

ODETE MEDAUAR

DIREITO
ADMINISTRATIVO
MODERNO

19.^a edição revista e atualizada



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

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

Medauar, Odete

Direito administrativo moderno / Odete Medauar. – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-5961-7

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título.

15-00400

CDU-35(81)-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81) 2. Direito administrativo 35

18

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SUMÁRIO: 18.1 Controle, democracia e corrupção – 18.2 Tipologia – 18.3 Controles internos: 18.3.1 Recursos administrativos; 18.3.2 Autocontrole; 18.3.3 Controle hierárquico; 18.3.4 Controle de gestão; 18.3.5 Inspeção, auditoria e correição; 18.3.6 Supervisão; 18.3.7 Pareceres vinculantes; 18.3.8 Ouvidor; 18.3.9 Controle financeiro; 18.3.10 Controle da Administração indireta – 18.4 Controle parlamentar – 18.5 Controle do Tribunal de Contas – 18.6 Controle da Administração pelo *ombudsman* – 18.7 Controle jurisdicional da Administração: 18.7.1 Sistemas de controle jurisdicional; 18.7.2 O princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário; 18.7.3 Inexigência de esgotamento da via administrativa; 18.7.4 Alcance do controle jurisdicional; 18.7.5 Consequências do controle jurisdicional; 18.7.6 A Administração em juízo; 18.7.7 Meios jurisdicionais de oposição à Administração; 18.7.8 Mandado de segurança individual e coletivo; 18.7.9 Ação popular; 18.7.10 Ação civil pública; 18.7.11 *Habeas data* – 18.8 Bibliografia.

18.1 Controle, democracia e corrupção

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já continha, no art. 15, o seguinte preceito: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Aí está o significado do controle incidente sobre as atividades da Administração Pública.

Por sua vez, Bobbio vincula a possibilidade de controle – controlabilidade – com democracia e incontrolabilidade com arbítrio (cf. *O futuro da democracia*, 1986).

O tema do controle também se liga à questão da visibilidade ou transparência no exercício do poder estatal, sobretudo da Administração, inserida no Executivo, hoje o poder hegemônico.

E relaciona-se em profundidade com o tema da corrupção. Certo é que, mais efetivos se mostrassem os mecanismos de controle sobre a Administração, menor seria o índice de corrupção.

Inquestionável, portanto, se apresenta a necessidade de controles inseridos no processo de poder, os controles institucionalizados. Não é demais lembrar a afirmação de Montesquieu: “É necessário que, pela natureza das coi-

sas, o poder detenha o poder”. Os controles institucionalizados enquadram-se no conceito jurídico ou técnico de controle, segundo o qual dessa atuação decorre uma providência ou medida do agente controlador. Mas a avaliação dos diversos controles institucionalizados do Brasil revela insuficiências e inefetividades. Daí ser necessário o aprimoramento das técnicas e atividades fiscalizadoras e também avaliadoras, do que decorrerá, certamente, melhor desempenho da Administração. É a chamada “vocação preventiva” de todo sistema de controle eficaz, pois deve suscitar na própria Administração uma deontologia que previne o arbítrio e se integra na sua atuação normal.

Quanto aos chamados *controles sociais* ou controles não institucionalizados, tais como 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. Tais manifestações deveriam, sobretudo, exigir atuações mais efetivas dos entes institucionais de controle.

A descrença generalizada a respeito dos mecanismos de controle sobre a Administração, que levaria ao imobilismo ou niilismo, deve ser substituída justamente por mais estudos e debates sobre o tema, na busca de maior efetividade dos controles, inclusive com a criação de novos mecanismos ou a melhoria dos atuais.

18.2 Tipologia

Várias são as tipologias do controle, expostas pela doutrina especializada, e tornaram-se clássicas as tipologias indicadas por Seabra Fagundes, Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles. Todas guardam a virtude de expressarem o cuidado e a reflexão de seus autores com o tema do controle no âmbito do poder público. Embora se pudesse utilizar qualquer uma para o desenvolvimento deste capítulo, será adotado o critério do *agente controlador* para distinguir as espécies de controle incidentes sobre a Administração. Quando o agente controlador integra a própria Administração, está-se diante de um *controle interno*, exercido pela própria Administração sobre seus órgãos e suas entidades da Administração indireta. Se o controle é efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, qualifica-se como *controle externo*, situando-se nesta espécie o controle realizado por instituições políticas, por instituições técnicas e por instituições precipuamente jurídicas.

O controle sobre a Administração pode revestir-se das seguintes modalidades:

- a) quanto ao *aspecto* em que incide: a1) controle da legalidade, visando à legalidade em geral ou à legalidade contábil-financeira; a2) controle de mérito; a3) controle da “boa administração” (eficiência, produtividade, gestão);

b) quanto ao *momento* em que se exerce: b1) controle prévio, por realizar-se antes da eficácia da medida ou decisão; b2) controle concomitante, que se efetua durante a realização da medida ou ato; b3) controle sucessivo ou *a posteriori*, realizado após a edição do ato ou adoção da medida;

c) quanto à *amplitude*: c1) controle de ato, por incidir sobre atos específicos, considerados isoladamente; c2) controle de atividade, por abranger um conjunto de atuações;

d) quanto ao *modo de se desencadear*: d1) controle de ofício, por iniciativa do próprio agente; d2) controle por provocação, quando pessoas, entidades, associações, solicitam a atuação do agente controlador; d3) controle compulsório, que se realiza necessariamente no momento oportuno, em atendimento a normas que o disciplinam.

18.3 Controles internos

O controle realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e suas entidades indiretas recebe vários nomes: *controle administrativo*, *controle intraorgânico*, *controle intra-administrativo*.

A função de controle sobre si própria apresenta-se inerente à atividade administrativa, havendo, inclusive, órgãos ou funcionários dotados dessa atribuição específica, por exemplo, supervisores, inspetores, corregedores. O controle interno visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da “boa administração”, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas. Os principais mecanismos de controle interno serão indicados a seguir, precedidos de breve estudo sobre os recursos administrativos.

18.3.1 Recursos administrativos

Os *recursos administrativos* apresentam-se como um dos modos pelos quais a Administração é provocada a fiscalizar seus próprios atos, visando ao atendimento do interesse público e à preservação da legalidade. Por meio dos recursos administrativos os interessados pedem à Administração reexame de ato, decisão ou medida editada em seu âmbito. Embora pouco prestigiados no Brasil, representam um importante meio para propiciar aproximação entre Administração e particulares, para ouvir o cidadão e para suscitar mais credibilidade da atuação administrativa.

Sob o *ângulo subjetivo*, os recursos administrativos podem ser considerados como instrumentos de proteção de direitos e interesses eventualmente lesados pela Administração, pois permitem reagir a decisões e medidas adotadas. Apresentam-se menos formalistas e onerosos que as ações perante o

Judiciário, dispensando o patrocínio de advogado. Por outro lado, o reexame suscitado pelo recurso abrange questões atinentes à legalidade e ao mérito das decisões. Sob o *ângulo objetivo*, representam um dos meios para a Administração exercer o controle da legalidade e do mérito de decisões e medidas adotadas.

O direito de interpor recurso administrativo foi afirmado no direito francês como um princípio geral, mesmo sem texto que o preveja explicitamente. Esse entendimento deve prevalecer também no ordenamento pátrio, sobretudo ante o direito de petição assegurado na Constituição Federal, art. 5.º, XXXIV, *a*. Além do mais, decorre da garantia de ampla defesa nos processos administrativos em geral, prevista na Constituição Federal, art. 5.º, LV. Em virtude de tais preceitos, o STF, na ADIn 1.976, julgada em 28.03.2007, declarou inconstitucional a exigência de depósito prévio ou arrolamento prévio de bens e direitos, como condição de admissibilidade de recurso administrativo, por lesar o direito de petição e a ampla defesa neles previstos e reforçou o entendimento na Súmula Vinculante 21, publicada em 10.11.2009: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. De seu lado, o STJ editou a Súmula 373, em 2009, no teor a seguir: “É ilegítima a exigência de depósito prévio para a admissibilidade de recurso administrativo”.

No direito brasileiro, a Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fixa preceitos básicos sobre os recursos administrativos em geral naquele âmbito (arts. 56 a 65). Por sua vez, a Lei 10.177, de 30.12.1998, do Estado de São Paulo, igualmente contém normas sobre os recursos administrativos na esfera da Administração estadual. Textos específicos, por vezes mencionam os recursos em seus âmbitos, prevendo regras de tramitação e prazos de interposição e decisão, por exemplo: na Lei 8.666/93, nos Estatutos de servidores para recursos apresentados por estes, nas leis sobre recursos administrativos em matéria tributária.

Uma das questões na matéria diz respeito à possibilidade de recorrer da *inércia* ou do *silêncio da Administração*. A inércia ou silêncio da Administração muitas vezes pode acarretar prejuízos tão graves aos indivíduos quanto um ato lesivo de direito. Muitos ordenamentos admitem recurso quando, após prazo determinado, a Administração não tomou a decisão, equivalendo o silêncio a um indeferimento; em alguns casos, ao silêncio se atribui o valor de consentimento. A possibilidade de recurso contra o silêncio deve sempre existir e, na ausência de prazo para a autoridade decidir, o interessado aguardará tempo razoável, após o qual recorrerá ao superior hierárquico ou tomará outras providências.

No tocante ao *sujeito que pode recorrer*, tradicionalmente era o próprio interessado ou titular do direito. Hoje, com o florescimento de associações, de entidades e com a massificação de interesses, a possibilidade de recorrer há de

guardar relação com a repercussão ou alcance da medida objeto do recurso. Se a decisão afetar diretamente só uma pessoa, a esta caberá legitimidade para interpor o recurso. Caso a decisão afete um grupo de interessados ou toda a população, a qualquer um dos integrantes do grupo ou da população deve ser aberta a via do recurso administrativo. Nos termos da citada Lei 9.784/99, art. 58, têm legitimidade para interpor recurso administrativo: I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; II – aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos. Em alguns casos, a legislação prevê recurso administrativo *de ofício* ou *necessário*, em que a autoridade submete sua decisão ao reexame de superior hierárquico.

Inexiste, quanto aos recursos administrativos, rigorismo de *forma*. Devem apresentar-se por escrito, com indicação do recorrente, da autoridade que editou a decisão impugnada, do ato recorrido, dos motivos pelos quais se pede o reexame. Segundo o art. 60 da Lei 9.784/99, o recurso interpõe-se por meio de requerimento, no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes.

No direito brasileiro falta uniformidade nos *prazos* de recurso, mesmo em cada esfera administrativa: cada lei ou decreto regulador de um tipo de matéria estabelece prazos específicos. Para a Administração federal direta e indireta, a Lei 9.784/99 previu, salvo disposição legal específica, o prazo de dez dias para interposição de recurso, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59). Havendo prazo para interposição, este tem caráter peremptório; se o recurso é oferecido fora do prazo, a Administração, de regra, não o conhece. Porém, tendo em vista que o recurso administrativo também é meio de exercício do controle interno, se a autoridade administrativa verificar, pela sua leitura, a ocorrência de ilegalidade ou de medidas que ferem o interesse público, poderá, de ofício, determinar o reexame da matéria. Nesse sentido dispõe a citada Lei 9.784/99, no art. 63, I e § 2.º, nos seguintes termos, respectivamente: “O recurso não será conhecido quando interposto (...) fora do prazo”; “O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa”.

No tocante ao momento em que se inicia o *curso dos prazos*, vigora a regra da data da publicação oficial ou da data em que o interessado tomou ciência da decisão, caso não tenha sido divulgada publicamente.

