as ante determinadas situações levadas a cabo pela Administração.

É o que será examinado a seguir.

3.1 Valoração administrativa

Urge anotar, preliminarmente, que lavra em dias atuais grande controvérsia sobre os limites que demarcam a possibilidade jurídica do controle judicial, os quais, evidentemente, são necessários no sistema de controle, tendo em vista que nenhum Poder reina absoluto sobre os demais. A matéria, a nosso ver, tem que ser enfrentada com equilíbrio e sem radicalismos, de modo que se considere possível o controle acurado da legalidade dos atos administrativos, sem invadir o campo reservado à competência dos órgãos da Administração.

Nesse teor, é mister consignar que tal controle não pode envolver a apreciação do *mérito administrativo*, fenômeno que surpreendentemente tem sido alvo de profundas (e injustas) hostilidades por parte de alguns intérpretes. Embora a expressão realmente não seja um primor de exatidão no que se relaciona a seu sentido, o mérito administrativo deve ser entendido como a valoração dos aspectos de conveniência e oportunidade atribuída à decisão do administrador quando atua sob o manto do poder discricionário. Se bem o examinarmos, tal fato não causa a menor estranheza, haja vista que quem desempenha a gestão de interesses de terceiros atua, em certos momentos, com certo grau de liberdade quanto à direção a seguir.

O que se quer ressaltar é que o mérito administrativo constitui um aspecto da discricionariedade administrativa, ou do poder discricionário, no âmbito do qual o administrador tem certa margem de liberdade quanto à decisão a tomar. Entretanto, os atos decorrentes do poder discricionário – e esse é o equívoco cometido por certos intérpretes – não são imunes ao controle de legalidade. Ao contrário, devem ser praticados consoante os parâmetros legais. Mas é imperioso reconhecer que, dentro da discricionariedade, há aspectos que não vinculam diretamente o administrador e que, por isso mesmo, permitem que faça escolhas entre as várias que se lhe possam apresentar.[4]

De nossa parte, já firmamos o entendimento – que, de resto, continua intacto – de que ao Judiciário "é interditado o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público".[5] A ideia não é nova, e demonstra notória singeleza. Hely Lopes Meirelles, ao tratar do controle de mérito, afirmava que "esse controle compete normalmente à Administração, e, em casos excepcionais, expressos na Constituição, ao Legislativo (CF/1988, art. 49, IX e X), mas *nunca ao Judiciário*" (grifo nosso).[6] Diógenes Gasparini adota o mesmo pensamento, esclarecendo que o controle judicial limita-se ao exame da legalidade: "Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa".[7]

4. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1210.
5. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*... cit., p. 1033.
6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 744.
7. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 907.

Na doutrina estrangeira, o reconhecimento da autonomia administrativa para a valoração de condutas discricionárias é praticamente unânime. Os autores costumam demonstrar que o poder discricionário encerra a permissão de o administrador optar pelo melhor caminho, atendido sempre o interesse da coletividade.[8] Mas tal opção não pode ser substituída pelo órgão jurisdicional, porque a este não compete, como base, o desempenho da função administrativa. Roberto Dromi é expresso a respeito: "O controle de oportunidade está isento da fiscalização judicial, sendo ele reservado à Administração de modo privativo, por ser atividade discricionária".[9]

Uma das razões que levaram alguns autores modernos a excluir o mérito administrativo do cenário do Direito Administrativo foi certamente a extensão do controle de legalidade sobre os atos da Administração. De fato, tantos foram os abusos cometidos pelos órgãos administrativos, que a procura pelos vícios ocultos das condutas administrativas se tornou mais intensa e eficaz. No entanto, esse fato não rende ensejo à exclusão mera e simples do núcleo de valoração dos atos discricionários. É claro que o operador há de investigar sempre os bastidores do ato, mas nada vai elidir a possibilidade de, em certas situações, o administrador inclinar-se por uma entre várias opções legítimas, desde que, é claro, alvitre o interesse público.

A verdade é que, no processo histórico da discricionariedade, a Administração exercia esse poder de forma ilimitada e indiscriminada e, o que é mais grave, sem a indicação dos motivos de sua conduta. Desse modo, em nome desse poder foram cometidos vários tipos de abuso, sobressaindo o que a doutrina denominou de *desvio de poder* (*détournement de pouvoir* do direito francês), por meio do qual o administrador se vale do poder discricionário para alcançar fim diverso daquele previsto em lei.[10] Em razão desse comportamento administrativo, o abuso e a imoralidade ficam dissimulados pela aparência de legalidade do ato, causando grande dificuldade para identificar o vício de legalidade, a ponto de José Cretella Jr. concluir que nunca haveria prova contundente do vício, mas simples "sintomas denunciadores".[11]

Entretanto, ainda que, em tempos atuais, seja mais profunda a investigação de ilegalidades disfarçadas contidas nos atos da Administração, tal situação não faz desaparecer nem o poder discricionário, nem a valoração reservada ao administrador quando da prática de atos dele decorrentes. É essa valoração que se revela interditada ao controle judicial e constitui barreira de contenção para a atuação do Poder Judiciário.

---

8. LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 6. ed. Milão: Giuffré, 1978. p. 277.
9. DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995. p. 676-677.
10. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*... cit., p. 19.
11. CRETELLA JR., José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 106.

A conclusão, assim, é a de que o controle judicial tem amplo poder investigatório sobre os aspectos de legalidade dos atos administrativos, mas não se estende aos aspectos valorativos que a própria lei destinou à apreciação do administrador.

Os tribunais têm marcado bem a diferença. O STJ, por exemplo, em litígio que versava sobre indeferimento de licença para tratar de assuntos particulares requerida por servidor, matéria incluída no poder discricionário da Administração, decidiu, com absoluto acerto: "O ato administrativo discricionário está sujeito a controle judicial, sobretudo no que se refere à presença de motivação, respeitados os limites da discricionariedade conferida à Administração".[12]

Nessa matéria, não há espaço para interpretações radicais. Repetimos, para deixar bem claro o nosso pensamento, que tanto é verdadeiro que os atos discricionários se sujeitam a controle judicial de legalidade, quanto também o é o fato de que aspectos valorativos desses atos refogem à apreciação do Poder Judiciário. Sempre se consagrou a premissa de que a valoração do mérito constitui função eminentemente administrativa, de modo que se lhe fosse possível atuar nessa área, o Judiciário estaria no exercício dessa função, em desacordo, portanto, com a função jurisdicional que lhe foi outorgada.

Urge, por conseguinte, examinar o caso concreto e dar a adequada e justa solução. Isso é o que requer o bom senso, com exclusão obviamente de algumas posições radicais e, a nosso ver, injurídicas.

3.2 Fundamentos

O sistema das limitações do controle judicial dos atos administrativos não é despido de fundamentos. Existem dados que demonstram claramente que seria impossível não estabelecer algumas linhas demarcatórias como limite de exercício desse controle.

O primeiro fundamento consiste no regime da separação de Poderes, consagrado no art. 2.º da vigente Constituição. De acordo com o dispositivo, tem-se o seguinte axioma: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". O dispositivo prega a independência e a harmonia dos Poderes, indicando a necessidade de conciliar essas duas qualificações.

Sem dúvida, no entanto, que o sistema reclama a preservação das competências atribuídas a cada um dos Poderes. A separação baseia-se em dois princípios fundamentais: o primeiro é a *especialização funcional*, indicativa de que cada Poder é especializado numa função estatal; o segundo é a *independência orgânica*, pela qual cada órgão deve exercer a sua função específica de forma independente, sem qualquer subordinação aos outros Poderes.[13]

12. STJ, RMS 40.769, Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2013.
13. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 597-598.

Partindo-se da premissa constitucional, nenhum Poder está legitimado a exercer função que pelo sistema seja conferida a outro, ressalvadas, é claro, as hipóteses previstas na própria Constituição. Com isso, tanto é vedado que administradores desempenhem função judicante, privativa dos órgãos jurisdicionais, quanto que juízes atuem na esfera própria da atividade administrativa. Afinal, é facilmente perceptível que, se o juiz pretende decidir situação de fato em lugar do administrador, substituirá a este, com indevida invasão da esfera destinada a órgãos da Administração, conforme já se antecipou.

Além do mais, o juiz, como profissional da área jurídica, sequer foi vocacionado para o desempenho de funções administrativas, de modo que provavelmente se conduzirá de modo ineficaz, sem atender aos reais reclamos da sociedade. Mediante tal desempenho, ofenderá os princípios da eficiência, já que não se sabe de seu real conhecimento sobre gestão da coisa pública, e do interesse público, na medida em que atuar em descompasso com os pleitos e anseios da coletividade.

O outro fundamento reside na discricionariedade, como poder jurídico atribuído, em todos os sistemas, à Administração estatal. Não se cuida de arbitrariedade, assim tida como vulneração à lei por meio de conduta abusiva, mas do poder inafastável que precisa ter o administrador para, em determinadas situações, eleger um entre diversos rumos legítimos. É um processo de escolha, que, se empregado sob o manto da lei, permite que a capacidade de gestão conduza a um melhor resultado, com atendimento aos interesses da coletividade.

Nos atos derivados do poder discricionário "é que incide a imunidade da interferência do Judiciário, no exame da valoração interna do ato", como bem consigna Edmir Netto de Araújo.[14] É verdade que, como diz o autor, pode a lei admitir a revisão de atos pelo Judiciário. A hipótese, porém, é raríssima e, quando a lei o faz, emprega a técnica do *juízo substitutivo*, figurando o juiz como verdadeiro administrador e exercendo, logicamente, função atípica. Não é essa, porém, a regra do sistema: se o ato proveio do juízo administrativo, somente outro da mesma esfera pode proceder à sua revisão.

Diante desse cenário, convém observar com muita cautela algumas investidas do Judiciário sobre a esfera reservada à Administração, na atuação denominada de *ativismo judicial*. Em nosso sistema, o ativismo deveria ser interpretado no sentido da efetividade do exercício da função jurisdicional dentro dos limites de sua competência, e não com a vulneração desses limites, alcançando esfera que, pelo sistema atual, pertence a outro Poder. Sem a referida cautela, o controle de legalidade poderá converter-se em verdadeiro caos e deixar sem guarida o princípio da segurança jurídica, conforme já registramos em outra oportunidade,[15] com abono da jurisprudência.[16]

14. ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 1210.
15. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*... cit., p. 1033.
16. STJ, REsp 69.735, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14.11.1995.