Também se apresentam diversificados ou inexistentes os *prazos para a autoridade decidir o recurso*. Na Administração federal, quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente, podendo esse prazo ser prorrogado por igual período ante justificativa explícita (Lei 9.784/99,

art. 59, §§ 1.º e 2.º). Em geral, não há, para a autoridade, consequência alguma pelo desatendimento do prazo ou pelo silêncio. Às vezes, a lei equipara a indeferimento o silêncio da autoridade.

Quanto ao efeito da interposição do recurso, predomina a regra da não suspensividade dos efeitos do ato impugnado. Assim se posiciona a Lei 9.784/99, art. 61. Essa regra encontra fundamento na presunção de legalidade do ato administrativo, na sua autoexecutoriedade e no princípio de que a Administração atua para atender ao interesse público. O efeito suspensivo depende de previsão legal explícita ou da previsão da possibilidade de ser atribuído – por exemplo: ao recurso contra decisão de habilitação ou inabilitação no processo licitatório, a Lei 8.666/93, no art. 109, § 2.º, atribui efeito suspensivo; por sua vez, a Lei 9.784/99 prevê o seguinte: “Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso” (art. 61, parágrafo único).

O recurso administrativo visa a provocar o reexame de uma decisão da Administração pela própria Administração, pretendendo o interessado alteração da medida impugnada. A solução do recurso se expressa por um ato administrativo em que a autoridade competente indefere ou defere o recurso. Deferindo, pode determinar a anulação, a revogação ou a modificação parcial do ato. Em qualquer caso, a decisão do recurso deve ser motivada de modo consistente.

O interessado, ao interpor recurso, busca benefícios, melhorias, vantagens, reconhecimento de direitos, satisfação de interesses. O recurso limitaria o poder de decisão da autoridade somente aos termos aí contidos? Pode a Administração, ao decidir o recurso, piorar a situação do interessado? Ou melhorá-la? Essa questão tradicionalmente vem discutida sob o ângulo da reforma para pior, ou seja, da *reformatio in pejus*. Se o recurso administrativo for considerado sob ângulo subjetivo, como instrumento de defesa de direitos e interesses do indivíduo ou de grupos, a Administração seria obrigada a apreciá-lo nos termos em que foi interposto, não podendo agravar a situação do recorrente. Sob prisma objetivo, o recurso configura um meio de assegurar a legalidade e correção da atividade administrativa, cabendo à autoridade apreciar não só as alegações do recurso, mas reexaminar, no seu conjunto, as circunstâncias do ato impugnado – o recurso desencadeia o controle, mas não condiciona a extensão do controle. Surgindo a necessidade de reformar para pior, emerge o conflito entre o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo do recurso. A tendência geral faz prevalecer o aspecto objetivo sobre o aspecto subjetivo, admitindo-se a *reformatio in pejus*, excepcionada em algumas hipóteses – por exemplo: ao tratarem da revisão do processo disciplinar, os Estatutos de servidores, de regra, vedam o agravamento da pena como consequência. No direito espanhol, jurisprudência fixada a partir de 1972 proíbe a *reformatio in*

pejus de atos objeto de recurso, devendo as exceções ser previstas em lei. Na Administração Federal brasileira, em geral, se da decisão do recurso puder decorrer gravame à situação do interessado, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão (v. art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99). Quanto à possibilidade de *reformat para melhor*, concedendo-se ao recorrente mais do que solicitou, é amplamente admitida, não se registrando, então, conflito entre o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo do recurso.

Outro ponto a considerar diz respeito à questão de se exigir ou não, primeiro, a interposição de recurso administrativo para, depois, ingressar no Judiciário. No Brasil predomina a *não exigência de esgotamento da via administrativa* ou *não exigência de prévia exaustão da via administrativa* para o ingresso em juízo. Ou seja: de regra, não se exige prévia interposição de recurso administrativo. Um caso de prévio esgotamento da via administrativa vem indicado na Lei 11.417, de 19.12.2006 – súmula vinculante: o uso da *reclamação*, ao STF, por desatendimento, pela Administração, de súmula vinculante só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7.º, § 1.º); outro exemplo situa-se no *habeas data*, cuja ação somente poderá ser ajuizada se houver recusa de informação pela autoridade; nesta linha se expressa a Súmula 2 do STJ: “Não cabe o *habeas data* se não houve recusa de informação por parte da autoridade administrativa”.

Por meio dos recursos administrativos é solicitado à Administração o reexame de atos, decisões ou medidas adotadas pela própria Administração. Os recursos administrativos tramitam no âmbito da Administração e aí são decididos.

Por isso, não deve haver confusão entre recurso administrativo e denúncia de ilegalidade ou de abuso de poder. Os Estatutos de servidores em geral inserem entre os deveres destes a *representação* contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (por exemplo: Estatuto Federal, art. 116, XII), e, assim agindo, não se considera que o servidor esteja interpondo recurso administrativo; e ainda, *ad argumentandum*: no âmbito do Judiciário, se um sujeito processual faz uma denúncia à Corregedoria da Justiça, não está interpondo recurso relativo à ação, nem recurso administrativo. Em textos constitucionais anteriores a 1988, mencionava-se, de modo separado, o direito de representação, dirigido a autoridades superiores, contra ilegalidades e abusos de poder, e o direito de petição, para defesa de direitos; na Constituição de 1988, o art. 5.º, XXXIV, *a*, englobou ambos no direito de petição, que, assim, é instrumento para a representação contra ilegalidades ou abusos. Um dos aspectos do direito de representação vem disciplinado na Lei 4.898, de 09.12.1965.

Nem há que se atribuir necessariamente ao termo *reclamação* o sentido de recurso. Por exemplo: a Constituição Federal, art. 37, § 3.º, remete à disciplina da lei as reclamações relativas à prestação de serviços públicos; essa lei genérica ainda não foi editada, mas na Lei das Concessões (Lei 8.987/95) vem

prevista, entre os direitos e obrigações dos usuários, a comunicação, às autoridades competentes, de irregularidades e ilícitos referentes ao serviço prestado pela concessionária (art. 7.º, IV e V), sem que tal comunicação tenha o sentido de recurso administrativo. Por outro lado, no Dec. 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal, seu art. 6.º reza o seguinte: “O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em 1 (um) ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar”. Aí *reclamação administrativa* é usada em sentido não técnico, para indicar recurso administrativo em geral, sem que signifique um tipo específico de recurso. Lembre-se que em 1932, ano do decreto, o direito administrativo encontrava-se em estágio pouco avançado; hoje aquela expressão engloba, por certo, toda espécie de recurso administrativo.

Ante as últimas considerações, os recursos administrativos no ordenamento brasileiro são os seguintes:

a) *Pedido de reconsideração* – Embora alguns autores resistam em incluí-lo entre os recursos administrativos, o pedido de reconsideração se configura como tal, pois significa um pedido de reexame de uma decisão, dirigido à mesma autoridade que a editou. Trata-se de apelo típico do âmbito administrativo, sendo raro na esfera do processo jurisdicional. Mediante o pedido de reconsideração, a mesma autoridade responsável pela medida ou ato procede ao seu reexame, podendo mantê-lo, revogá-lo, anulá-lo ou alterá-lo, total ou parcialmente. A Lei 8.666/93 – licitações e contratos administrativos – insere, entre os recursos administrativos, o pedido de reconsideração da declaração de inidoneidade (art. 109, III). Às vezes a lei determina a apreciação da autoridade responsável pela decisão, antes do exame pelo superior hierárquico, caso da Lei 8.666/93, no art. 109, § 4.º. Note-se que o pedido de reconsideração se apresenta como único recurso de atos editados por autoridades situadas nos mais altos escalões da hierarquia administrativa, quando aí se esgotam as instâncias de recurso.

b) *Recurso hierárquico próprio* – Recebe esse nome o pedido de reexame dirigido à autoridade administrativa hierarquicamente superior àquela responsável pela decisão. Baseia-se, portanto, na hierarquia e no poder atribuído ao superior hierárquico de fiscalizar os atos dos subordinados, podendo anulá-los, revogá-los, alterá-los, total ou parcialmente (ver Capítulo 3, item 3.10).

c) *Recurso hierárquico impróprio* – É um pedido de reexame dirigido a autoridade que não detém vínculo de hierarquia com a autoridade ou órgão responsável pela decisão impugnada. Por isso foi-lhe dada essa denominação: do ponto de vista jurídico inexistente hierarquia entre a autoridade para a qual se recorre e a autoridade responsável pela decisão recorrida, embora, de fato, possa existir ascendência da primeira sobre a segunda.

A elaboração doutrinária desse recurso calcou-se principalmente nos recursos de *atos de dirigente de autarquia* interpostos junto à autoridade da

Administração direta a que se vincula a entidade. Esta autoridade exerce sobre a autarquia a tutela administrativa, também denominada controle administrativo ou supervisão, que, do ponto de vista jurídico, não significa hierarquia, como já se expôs (ver Capítulo 3, item 3.11, e Capítulo 5, item 5.1). Dirigido a autoridade não hierarquicamente superior àquela que editou o ato impugnado, o *recurso hierárquico impróprio*, também intitulado *recurso de tutela*, fundamenta-se no vínculo de tutela entre o órgão central e o ente autárquico. Ponto controvertido nessa matéria é a exigência ou dispensa de texto legal expresso para sua admissibilidade, havendo entendimentos nos dois sentidos. Orientação menos rígida aceita o recurso de tutela em casos não previstos em lei de maneira expressa, mas implícitos na função de tutela; os argumentos a favor desta tese são idênticos àqueles que justificam a tutela administrativa ou supervisão: preservação da unidade jurídico-política do Estado, perigo de eventual supercrescimento das autarquias. Assim, tendo em vista que o recurso de tutela encontra fundamento nesse controle e tendo em vista que a tutela só é exercida se prevista em lei, parece lógico concluir que, se houver tutela, poderá haver recurso hierárquico impróprio, salvo proibição legal. E, tratando-se de recurso administrativo, enseja exame do mérito e da legalidade do ato impugnado.

O recurso hierárquico impróprio pode ser cogitado, ainda, para outros casos em que inexistente o vínculo hierárquico entre os órgãos ou autoridades, por exemplo: quanto a decisões de Conselhos que, embora vinculados a órgão ou autoridade, não se apresentam como subordinados hierarquicamente (conselhos de educação, conselhos de meio ambiente, conselhos de defesa do patrimônio cultural). Por vezes, algumas decisões dos conselhos têm sua eficácia condicionada a homologação ou aprovação da autoridade a que se vinculam; por vezes, a lei prevê recurso a essa autoridade. Na ausência de previsão explícita de recurso, há de ser admitido, salvo vedação expressa.

d) *Revisão* – É o pedido de reexame da decisão, formulado por servidor que recebeu penalidade administrativa, quando surgem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência ou a inadequação da pena aplicada. Conforme dispuser o estatuto, a revisão poderá ser pedida por pessoa da família ou curador. A revisão também pode ocorrer de ofício.

O Estatuto Federal – Lei 8.112/90 – prevê a revisão nos arts. 174 a 182. Nos termos do parágrafo único do art. 182, da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção. Preceito semelhante encontra-se na Lei 9.784/99 – lei geral do processo administrativo federal.

18.3.2 *Autocontrole*

É a fiscalização exercida pela própria autoridade que editou o ato ou adotou a medida, sobre sua atuação. Ocorre espontaneamente ou mediante provocação, neste último caso em decorrência de recurso administrativo –

pedido de reconsideração – ou abaixo-assinado, denúncia de ilegalidade etc. Como efeito imediato do autocontrole advêm ou a manutenção da medida, ou a revogação, a anulação, e, no caso de operações materiais anunciadas ou realizadas, novas medidas visando a suspendê-las ou a corrigir efeitos danosos que tenham causado.

18.3.3 *Controle hierárquico*

É a verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Numa estrutura hierarquizada, esse controle se realiza de modo contínuo e automático, no dia a dia, pois é inerente a essa estrutura.

A *fiscalização hierárquica* pode realizar-se antes da eficácia da medida tomada pelo subordinado, quando se exige autorização superior; e mesmo antes que decisões sejam adotadas, quando o superior expede circulares, instruções, ordens de serviço, visando à coerência e uniformidade em certo assunto.

Se o superior hierárquico acompanha todo o desenvolvimento da solução de um assunto, a cargo do subordinado, exerce controle concomitante.

Realizando-se a fiscalização após a tomada de decisão, o controle é sucessivo, *a posteriori*, desencadeando-se espontaneamente, por provocação ou de modo obrigatório, em momento fixado na legislação. No ordenamento pátrio, salvo disposição legal em contrário, a regra é a possibilidade de fiscalização de ofício sobre atos e atividades dos subordinados. Recurso administrativo do interessado – recurso hierárquico – também aciona a fiscalização superior, podendo recair sobre a legalidade e o mérito, com possibilidade de alterar a decisão do subordinado. O controle hierárquico pode ser desencadeado, ainda, pela atuação de órgãos de controle externo institucionalizado ou por noticiário de imprensa, manifestação de parlamentares nas tribunas, movimentos populares etc. Por sua vez, o controle hierárquico obrigatório ocorre em momento fixado em normas legais, sem que a autoridade superior tenha a faculdade de omitir-se; é o caso, por exemplo, de homologações, que no ordenamento pátrio aparecem no processo licitatório, no processo de concurso público em geral e de concurso público de carreira universitária.

18.3.4 *Controle de gestão*

A rigidez no funcionamento da estrutura hierarquizada da Administração e a conseqüente diluição de responsabilidades, dentre outros motivos, acarretaram a busca de novos métodos de direção e de novas técnicas de controle. Um novo método é a gestão por objetivo, do qual decorre o controle de gestão. O controle de gestão baseia-se em objetivos de realização ou de produtividade: definem-se os produtos; cada centro de responsabilidade vê fixados, para a

realização de certos resultados e após diálogo, objetivos de ação em termos de despesa, qualidade, quantidade, observância dos programas. A realização do controle exige o uso de indicadores de gestão, exige a execução de um orçamento apoiado por uma análise de custos e também a elaboração de quadros periódicos com informações sobre as realizações. Um “chefe de projeto” coordenaria as atividades e seria seu responsável.

O *controle de gestão* incide sobre a atividade total ou parcial do controlado, sobretudo no aspecto dos resultados, no aspecto da eficiência: implica acompanhamento simultâneo da atuação, com medidas corretivas a cada passo, impedindo a dispersão ou mau uso dos recursos humanos e materiais alocados.

18.3.5 *Inspeção, auditoria e correição*

Esses três tipos de atividade de controle guardam semelhança em dois aspectos: destinam-se, de regra, a oferecer informações e dados sobre os serviços controlados a autoridades com poder de decisão nesses setores; de regra, seus realizadores são desprovidos de poder de decisão, elaborando relatórios dirigidos à autoridade com tal poder, com propostas de medidas. Junto aos órgãos controlados exercem poderes de investigação, examinando papéis, autos, documentos, ouvindo servidores.

O termo *auditoria*, embora habitualmente associado ao controle financeiro, também se aplica à fiscalização geral da atividade administrativa, sobretudo quando realizada *in loco*.

A *correição* reveste-se da natureza de controle geral da Administração ou da natureza de fiscalização setorializada de atividades de determinado órgão. Exemplo do primeiro tipo: no Estado de São Paulo instituiu-se uma Corregedoria Administrativa do Estado; na esfera federal foi criada, em 2001, a Corregedoria-Geral da União. Exemplo do segundo tipo: a Corregedoria da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

18.3.6 *Supervisão*

O vocábulo *supervisão* admite acepção ligada a controle. A Constituição Federal, entre as atribuições dos Ministros, prevê a supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência (art. 87, parágrafo único, I). Conforme dispõe o Dec.-lei 200/67, art. 20, parágrafo único, a supervisão ministerial abrange a orientação, a coordenação e o *controle* das atividades dos órgãos subordinados ao Ministério, do que se conclui que, na esfera federal, supervisão não se reduz a controle; este representa um dos aspectos da supervisão ministerial.

Na área de ensino de 1.º e 2.º graus encontra-se, por vezes, a figura do supervisor, que substituiu o antigo inspetor; o supervisor atua como inter-

mediário entre os estabelecimentos de ensino e os órgãos administrativos da educação; exerce função de controle das atividades das escolas, exercendo também tarefa de auxílio na gestão.

18.3.7 *Pareceres vinculantes*

São emitidos nos casos em que a norma exige consulta prévia a órgão jurídico ou técnico, cuja manifestação, expressa em *parecer* (às vezes com o nome de *laudo*), deve nortear obrigatoriamente a decisão a ser tomada; neste caso, a autoridade somente poderá decidir no sentido do parecer, restando-lhe a alternativa de não editar o ato, se for possível, ou solicitar novo parecer. Além da função consultiva, o órgão que emite o parecer vinculante exerce, assim, função de controle preventivo.

18.3.8 *Ouvidor*

Numa imitação do instituto de controle denominado *ombudsman*, a ser estudado no âmbito dos controles externos, vêm surgindo ultimamente órgãos ou autoridades de controle interno, inseridos na estrutura hierárquica da Administração, com o nome de *ouvidor* ou *ouvidor-geral*. Assim, por exemplo, em São Paulo, foi criada, em 1995, na Secretaria da Segurança Pública, a função de ouvidor. De regra, o ouvidor tem a atribuição de receber queixas e denúncias da população contra a ineficiência de órgãos e servidores e contra ilegalidades ou abusos de poder. Em geral, os ouvidores invocam os órgãos que podem tomar as medidas corretivas.

18.3.9 *Controle financeiro*

Trata-se de um controle interno específico, pois incide sobre os aspectos financeiros dos atos e atividades da Administração. A Constituição Federal, no art. 74, inserido na seção dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, determina que o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário mantenham sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento de metas do plano plurianual, a execução dos programas e dos orçamentos, comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, apoiar o controle externo.

Órgãos financeiros e contábeis da Administração examinam o modo como foram efetuadas as despesas, antes que a prestação de contas seja remetida ao Tribunal de Contas respectivo.

18.3.10 *Controle da Administração indireta*

A fiscalização do poder central sobre entidades descentralizadas surgiu primeiramente com o nome de *tutela administrativa*, em relação às coletivida-

des territoriais europeias (províncias, comunas) e em relação às autarquias, todas dotadas de personalidade jurídica pública. Com o advento das empresas públicas e sociedades de economia mista, o controle do poder central passou a exercer-se sobre suas atividades.

No ordenamento pátrio, o Dec.-lei 200/67, art. 26, utiliza a expressão *supervisão ministerial* para designar o controle exercido pelo Ministro de Estado sobre entidades da Administração indireta vinculadas ao Ministério que chefia.

O controle administrativo ou tutela ou supervisão sobre entidades da Administração indireta não significa, do ponto de vista jurídico, subordinação hierárquica, embora de fato possa assim aparentar (v. Capítulo 3, item 3.11).

Dentre as finalidades do controle administrativo sobre as entidades da Administração indireta salientam-se: assegurar a execução dos serviços especializados de modo compatível aos fins e valores que norteiam cada centro de poder; adequar a técnica dos entes às diretrizes políticas respectivas; harmonizar suas atividades a fins predeterminados; zelar pela atuação eficaz dos entes personalizados. A finalidade imediata do controle se expressa no respeito à legalidade e na salvaguarda do interesse público. No tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista, as atividades de controle não de buscar um justo equilíbrio entre a atuação menos vinculada da empresa e os interesses públicos que levaram o Estado a criá-las. O Dec.-lei 200/67, art. 26, parágrafo único, arrola as medidas atinentes à supervisão ministerial sobre as entidades da Administração indireta, dentre as quais: aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira, no caso de autarquia; aprovação de contas, relatórios e balanços; fixação das despesas de pessoal e de administração; realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; intervenção por motivo de interesse público.

Além da supervisão ministerial, incide sobre as empresas estatais federais a fiscalização do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais Federais, inserido na estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

18.4 Controle parlamentar

Sob essa rubrica aqui são considerados apenas os mecanismos de fiscalização emanados diretamente das casas legislativas, não abrangendo as instituições que extraem do Legislativo sua força para exercer controle ou que significam prolongamento desse Poder.

A função de controle sobre o Executivo aparece hoje como inerente ao Legislativo, em qualquer regime de governo do mundo ocidental. Porém, independentemente das peculiaridades do regime de governo, que propiciariam maior ou menor intensidade do controle, registra-se descrença genéri-

ca quanto à eficácia e mesmo operacionalidade da fiscalização parlamentar. Paradoxal, assim, que se afirme, ao mesmo tempo, a relevância da função de controle do Legislativo e a escassez de resultados dessa atuação. Salvo atuações episódicas (no Brasil, *impeachment* de um Presidente da República), o controle parlamentar da Administração apresenta-se inefetivo. Vários fatores vêm apontados para justificar esse quadro: falta de interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância, para não desagradar ao detentor do Poder Executivo; ausência, em geral, de sanção, pois nem o Congresso, nem suas comissões podem anular ou modificar atos administrativos ou aplicar sanções a administradores.

A ausência de sanção, no sentido apontado acima, possibilita justificar, em parte, as falhas do controle parlamentar: os mecanismos de controle, se concretizados, acarretariam consequências indesejáveis às autoridades administrativas, mesmo desprovidos da aptidão para desfazer atos. Assim, por exemplo, na recusa à aprovação ou autorização para certos atos do Executivo; no caso da atuação das comissões parlamentares de inquérito, cujo relatório deveria receber ampla divulgação (como já ocorreu na CPI do PC, na CPI do orçamento, na CPI dos precatórios) e ser objeto de manifestação do plenário.

Serão indicados, a seguir, os meios de controle parlamentar que visam mais imediatamente à atividade da Administração, deixando-se de lado o *impeachment* em nível federal e estadual (em parte disciplinado pela Lei 1.079/50) e a responsabilidade político-administrativa de Prefeitos em nível municipal (Dec.-lei 201/67); tais institutos, a par do caráter eminentemente político, afetam somente os níveis mais altos do Executivo e caracterizam-se pela raridade de utilização; aliás, reina divergência na doutrina constitucional quanto à inclusão desses institutos dentre os meios de controle parlamentar.

a) *Pedidos escritos de informação* – No âmbito federal, deputados e senadores poderão solicitar informações escritas aos Ministros de Estado, a serem encaminhados pela Mesa de cada Casa, importando em crime de responsabilidade o não atendimento no prazo de 30 dias e a prestação de informações falsas (CF, art. 50, § 2.º). Dispositivos semelhantes, para autoridades dos respectivos níveis, encontram-se nas Constituições estaduais e Leis Orgânicas de Municípios.

b) *Convocação para comparecimento* – A Constituição Federal determina o comparecimento obrigatório de Ministros de Estado perante a Câmara dos Deputados, o Senado ou qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assuntos previamente determinados; a falta de comparecimento, sem justificação, importa crime de responsabilidade (art. 50).

c) *Fiscalização de atos da Administração direta e indireta* – Para o nível federal, a Constituição, no art. 49, X, prevê, entre as atribuições do Congresso, “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta”. Essa fiscalização

realiza-se sem prejuízo do controle exercido com base em outros dispositivos constitucionais.

d) *Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI)* – Segundo ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “são comissões especiais e temporárias criadas para a apuração de fato ou fatos determinados. Constituem um recurso para tornar mais efetivo e rigoroso o controle, que é deferido aos parlamentares, sobre toda a máquina estatal” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, p. 70, 1992).

O art. 58, § 3.º, da CF prevê a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros. O mesmo dispositivo atribui a essas comissões poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. As Constituições estaduais e Leis Orgânicas de Municípios preveem, igualmente, a criação de comissões parlamentares de inquérito nos respectivos níveis. Normas relativas aos poderes e procedimento dessas comissões estão contidas na Lei 1.579, de 18.03.1952. A tradição de inoperância e inocuidade das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil foi quebrada com a “CPI do PC” (1992) e a “CPI do Orçamento”, cujos relatórios levaram à adoção de medidas drásticas aos envolvidos nos fatos aí apurados.

e) *Aprovações e autorizações de atos do Executivo* – Algumas decisões do Executivo têm sua eficácia ou validade condicionada à manifestação favorável do Congresso. A Constituição Federal de 1988 ampliou o número de atos vinculados ao consentimento do Legislativo Federal, o que reforça a fiscalização sobre o Executivo. Exemplos: aprovar tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; aprovar iniciativas referentes a atividades nucleares; apreciar atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; aprovar, após arguição pública e por voto secreto, a indicação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, de Ministros do Tribunal de Contas indicados pelo Presidente da República, do presidente do Banco Central, do Procurador-Geral da República; aprovar, após arguição e voto secretos, a escolha de chefes de missão diplomática de caráter permanente.

f) *Sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa* – Meio de controle de uso raro, previsto na Constituição Federal, art. 49, V, recebeu de Anna Cândida da Cunha Ferraz análise percuciente, em que comprovou o caráter aberrante da sustação dos atos regulamentares e a desfiguração da delegação acarretada pela sustação da lei delegada, ambas trazendo incerteza nas relações jurídicas (cf. *Conflito entre poderes*, RT, 1994).

g) *Fiscalização financeira e orçamentária* – De acordo com o art. 70 da CF, ao Congresso Nacional compete a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da União, mediante controle externo, o

mesmo ocorrendo com os respectivos Legislativos em âmbito estadual e municipal. Essa função, tradicionalmente vinculada ao Poder Legislativo, é exercida no Brasil com o auxílio do Tribunal de Contas.

18.5 Controle do Tribunal de Contas

A Constituição Federal de 1988 cuida do Tribunal de Contas no capítulo referente ao Poder Legislativo e na seção dedicada à fiscalização financeira e orçamentária, mencionando competir ao Congresso Nacional o controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, § 3.º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes.

Os vocábulos *tribunal* e *julgar as contas*, usados ao se tratar desse agente controlador, não implicam a natureza jurisdicional de suas funções. O Tribunal de Contas se apresenta como órgão técnico, não jurisdicional, como ensina José Afonso da Silva (*Direito constitucional positivo*, 34. ed., 2011, p. 760).

Os integrantes dos Tribunais de Contas são escolhidos entre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, dotados de idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública, com mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija tais conhecimentos; um terço dos integrantes tem escolha efetuada pelo Chefe do Executivo correspondente, com aprovação do Legislativo, sendo dois, alternadamente, dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal; e dois terços pelo Legislativo.

As normas da Constituição Federal sobre o Tribunal de Contas da União aplicam-se aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 75).

As principais atribuições do Tribunal de Contas são as seguintes: a) dar parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo; b) exercer auditoria financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial sobre os entes controlados; c) apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos; d) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; e) apreciar a legalidade das licitações e contratos; f) tomar providências ante a verificação de ilegalidades. A Constituição Federal indica as providências que o Tribunal de

Contas pode adotar: nos casos de contas ou despesas ilegais, o art. 71, VIII, permite aplicação de sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras, multa proporcional ao dano causado ao Erário; verificada a ilegalidade, o Tribunal de Contas poderá assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX); se não for atendido, sustará o ato impugnado, comunicando a decisão ao Legislativo; no tocante aos contratos, o ato de sustação cabe ao Legislativo, que solicitará, de imediato, ao Executivo as medidas cabíveis; se o Legislativo e o Executivo, em 90 dias, não adotarem as medidas previstas, o Tribunal de Contas decidirá a respeito (art. 71, § 2.º).

Nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000 – cabe ainda aos Tribunais de Contas: I – fiscalizar o cumprimento das normas desta Lei; II – alertar os poderes e órgãos quanto a uma série de deveres a respeito de impostos, inclusive se o montante de gasto com pessoal ultrapassar limites fixados, se houver fatos comprometedores de custos ou resultados de programas e se existirem indícios de irregularidades na gestão orçamentária; III – verificar os cálculos dos limites de despesa com pessoal de cada Poder e órgão; IV – processar e julgar os agentes estatais quanto às infrações administrativas previstas no art. 5.º da Lei 10.028, de 19.10.2000, que são as seguintes: deixar de divulgar ou enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas relatório de gestão fiscal; propor lei de diretrizes orçamentárias anual sem as metas fiscais, na forma da lei; deixar de determinar limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos fixados em lei; deixar de ordenar ou de promover medida para redução da despesa com pessoal, na forma da lei.

A respeito dos direitos ao contraditório e ampla defesa nos processos perante o Tribunal de Contas, a Súmula Vinculante 3, do STF, dispõe o seguinte: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. Embora a Súmula 3 mencione o Tribunal de Contas da União, deve se estender aos demais Tribunais de Contas, sobretudo ante o art. 5.º, inciso LV, da CF (assegura os direitos ao contraditório e ampla defesa em processos judiciais e administrativos).

18.6 Controle da Administração pelo *ombudsman*

O termo *ombudsman* vem do idioma sueco e significa literalmente “homem encarregado de missão pública”, intermediário. Na sua acepção atual, no âmbito do direito público, o termo *ombudsman* designa um meio de controle da Administração, derivado, em geral, do Legislativo. É possível apresentar à pessoa designada como *ombudsman* reclamações, denúncias, contra a Administração, e esta verificará a procedência do pedido, realizando gestões e emitindo recomendações para corrigir as falhas.

O *ombudsman* teve origem na Suécia, nos primórdios do século XIX, e depois se expandiu. O modelo original sueco sofreu alterações em outros países, quanto à denominação, modo de designação, extensão dos poderes. Na Suécia é eleito por um colégio de parlamentares, em nome do Parlamento, devendo a escolha recair sobre pessoa com experiência e domínio no campo das ciências administrativas e jurídicas. A principal função do *ombudsman* sueco situa-se na proteção dos direitos fundamentais – assim, ele supervisiona o modo pelo qual todos os agentes públicos aplicam a lei, até juízes e altos funcionários, representando contra aqueles que agem de modo ilegal ou que negligenciam seus deveres.

Com outros nomes foi adotado na Inglaterra, na França, em Portugal, na Espanha. No Brasil já houve tentativas de implantação, por meio de propostas de emenda constitucional. O anteprojeto de Constituição, elaborado em 1986 pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, previa, no art. 56, a figura do Defensor do Povo. Nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), o primeiro substitutivo do relator continha o Defensor do Povo; a partir do segundo substitutivo não mais figurou, e as emendas tendentes a criá-lo foram rejeitadas.

18.7 Controle jurisdicional da Administração

A expressão *controle jurisdicional da Administração* abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração.

O controle jurisdicional caracteriza-se como controle externo, de regra *a posteriori*, repressivo ou corretivo, podendo apresentar conotação preventiva. É desencadeado por provocação (não existe jurisdição sem autor) e efetuado por juízes dotados de independência. Esse controle se realiza pelo ajuizamento de ações, que observam procedimentos formais, com garantias às partes, tais como juiz natural, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, dentre outras. O processo se encerra por sentença, obrigatoriamente motivada e dotada da autoridade da coisa julgada, impondo-se, portanto, à Administração, que deve acatá-la. De regra exige-se, para o ajuizamento dos remédios, patrocínio de advogado e pagamento de custas.

O controle jurisdicional continua a ser o mais importante instrumento de controle da Administração, apesar da busca de outros meios que possam suprir falhas ou dificuldades deste controle.

18.7.1 Sistemas de controle jurisdicional

O controle jurisdicional da Administração, nos vários ordenamentos, se organiza em dois sistemas: o *sistema de jurisdição dupla*, também denomina-

do *dualidade de jurisdição*, *contencioso administrativo* ou *sistema de jurisdição administrativa*, e o *sistema de jurisdição una*, intitulado também *unidade de jurisdição* ou *sistema de jurisdição ordinária*.

O *sistema de jurisdição dupla*, de origem francesa, caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. A jurisdição administrativa ou contencioso administrativo forma um conjunto escalonado de juízes ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo, de regra denominado Conselho de Estado, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária e cujas decisões representam a última instância. Adotam a jurisdição dupla, atualmente, a França, a Alemanha, a Suécia e Portugal. A Itália e a Bélgica instituíram a jurisdição dupla incompleta.

No *sistema de jurisdição una*, o julgamento dos litígios em que a Administração é parte compete aos juízes e tribunais comuns. Admitem-se varas especializadas (que não significam justiça especial), mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição. É o sistema do Brasil, dos países anglo-saxônicos e de muitos países latino-americanos, como a Argentina.

18.7.2 O princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988, no art. 5.º, XXXV, reza o seguinte: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Na lição de José Afonso da Silva, “a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada” (*Curso de direito constitucional positivo*, 34. ed., 2011, p. 432).

No tocante ao controle da Administração, o preceito afirma a regra da unidade de jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos.

O texto de 1988 já não mais adjetiva o direito protegido de “individual”, como figurava em textos anteriores, eliminando possíveis controvérsias e reconhecendo, de modo claro, a proteção a pessoas jurídicas, entidades, direitos coletivos e difusos.

18.7.3 Inexigência de esgotamento da via administrativa

Uma das consequências extraídas do princípio da proteção judiciária situa-se na regra da não exigência de exaustão prévia da via administrativa para que se possa ingressar em juízo. Assim, quem sofrer lesão a direito ou

estiver sob ameaça de lesão a direito, advinda de atividade da Administração, não é obrigado a interpor recurso administrativo primeiro, para depois, decidido este, ajuizar uma ação.

Nem texto de lei, nem interpretação de lei poderão levar a entendimento restritivo quanto ao acesso ao Poder Judiciário para defesa de direitos lesados.

Sob esse enfoque dois pontos devem ser ressaltados, pois aparentam significar exigência de prévio esgotamento da via administrativa.

a) Um deles refere-se a disposições da própria Constituição Federal, contidas nos §§ 1.º e 2.º do art. 217. Nesses preceitos, a Constituição Federal estabeleceu que, em matéria de *disciplina e competições esportivas*, as ações só poderão ser interpostas perante o Judiciário depois de esgotadas as instâncias da justiça desportiva; mas fixou o prazo máximo de sessenta dias para a decisão final nessas instâncias. Evidente que o constituinte não pretendeu infirmar a garantia da proteção judiciária. A par do pequeno prazo, deve ser lembrado que, surgindo possibilidade de lesão de direito, insuscetível de amparo pela justiça desportiva, quer em virtude do tempo (*periculum in mora*), quer pelo procedimento aí vigente, o acesso ao Judiciário há de ser admitido, sob pena de se anular a garantia constitucional.

b) Outro ponto diz respeito ao art. 5.º, I, da Lei 12.016, de 07.08.2009, que veda a concessão *mandado de segurança* “de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”.

A redação do dispositivo ensejaria entendimento no sentido da obrigatoriedade de utilização do recurso administrativo, se tiver efeito suspensivo sem exigência de garantia, antes da impetração do mandado de segurança, o que não se afina ao ordenamento brasileiro. Segundo orientação dominante, o ato impugnado pelo mandado de segurança deve ser suscetível de produzir efeitos; produzindo efeitos, poderá lesar direitos. Sem produção de efeitos, não há interesse de agir, como condição da ação de mandado de segurança, pois inexistente lesão de direitos advinda de ato sem eficácia. Assim, cabendo recurso administrativo, com suspensão dos efeitos do ato e sem exigência de caução, poderá o interessado optar pelo uso da via administrativa, para obter reconhecimento de seu direito. Utilizando a via administrativa, o ato não produzirá efeitos, portanto, não lesará direitos; nesta hipótese, descabe a impetração simultânea de mandado de segurança, pois falta o interesse de agir, configurando na lesão de direito.

Entretanto, por força do art. 5.º, XXXV, da CF, nada impede que o interessado utilize, de imediato, a via jurisdicional, mesmo havendo possibilidade de recurso administrativo com efeito suspensivo, sem caução (lembre-se que o STF declarou inconstitucional a exigência de depósito, caução ou arrolamento de bens e direitos para a interposição de recurso administrativo, primeiro em ADIn e depois na Súmula Vinculante 21, o mesmo ocorrendo no STJ, Súmula 373).

No caso de *omissão*, *inércia* ou *silêncio* da autoridade administrativa, não há que falar em efeito suspensivo de recurso administrativo, visto inexistir manifestação concretizada em ato; neste caso, o mandado será impetrado de imediato. É a jurisprudência do STF, expressa na Súmula 429: “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”.

Um *caso de prévio esgotamento das vias administrativas* vem indicado na Lei 11.417, de 19.12.2006 – edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante. O art. 7.º, *caput*, prevê a possibilidade de se apresentar *reclamação* ao STF, sem prejuízo de outros meios de impugnação, contra omissão ou ato da Administração pública que negar vigência, contrariar ou aplicar indevidamente súmula vinculante. O uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7.º, § 1.º). Esta exigência poderá suscitar questionamentos quanto à constitucionalidade, pois a habitual demora de decisão administrativa poderá acarretar lesão a direitos, anulando-se o direito-garantia do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal – inafastabilidade da apreciação judicial em casos de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Outro *caso de prévio uso da via administrativa* encontra-se na Lei 9.507, de 12.11.1997 – *habeas data*. Para ajuizar ação de *habeas data*, com o fim de ter acesso a dados pessoais ou de retificá-los, a lei exige: a) prova da recusa ao acesso ou ausência de decisão por mais de dez dias; b) prova da recusa de retificação ou ausência de decisão por mais de quinze dias; c) prova da recusa de anotar contestação ou explicação ou falta de decisão por mais de quinze dias. Aqui não se trata de exigência de uso de todos os meios e recursos de obter a medida (*exaustão*), mas de exigência de formulação de um pedido prévio. A respeito, a Súmula 2, do STJ, dispõe o seguinte: “Não cabe o *habeas data* se não houve recusa de informação por parte da autoridade administrativa”.

18.7.4 Alcance do controle jurisdicional

Uma das questões relevantes no tratamento do tema do controle jurisdicional da Administração diz respeito ao alcance da atuação do Judiciário.

Há um posicionamento favorável ao *controle restrito*, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito – os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

Outro entendimento inclina-se por um *controle amplo*, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação de poderes, o poder detém o

poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força.

No direito pátrio, na vigência da Constituição Federal de 1946, as posições marcantes de Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal e Caio Tácito assinaram um passo importante na ampliação do controle jurisdicional além da competência e forma do ato administrativo, para adentrar nos motivos e fins, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade e mérito.

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

Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroaamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites.

Um dos temas tradicionalmente mencionados quanto ao alcance do controle jurisdicional refere-se ao *ato de governo* (ver Capítulo 8, item 8.8). O ato de governo é editado pelo Poder Executivo, como um desdobramento do ato administrativo. Além disso, provém da autoridade ou do órgão mais elevado desse Poder e, em geral, abrange relações com outros poderes, outros Estados e organismos internacionais. Por exemplo: apresentação e retirada de projeto de lei; sanção, promulgação e publicação de leis; convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional; veto a projetos de lei. As Constituições brasileiras de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 94, respectivamente, previam, de modo explícito, a exclusão dos atos de governo da apreciação do Judiciário. Com a vigência do princípio na inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito, se o ato de governo acarretar lesão a direito poderá ser impugnado perante o Judiciário.

Outra questão em matéria de alcance do controle jurisdicional diz respeito ao *motivo*. A exigência de nexos entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato tornou o motivo um vínculo a mais no exercício do poder dis-

cricionário. Como decorrência, veio a possibilidade do controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo. Um dos aspectos mais marcantes desse controle consiste na averiguação dos fatos: se, num primeiro momento, não se admitia que o Judiciário pudesse apreciar fatos e provas relativos à atividade da Administração, firmou-se, depois, orientação no sentido da plena possibilidade de exame de fatos e provas. Na jurisprudência, dois acórdãos tornaram-se memoráveis na questão: o acórdão proferido na ApCiv 7.377 (RDA 2, 1945), no qual se admitiu o exame de matéria fática para caracterizar se um imóvel é dotado de valor histórico ou artístico; e o acórdão prolatado na ApCiv 7.037 (RDA 3, 1946), no qual se afirmou a possibilidade do exame de fatos e provas no processo administrativo disciplinar, que antes era limitado à competência e a aspectos formais.

Passo importante na fixação de parâmetros do poder discricionário se realizou ao se admitir o *controle do fim*, criando-se a figura do *desvio de poder*. A alegação de desvio de poder ou desvio de finalidade, nas ações de oposição à Administração, encontra muitos obstáculos quanto à prova da intenção da autoridade, quanto à prova de que o fim visado não é o interesse público, e sim interesses pessoais, subjetivos. Daí a importância assumida pelos indícios e mesmo pelos antecedentes (motivos) que podem propiciar a identificação dessa ilegalidade.

18.7.5 Consequências do controle jurisdicional

Das atividades inerentes ao controle jurisdicional decorrem medidas que repercutem no âmbito da Administração. Tais medidas variam conforme o tipo de pedido, combinado com o tipo de remédio utilizado. As consequências mais comuns do controle jurisdicional são as seguintes:

a) *Suspensão de atos ou atividades* – Com essa medida o Judiciário ordena que não se produzam efeitos de atos ou que se paralise atividades provisoriamente, até a decisão final da ação ou por tempo determinado; ou o Judiciário determina que se realizem atos ou medidas. É o caso das liminares, que podem ser expedidas, principalmente, em mandado de segurança individual e coletivo, em ação popular, em ação civil pública, nas medidas cautelares. A Lei 8.437, de 30.06.1992, estabeleceu restrições à concessão de liminares contra atos do Poder Público no procedimento cautelar ou quaisquer ações de natureza cautelar; e determinou que, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após audiência de representante judicial da pessoa jurídica pública.

b) *Anulação* – O Judiciário determina que o ato seja invalidado, deixe de vigorar e de produzir efeitos a partir de seu ingresso no mundo jurídico, ou seja, a partir do momento em que foi editado, tendo efeitos *ex tunc*.

c) *Imposição de fazer* – A decisão definitiva do Judiciário pode conter ordem de realizar algo, de agir em certo sentido, de editar um ato, de tomar alguma providência, por exemplo: reintegrar um servidor, devolver área expropriada, publicar ato de promoção etc.

d) *Imposição de se abster de algo* – Se a sentença contém determinação de deixar de fazer algo, a Administração é obrigada a paralisar a atividade ou não iniciar a atividade, por exemplo: parar demolição de viaduto, parar a construção de prédio, deixar de veicular propaganda etc.

e) *Imposição de pagar* – Muito frequente é a imposição de pagar em sentenças relativas a diferenças de vencimentos de servidores, a benefícios não reconhecidos espontaneamente pela Administração, a devolução de indébitos.

f) *Imposição de indenizar ou ressarcir* – Decorre de sentenças que impõem à Administração o dever de indenizar ou reparar danos, como nas ações expropriatórias, nas ações referentes à responsabilidade civil do Estado.

18.7.6 A Administração em juízo

Na qualidade de autora ou ré nas ações em que é parte, a Administração recebe o nome de Fazenda Pública, sob o enfoque dos ônus patrimoniais da ação. Menciona-se, então, a Fazenda Pública federal, estadual, distrital e municipal.

a) *Foro privativo* – Nas causas em que a União, autarquia ou empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, a competência para processar e julgar é dos juízes federais, exceto as de falência, acidentes de trabalho e sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (CF, art. 109, I). No tocante às *fundações públicas federais*, jurisprudência equiparou-as às empresas públicas para efeito do art. 109, I. Quanto às sociedades de economia mista, a competência é da justiça estadual comum, nos termos da Súmula 556, do STF; no entanto é da competência da Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou oponente (Súmula 517 do STF). No Judiciário do Estado de São Paulo, há tendência de atribuir às varas da Fazenda Pública a competência no tocante às empresas estatais que prestam serviços públicos.

Lembre-se de que a Lei 9.469, de 10.07.1997, art. 5.º, possibilita que a União intervenha nas causas em que figurarem como autoras ou rés as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais; possibilita, ainda, que as pessoas jurídicas de direito público intervenham nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente de demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes. A Súmula Vinculante 27, do STF, fixa o seguinte: “Compete à Justiça Estadual julgar causas entre

consumidor e concessionárias de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente.”

No âmbito da justiça dos Estados, poderão ser instituídas varas privativas da Fazenda Pública estadual e municipal, como ocorre na Comarca da Capital de São Paulo. Inexistindo varas privativas da Fazenda Pública, as ações correm nos juízos cíveis das comarcas da justiça estadual. Nos Tribunais de Justiça dos Estados pode haver Seções e/ou Câmaras de Direito Público destinadas, em tese, à apreciação de causas em que figurem Estado, Município e respectivas entidades da Administração indireta.

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios entre a Administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus empregados sob o regime da CLT (CF, art. 114). A redação dada pela Emenda 45/2004 ao art. 114 poderia suscitar, quanto ao inciso I, interpretação no sentido de abranger todas as ações entre agente público e Administração Pública. Mas o STF, na ADIn 3.395-6 (DJU 04.02.2005), concedeu liminar, com efeito *ex tunc*, referendada pelo Tribunal (DJU 10.11.2006), para suspender interpretação que incluía as causas relativas a servidores com vínculo de natureza estatutária ou jurídico-administrativa.

b) *Representação em juízo* – Na esfera federal, a União é representada em juízo pela Advocacia-Geral da União – AGU (CF, art. 131), cabendo à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a execução da dívida ativa de natureza tributária (art. 131, § 3.º). Os Estados e o Distrito Federal são representados por seus Procuradores (CF, art. 132), o mesmo prevalecendo para os Municípios que tiverem corpo de Procuradores. A Fazenda Pública pode, ainda, ser representada em juízo por advogado contratado.

c) *Prazos mais amplos* – Segundo o art. 188 do Código de Processo Civil, à Fazenda Pública e ao Ministério Público, quando forem partes, é concedido o quádruplo do prazo para contestar e o dobro do prazo para recorrer, salvo as ações previstas em leis específicas (exemplo: ação popular). A Lei 9.469, de 10.07.1997, no art. 10, estendeu tais prazos às autarquias e fundações públicas. No procedimento sumário, sendo ré a Fazenda Pública, contam-se em dobro os prazos para designação de audiência de conciliação e para a antecedência mínima de citação, nos termos do art. 277 do CPC.

d) *Reexame necessário, remessa necessária ou duplo grau de jurisdição* – Por força do Código de Processo Civil, art. 475, incs. I e II, sujeitam-se ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal, as sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e respectivas autarquias e fundações de direito público, e as sentenças que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Assim sendo, o juiz recorre de ofício, determinando o envio dos autos ao tribunal competente, com ou sem apelação voluntária. A remessa necessária não se aplica: a) se a condenação ou o

direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos (CPC, art. 475, § 2.º); b) no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor (CPC, art. 475, § 2.º); c) quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (CPC, art. 475, § 3.º). Nos termos da MP 2.180-35, de 24.08.2001, não estão sujeitas ao reexame necessário as sentenças contra a União, suas autarquias e fundações quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição de recurso voluntário.

e) *Despesas judiciais* – A Fazenda Pública só paga despesas judiciais se for vencida (Código de Processo Civil, art. 27), sendo dispensada do pagamento do preparo dos recursos. Quando vencida, também deverá pagar honorários advocatícios, salvo o caso em que a Defensoria Pública litiga contra o ente federativo a que se vincula (Súmula 421, do STJ). Nas ações de *habeas corpus* e *habeas data* não cabem custas nem honorários advocatícios. Por medida provisória, que acrescentou um art. 24-A à Lei 9.028/95 (referente à Advocacia-Geral da União), a União, suas autarquias e fundações são isentas de custas, emolumentos e outras taxas judiciárias e também de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias. Por medida provisória foi acrescido o art. 1.º-A à Lei 9.494, de 10.09.1997, dispensando de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais. Mas, quanto a despesas com *transporte dos oficiais de justiça* na execução fiscal processada perante a Justiça Estadual, a Fazenda Pública deve antecipar o respectivo numerário, assim fixando a Súmula 190, do STJ: “Na execução fiscal processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com transporte dos oficiais de justiça.” Em igual sentido se apresenta a diretriz sobre honorários periciais, na dicção da Súmula 232, do STJ: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita às exigências do depósito prévio dos honorários do perito”.

f) *Prescrição quinquenal* – Quanto à *prescrição*, vista sob o ângulo dos direitos contra a Administração invocados em ações perante o Judiciário, recebe a denominação de *prescrição quinquenal*, pois, como o adjetivo indica, o prazo em que ocorre é de cinco anos. A simplicidade da afirmação de que as ações contra a Administração prescrevem em cinco anos oculta questões controvertidas decorrentes, de um lado, do próprio tema da prescrição, já em si mesmo complexo em todo ramo do direito; de outro lado, da redação imprecisa dos textos disciplinadores da matéria, o que originou ampla elaboração jurisprudencial que norteia, hoje, quem se dedica ao exame do tema. É impossível no âmbito deste livro aprofundar a questão. Deve-se lembrar que o Dec. 20.910/32, no art. 1.º, reza o seguinte: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação

contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem”. Nos termos do Dec.-lei 4.597/1942, art. 3.º, a prescrição quinquenal se aplica às dívidas passivas das autarquias ou entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos por impostos, taxas ou contribuições, e também a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Quinquenal se apresenta a prescrição das ações contra os entes acima arrolados, regida pelo Decreto 20.910/32, salvo as situações constantes de leis especiais, como por exemplo, em matéria de previdência social, o art. 103, da Lei 8.213/1991, fixa em 10 (dez anos) a prescrição para ação que segurado ou beneficiário mova para revisão do ato concessivo de benefício.

Quanto ao *tipo de direito* alcançado pela prescrição quinquenal, prevista nos Decretos supra, registra-se dúvida, apesar da literal amplitude da expressão *todo e qualquer direito ou ação*. Mostra-se predominante o entendimento da sua *incidência nas ações pessoais*, ou seja, ações calcadas em obrigação no vínculo jurídico entre dois sujeitos, sem intermediação de coisa, por exemplo: ações relativas a pagamento de vencimentos ou vantagens de servidor. Daí a inaplicabilidade da prescrição quinquenal nas *ações reais* contra a Fazenda Pública, ou seja, nas ações que envolvem, de regra, direito sobre bem imóvel; nestas hipóteses, o prazo comum é de 10 (dez) anos, conforme posicionamento que se vem firmando. No caso da desapropriação indireta ou apossamento administrativo, o prazo prescricional é de 20 (vinte) anos, conforme a Súmula 119 do STJ.

Surgiram controvérsias relativas à incidência do Decreto 20.910/32 sobre alguns casos, com entrada em vigor do Código Civil de 2002, cujos art. 206, § 3.º, IV e V, indicam o prazo prescricional de 3 (três) anos para ressarcimento de enriquecimento sem causa e para reparação civil. A jurisprudência mostra-se oscilante na matéria, ora acatando o prazo de 3 anos, ora o de 5 anos. Deve-se lembrar que o Decreto 20.910/32 contém norma especial sobre a prescrição de ações pessoais contra a Fazenda Pública, recaindo, portanto, sobre relações jurídicas envolvendo esta, enquanto o Código Civil diz respeito, em essência, à prescrição nas relações de particulares.

A interrupção do prazo prescricional recebeu tratamento nos arts. 8.º e 9.º do referido Decreto, cujo teor repetiu-se no art. 3.º do Dec.-lei 4.597/42: só se interrompe uma vez, recomeçando a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último do processo para interrompê-la. Nos termos da Súmula 383 do STF, “a prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”.

A jurisprudência do STF, sobretudo a Súmula 443, separou a prescrição que atinge o chamado “fundo do direito” da prescrição de prestações sucessivas ou vincendas.

g) *Execução após trânsito em julgado* – Por medida provisória foi acrescentado o art. 2.º-B à Lei 9.494, de 10.09.1997, prevendo a execução, só após seu trânsito em julgado, da sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas autarquias e fundações.

h) *Execução por precatórios* – Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, são executados de modo específico, com normas básicas previstas no art. 100 e parágrafos da Constituição Federal, na redação dada pela EC 62, de 11.11.2009; esta EC também acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

No entanto, nas ADIns 4357/DF e 4425/DF, julgadas englobadamente em 13 e 14.03.2013, rel. originário Min. Ayres Britto, rel. para o acórdão Min. Luis Fux, o STF declarou a inconstitucionalidade do seguinte, decorrente da EC 62/2009: a) “da expressão ‘na data de expedição do precatório’, contida no § 2.º do art.100 da CF; b) dos §§ 9.º e 10 do art.100 da CF; c) da expressão ‘índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, constante do § 12 do art.100 da CF, do inciso II do § 1.º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado ‘independentemente de sua natureza’, inserido no § 12 do art.100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5.º da Lei 11.960/2009; e f) do § 15 do art. 100 e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o *caput* e os §§ 1.º, 2.º, 4.º,6.º, 8.º, 9.º, 14, e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa)”. O art. 5.º da referida Lei 11.960/2009, declarado inconstitucional, prevê, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a incidência dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação de mora.

Nos termos do art. 100, *caput*, tais pagamentos são feitos na ordem cronológica de apresentação dos *precatórios* e à conta dos respectivos créditos. *Precatório* é o ofício emitido pelo Judiciário, determinando o pagamento de importância em que a Fazenda Pública foi condenada e à conta dos créditos respectivos.

É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho, efetuando-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente (CF, art. 100, § 5.º). Conforme a Lei 9.469, de 10.07.1997, art. 6.º, os pagamentos devidos pelas autarquias e fundações públicas observam os mesmos preceitos. Embora a Constituição Federal, no art. 100, *caput*, mencione *Fazendas Públicas*, e seu § 5.º se refira a *orçamento das entidades de direito público*, o STF, no RE 229.906,

j. em 2000, equiparou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (empresa pública com personalidade jurídica privada) e, no RE 599.628, j. em 2010, a ELETRONORTE (sociedade de economia mista com personalidade jurídica privada), à Fazenda Pública, aplicando-se às mesmas o regime dos precatórios.

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral (CF, art. 100, § 6.º).

O referido art. 100, *caput*, menciona o pagamento na *ordem cronológica* de apresentação dos precatórios. No entanto, dispositivos do mesmo artigo fixam *preferências de pagamento*. O § 1.º do art. 100 indica a preferência sobre os outros, dos *débitos de natureza alimentícia*, os quais abrangem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (CF, art. 100, § 1.º). Forma-se outra ordem cronológica, destinada ao pagamento destes débitos (Lei 9.469/1997, art. 6.º, § 1.º). Esta é a *genérica preferência dos débitos de natureza alimentícia* sobre os demais.

Outras preferências advêm da redação dada pela EC 62/2009 ao art. 100, no âmbito dos débitos de natureza alimentícia. São *duas específicas preferências de natureza alimentícia*, previstas no § 2.º do art. 100: a) os débitos de natureza alimentícia cujos *titulares tenham 60 (sessenta) anos ou mais*; b) os débitos cujos titulares sejam *portadores de doença grave*, definidos na forma da lei. Nos dois casos a preferência ocorre até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para caracterizar o débito de pequeno valor, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo o restante pago na ordem cronológica do precatório.

É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago e, ainda, o fracionamento ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento da parcela do total no âmbito dos débitos de pequeno valor (CF, art. 100, § 8.º).

O credor do precatório poderá utilizá-lo para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado devedor, nos termos de lei editada por este (CF, art. 100, § 11).

O credor também poderá *ceder total ou parcialmente seus créditos em precatórios* a terceiros, independentemente de anuência do devedor, não se aplicando àquele que o recebeu as preferências quanto a idade e doença grave e os preceitos sobre os débitos de pequeno valor (CF, art. 100, § 13).

A seu critério e na forma da lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente (CF, art. 100, § 16).

Nos termos do art. 100, § 6.º, parte final, em caso de preterição do direito de preferência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o Presidente do Tribunal poderá autorizar, a requerimento do credor, o *sequestro* da quantia respectiva.

O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.(art. 100, § 7.º).

Mas, de regra, a demora no pagamento de precatórios se deve ao Poder Executivo, em geral sob a justificativa de insuficiência de recursos (embora sejam gastas vastíssimas somas em publicidade, para o que nunca faltam verbas).

Segundo o art. 30, § 7.º, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000 –, os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que forem incluídos integram a *dívida consolidada*, para fins de aplicação dos limites. *Dívida consolidada* ou *fundada* consiste no montante total das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses (art. 29, I, desta Lei). Tendo em vista que o Senado, por proposta do Presidente da República, fixa limites globais para o montante da dívida consolidada dos entes federativos (CF, art. 52, VI), a inclusão, na dívida consolidada, dos precatórios não pagos vai dificultar a vida financeira da entidade devedora, inclusive se for ultrapassado o limite estabelecido pelo Senado (v. art. 31 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

A demora no pagamento dos precatórios, em desatendimento ao prazo previsto no art. 100, § 1.º, da CF, pode ensejar intervenção ou processo por crime de responsabilidade; mas, ante a natureza política e a gravidade dessas medidas, não são frequentes, tornando-se praticamente ineficazes.

Além do mais, parece haver o *vergonhoso intuito* de se postergar cada vez mais o pagamento dos precatórios. O art. 33 do ADCT já possibilitara, salvo os créditos de natureza alimentar, o pagamento em prestações anuais e sucessivas, em oito anos, a partir de 1.º de julho de 1989, dos precatórios pendentes na data da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, a EC 30/2000 acrescentou o art. 78 ao ADCT, para permitir que os precatórios pendentes na data dessa Emenda (14.09.2000) e os decorrentes de ações ajuizadas até 31.12.1999 fossem liquidados em prestações anuais e sucessivas em até dez anos (prevendo exceções ao parcelamento,) permitida a cessão dos créditos; tal prazo venceu em 2010. Mas, nas ADIns 2356 e 2362, rel. Min. Ayres Britto, foi deferida, em 25.11.2010, medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2.º da EC 30/2000, que acrescentou o referido art. 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, decisão esta prolatada cerca de dez anos após a entrada em vigor do preceito.

A EC 62, de 11.11.2009, reiterou este *vergonhoso intuito*, ao acrescentar o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que prorrogaria ao infinito o pagamento de precatórios em atraso. No entanto, referido preceito foi declarado inconstitucional na íntegra, no julgamento, pelo STF, das citadas ADIns 4357/DF e 4425/DF, em 13 e 14.03.2013.

Quanto aos *débitos de pequeno valor*, o § 3.º do referido art. 100, com a redação da EC 62/2009, e na mesma linha antes vigente, determina que o disposto no seu *caput*, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que as Fazendas Públicas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

i) *Efeito vinculante de enunciado de súmula* – Nos termos da Lei 11.417, de 19.12.2006, o STF poderá, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir da publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública, em todas as esferas (art. 2.º). Da decisão judicial, omissão ou ato administrativo contrário a súmula vinculante, inclusive por negativa de vigência ou aplicação indevida, caberá *reclamação* ao STF, sem prejuízo dos recursos ou demais formas de impugnação (art. 7.º). O uso da reclamação só pode ocorrer após esgotamento das vias administrativas (art. 7.º, § 1.º). Ao julgar procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial (art. 7.º, § 2.º).

18.7.7 Meios jurisdicionais de oposição à Administração

O controle jurisdicional da Administração se exerce não somente por ações movidas contra a Administração, mas também por ações que ela interpõe, provocando a jurisdição. Por exemplo: execução da dívida ativa, ação de reintegração de posse, ação expropriatória, ação discriminatória de terras públicas, ação civil pública.

Serão objeto de exame somente os principais meios de oposição às atuações genéricas da Administração, mencionados na Constituição Federal, no capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, e dos quais resultem medidas efetivas, e a ação civil pública. Por isso, não se vai cuidar do *habeas corpus*, destinado a garantir a liberdade de locomoção, tendo natureza de ação constitucional penal (cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 34. ed., 2011, p. 446); nem dos meios comuns, como as ações ordinárias, declaratórias, de que se ocupa precipuamente o direito processual civil; nem do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade.

Deve-se lembrar que alguns meios jurisdicionais de oposição à Administração também são utilizados pelo próprio Executivo contra outros Poderes ou contra particulares. É o caso, por exemplo, de mandado de segurança impetrado por prefeito contra a Câmara Municipal porque esta usurpa competência

exclusiva do Executivo para apresentação de projeto de lei; é o caso de ação civil pública movida por um Município contra particulares visando à reparação de danos a bens históricos (Lei 7.347/85, art. 5.º). No entanto, tais meios são utilizados com maior frequência para questionar atos, decisões, contratos e medidas oriundos da Administração Pública, daí o nome dado a este item.

Assim, serão expostas as *linhas básicas* do mandado de segurança individual e coletivo, da ação popular, da ação civil pública e do *habeas data*.

18.7.8 Mandado de segurança individual e coletivo

a) *Terminologia* – É também denominado *writ* (ordem), *remédio heroico*, *mandamus*.

b) *Noção* – O mandado de segurança é uma garantia constitucional destinada a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5.º, LXIX e art. 1.º, *caput*, da Lei 12.016, de 07.08.2009 – mandado de segurança). Aí se encontra a referência ao mandado de segurança *repressivo* – sofrer lesão e ao *preventivo* – justo receio ou ameaça de sofrer lesão.

O mandado de segurança é criação brasileira, em virtude da limitação do uso do *habeas corpus* somente à lesão do direito de locomoção, ocorrida com a Emenda de 1926, que alterou a redação do § 22 do art. 72, da Constituição Federal de 1891. Recebeu consagração constitucional pela primeira vez no texto de 1934.

Além do mandado de segurança para proteger direito próprio, o ordenamento contempla o *mandado de segurança coletivo*, inserido pela Constituição Federal de 1988, art. 5.º, LXX; pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, em favor de direitos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, e por sindicato, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano em defesa dos direitos de seus membros ou associados. As especificidades do mandado de segurança coletivo serão objeto de item próprio (18.7.8.1)

c) *Legislação básica* – CF, art. 5.º, LXIX e LXX, e Lei 12.016, de 07.08.2009. Esta lei do mandado de segurança, editada em 2009, revogou a anterior Lei 1.533, de 31.12.1951, e outras correlatas, buscando modernizar e sistematizar os elementos fundamentais da matéria, aí incorporando alterações subsequentes à antiga lei e entendimentos jurisprudenciais advindos no período de vigência desta.

A Lei 12.016/2009, mantendo as linhas básicas da legislação anterior, traz inovações, dentre as quais se ressaltam as seguintes: a) disciplina do mandado de segurança coletivo, ainda que restrita, nos arts. 21 e 22; até então nenhum

preceito infraconstitucional tratava especificamente deste tipo de *writ*, salvo o art. 2.º da Lei 8.437/1992; b) em caso de urgência, a viabilidade da utilização de fax ou meios eletrônicos outros, de autenticidade comprovada, para impletação, notificação da autoridade e comunicação da sentença concessiva; c) imposição de se dar ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica em que se insere a autoridade coatora; d) faculdade de ser exigida, pelo magistrado, motivadamente, garantia prévia à concessão de liminar; e) extensão, à autoridade coatora, do direito de recorrer; f) disciplina dos recursos quanto à concessão, denegação e suspensão de liminar.

d) *Direito líquido e certo* – Consiste no direito que pode ser comprovado de plano, ou seja, no direito que pode ser reconhecido no momento da impletação, por provas então existentes; se a prova do direito estiver na dependência de momento ulterior, descabe o uso do mandado de segurança, podendo ser utilizado outro tipo de ação. Direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, não significa direito insuscetível de controvérsia, mas controvérsia baseada em dispositivo legal e/ou fatos retratados em documentos. Neste sentido se apresenta a Súmula 625 do STF: “Controvérsia em matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

e) *Ato de autoridade* – É a manifestação do poder público ou de particulares, quando estes exercem atribuições do poder público e no que disser respeito a estas atribuições. Além das autoridades da Administração direta, aí se incluem, nos termos da Lei 12.016/2009, art. 1.º, § 1.º, os atos de: e1) administradores de entidades autárquicas; e2) representantes ou órgãos de partido político; e3) dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Mencionando *pessoas jurídicas*, o § 1.º do art. 1.º abarca pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Abrange, ainda, pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração, por exemplo, concessionárias e permissionárias de serviço. Alcança, ainda, as chamadas autarquias corporativas, como OAB, CREA, CRM, estas no exercício de funções delegadas em matéria disciplinar e na fiscalização do exercício profissional. Mencionando as *pessoas naturais*, abrange quem exerce atribuições do poder público individualmente.

Equipara-se a ato a *omissão* da autoridade que tenha competência para editar o ato ou medida.

A jurisprudência tem equiparado a atos de autoridade os atos de dirigentes de estabelecimentos particulares de ensino (quanto à matrícula e realização de provas, sobretudo), embora não exerçam função delegada, mas atividade dependente de autorização. E também os atos oriundos de sindicatos (quanto

à cobrança de contribuição sindical) e de serviços sociais autônomos (por exemplo, SESI, SENAI, SESC).

Conforme a Lei 12.016, art. 1.º, § 2.º, não cabe mandado de segurança contra os *atos de gestão comercial* praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público. A propósito, deve-se lembrar que as entidades da Administração indireta dotadas de personalidade jurídica privada sujeitam-se a normas de licitações e contratos administrativos, não se enquadrando, tais aspectos, na rubrica de *gestão comercial*. Quanto às concessionárias e permissionárias de serviço público e demais pessoas jurídicas privadas no exercício de atribuições do poder público, devem atender às diretrizes regulatórias fixadas pela Administração para a execução dos encargos, descabendo vê-las como atos de gestão comercial.

O ordenamento admite *mandado de segurança contra ato jurisdicional* quando deste não caiba recurso ou só caiba recurso sem efeito suspensivo, desde que se demonstre a possibilidade de dano irreparável.

Insuscetível de mandado de segurança se apresenta a *lei em tese*, a lei em si, de caráter abstrato e genérico, que não produziu efeitos concretos, específicos. A Súmula 266 do STF diz o seguinte: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. A jurisprudência vem admitindo o mandado de segurança contra dois tipos de lei, pois acarretam efeitos concretos e/ou imediatos, sem a necessidade de intermediação de medida administrativa: *lei de efeito concreto* e *lei autoexecutória*, o que vale para outros tipos de atos normativos com idêntica eficácia.

A teor do art. 5.º da Lei 12.016/2009, não cabe mandado de segurança: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; a respeito, já se observou em outro item (18.7.3), não ser obrigatória a prévia interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo para, depois de sua tramitação, ajuizar o mandado de segurança, pois tal contraria a CF, art. 5.º, XXXV; o preceito significa o descabimento do mandado de segurança concomitante à tramitação deste tipo de recurso administrativo, pois, tendo efeito suspensivo, inexistente lesão de direito a justificar sua impetração; II – de decisão judicial da qual caiba efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado.

f) *Prazo* – O mandado de segurança deve ser interposto no prazo corrido de 120 (cento e vinte dias), a contar da ciência do ato que lesou direito líquido e certo. Na hipótese de mandado de segurança para sanar *ameaça de lesão a direito*, é possível o ajuizamento, independentemente de prazo.

No caso de interposição de *recurso administrativo sem efeito suspensivo*, o prazo continua a fluir, pois já ocorre lesão de direito. Se o *recurso administrativo tem efeito suspensivo*, o prazo corre a partir da sua decisão, se interposto, ou do esgotamento do prazo para recorrer na via administrativa.

Findo o prazo, caduca o direito de interpor o mandado de segurança, podendo ser ajuizada outra ação para reconhecimento do mesmo direito. No caso de mandado de segurança contra *omissão*, havendo prazo para a Administração tomar a medida, os 120 dias começam a correr após o término deste prazo; inexistindo prazo, enquanto houver a omissão pode-se impetrar o mandado, se a omissão estiver lesando direito.

g) *Foro competente* – A competência para julgar o mandado de segurança é estabelecida na Constituição Federal e nas leis de organização judiciária, conforme o nível da autoridade. Assim, por exemplo, o STF é competente para julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da República, das Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF; compete ao STJ julgar mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado e do próprio STJ; no Estado de São Paulo, ante sua Constituição, cabe ao Tribunal de Justiça julgar mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, ato da Presidência da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal, de alguns dos seus membros, dos Presidentes do Tribunal de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral da Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital.

Contra atos de autoridades federais, de regra, a competência é de juízes federais. No caso de autoridades estaduais e municipais, o julgamento de primeiro grau cabe às varas da Fazenda Pública; onde não houver, cabe às varas cíveis, de regra.

h) *Legitimação ativa* – Quem ingressa com mandado de segurança recebe o nome de *impetrante*. No mandado de segurança *individual*, o impetrante, em geral, é o próprio titular do direito lesado ou ameaçado, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, privada ou pública, órgão público ou universalidade legalmente reconhecida (p. ex.: massa falida e espólio). Quando o direito ameaçado ou lesado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança, a teor do art. 1.º, § 3.º, da referida Lei, repetindo preceito contido na lei anterior.

O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias quando notificado judicialmente, sem prejuízo do respeito ao prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da notificação (art. 3.º da Lei 12.016/2009 e parágrafo único, inovando quanto à fixação do prazo de 30 dias).

i) *Legitimação passiva* – O “réu” no mandado de segurança é denominado *impetrado*, *autoridade coatora* ou *coator*. Trata-se da autoridade responsável pelo ato ou omissão. De regra, é a autoridade competente para desfazer a medida ilegal ou abusiva. Nos termos da Lei 12.016/2009, art. 6.º, § 3.º, autoridade coatora é “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual

emane a ordem para a sua prática”. Na hipótese de omissão, é a autoridade competente para tomar a medida.

Inovando, a Lei 12.016/2009, art. 6.º, determinou que, além da autoridade coatora, a petição inicial indique “a pessoa jurídica que esta integra (...) ou da qual exerce atribuições”. Por sua vez, o art. 7.º, II, exige que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial dessa pessoa jurídica, enviando-lhe cópia da inicial, sem os documentos, para que ingresse no feito, se quiser.

Combinados os três dispositivos, verifica-se um *litisconsórcio passivo necessário* entre autoridade coatora e órgão ou pessoa jurídica que integra.

O nível federativo a que pertence a autoridade – federal, estadual, distrital, municipal – fixa-se pela identificação de qual Fazenda ou entidade a esta vinculada arcará com os efeitos patrimoniais da decisão; tratando-se de concessionárias, permissionárias, autorizadas etc, pela identificação do órgão ou ente que transferiu as atribuições.

Nos *órgãos colegiados*, a autoridade coatora situa-se no seu presidente ou coordenador.

j) *Ministério Público* – No mandado de segurança, o Ministério Público atua como *fiscal da lei*, emitindo parecer motivado, no sentido da concessão ou denegação do *mandamus*, sem vincular o juiz. O Ministério Público manifesta-se após a juntada das informações da autoridade coatora, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Conforme o art. 12, parágrafo único, da Lei 12.016/2009, com ou sem o parecer do *parquet*, os autos serão conclusos ao juiz; portanto, a ausência desta manifestação não representa nulidade, prosseguindo o feito.

k) *Liminar* – O impetrante pode pedir *liminar*. Se concedida, a liminar acarreta a suspensão provisória dos efeitos do ato impugnado; em caso de omissão, leva à edição de ato, em caráter provisório. Há dois requisitos para concessão da liminar: a possibilidade de que o direito caiba ao impetrante – fundamento relevante (*fumus boni juris*) e a possibilidade de dano irreparável – ineficácia do *writ*, se concedido (*periculum in mora*). A liminar não significa julgamento do mandado, nem antecipação da sentença final.

Ao despachar a inicial, o juiz decidirá pela concessão ou não da liminar. Faculta-se a este exigir do impetrante *caução*, *fiança* ou *depósito*, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (art. 7.º, III); evidente que se trata de *faculdade*, a ser adequadamente motivada, se posta em prática.

Os efeitos da liminar, salvo se revogada ou cassada, persistem até a prolação da sentença (art. 7.º, § 3.º).

Antes previstas em várias leis, as vedações de concessão de liminar se concentram agora no § 2.º do art. 7.º, nos casos de: a) compensação de créditos tributários; b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; c)

reclassificação ou equiparação de servidores públicos; d) concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza.

As vedações acima se estendem à tutela antecipada contra a Fazenda Pública, a que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (art. 7.º, § 5.º).

Será decretada a *caducidade da medida liminar*, de ofício ou a pedido do Ministério Público, se o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de três dias úteis, as diligências que lhe cabem (art. 8.º).

Os *recursos relativos à liminar*, antes ausentes da legislação e objeto de controvérsias, vêm explicitados na Lei 12.016/2009. Da decisão de 1.º grau, concessiva ou denegatória da liminar, cabe *agravo de instrumento*, observado o disposto no Código de Processo Civil (art. 7.º, § 1.º, da Lei 12.016/2009). No caso de competência originária dos tribunais, da decisão do relator cabe *agravo* ao órgão competente do tribunal que integra (art. 16 e parágrafo único).

A pedido de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, saúde, à segurança e economia públicas, o presidente do tribunal competente para conhecer o recurso, poderá *suspender a execução da liminar*; desta decisão cabe *agravo*, no prazo de 5 (cinco) dias, sendo levado a julgamento na sessão seguinte à interposição (art. 15). Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo, caberá *novo pedido de suspensão* ao presidente do tribunal competente para conhecer eventual recurso especial ou extraordinário (art. 15, § 1.º). As liminares cujo *objeto seja idêntico* poderão ser suspensas numa só decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante aditamento do pedido original (art. 15, § 5.º).

1) *Procedimento* – O mandado de segurança é ação de rito sumário especial, cujas normas processuais básicas estão contidas na Lei 12.016, de 07.08.2009.

11) A *petição inicial* deve atender às exigências do CPC, art. 282, e indicar a autoridade coatora e a pessoa jurídica ou órgão que integra; deve ser apresentada com cópia ou cópias do seu texto e de todos os documentos que a instruem, para fins de encaminhamento ao impetrado ou impetrados.

12) Ao deferir a inicial, o juiz decide a respeito da liminar, se for pedida. E determina o seguinte: que se notifique o coator, enviando-lhe a segunda via da petição inicial com as cópias dos documentos; a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial, sem documentos, para que ingresse no feito, se quiser (art. 7.º, I e II).

13) As *informações* devem ser assinadas pela autoridade coatora, podendo ser subscritas também por advogado ou procurador. Findo o prazo de 10 (dez)

dias, com ou sem as informações, será ouvido o representante do Ministério Público, opinando no prazo improrrogável de 10 (dez) dias; com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para a decisão, a ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias (art 12 e parágrafo único da Lei 12.016/2009).

14) A *decisão do magistrado* pode conceder (no todo ou em parte) ou denegar o mandado de segurança. A decisão concessiva reveste-se de *caráter mandamental*, ou seja, representa uma ordem para que a autoridade pratique, não pratique ou permita que se pratique um ato. Conforme o art. 26 da Lei 12.016/2009, constitui *crime de desobediência*, nos termos do art. 330 do Código Penal, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei 1.079, de 10.04.1950 – crime de responsabilidade.

15) Concedido o mandado, o magistrado determinará a transmissão, em ofício ou pelo correio (com aviso de recebimento), do inteiro teor da sentença ao coator e à pessoa jurídica interessada (art. 13 da Lei 12.016/2009). Em caso de *urgência*, poderá valer-se de telegrama, radiograma, fax ou demais meios eletrônicos, de autenticidade comprovada (art. 13, parágrafo único).

16) Quanto aos *recursos da decisão do mandado*, cabe *apelação voluntária* da decisão que apreciar o mérito, denegando ou concedendo, ou decretar a carência (falta de pressupostos e condições da ação). Concedida a segurança, a sentença estará sujeita ao *duplo grau de jurisdição*, ou seja, haverá *reexame necessário*, também chamado *recurso de ofício* (neste ponto, registra-se verdadeiro retrocesso, contrário ao ordenamento, às finalidades do *writ*, ao princípio da razoável duração do processo e sem justificativa alguma). Se a competência para julgar o mandado de segurança couber originariamente a um tribunal, do ato do relator que *indeferir a inicial* cabe *agravo* para o órgão competente do tribunal que integre (art. 10, § 1.º, da Lei 12.016/2009). Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais, cabe *recurso especial e extraordinário*, nos casos legalmente previstos, e *recurso ordinário*, quando a ordem for denegada. Conforme o art. 25 desta Lei, *não cabe* a interposição de *embargos infringentes* no processo de mandado de segurança; o preceito acolhe a Súmula 597 do STF.

Além do impetrante e do impetrado, apresenta-se como parte legítima para recorrer o terceiro prejudicado, ante o art. 499, *caput*, do Código de Processo Civil. A Lei 12.016, art. 14, § 2.º, estende à autoridade coatora o direito de recorrer, antes cabível somente à pessoa jurídica ou órgão que integrasse.

A *apelação* tem efeito devolutivo, o que possibilita a execução provisória da sentença, salvo nos casos em que for vedada a concessão de liminar e quando houver suspensão da execução, decidida pelo presidente do tribunal competente para conhecer do recurso; da suspensão, cabe *agravo*, sem efeito

suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, a ser levado a julgamento na sessão seguinte à interposição. (arts. 14, § 3.º, e 15).

No processo do mandado de segurança *não cabe o pagamento dos honorários advocatícios*, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé (art. 25). Quanto aos honorários advocatícios, o dispositivo afina-se à Súmula 512 do STF.

18.7.8.1 Mandado de segurança coletivo

A Constituição de 1988 incluiu, no ordenamento brasileiro, o *mandado de segurança coletivo*, pelo art. 5.º, LXX.

A Lei 12.016/2009 traz preceitos sobre aspectos do mandado de segurança coletivo, nos arts. 21 e 22. Até então nenhum texto infraconstitucional tratava especificamente deste tipo de *mandamus*, salvo o art. 2.º da Lei 8.437/1992.

Serão expostos, a seguir, os aspectos básicos caracterizadores do mandado de segurança coletivo; os demais seguem os mesmos preceitos do mandado de segurança individual, elencados acima.

a) *Legislação básica* – Constituição Federal, art. 5.º, LXIX e LXX, e Lei 12.016, de 07.08.2009, salientando-se nesta os arts. 21 e 22.

b) *Direito líquido e certo* – Embora a CF use, no art. 5.º, LXX, a expressão *defesa dos interesses* dos membros (caso de sindicato e associação) e a Lei 12.016/2009, no art. 21, *caput*, mencione *interesses legítimos* (no caso de partido político), predomina o entendimento de que também o mandado de segurança coletivo visa à proteção de *direitos líquidos e certos*. São direitos comprovados de plano, ou seja, que podem ser reconhecidos no momento da impetração, por provas então existentes; veja-se que o parágrafo único do art. 21 desta Lei refere-se a *direitos*. Além do mais, a expressão *interesses legítimos* destoa do ordenamento brasileiro e, mesmo em países que a adotam, vem recebendo acentuadas críticas.

Neste *writ* os direitos líquidos e certos se revestem da conotação *coletiva*, assim apontada no art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009: I – *coletivos* – os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – *individuais homogêneos* – os decorrentes de origem comum e da atividade ou da situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

c) *Legitimação ativa* – No mandado de segurança coletivo o impetrante pode ser:

c1) *Partido político com representação no Congresso Nacional*, na defesa dos seus direitos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária (Lei 12.016/2009, art. 21, *caput*). As controvérsias, neste ponto, dizem respeito, sobretudo, à *amplitude da legitimidade* dos partidos políticos. Tendo em vista

que a Constituição Federal indicou separadamente os partidos políticos (art. 5.º, LXX, *a*) em relação aos outros legitimados (art. 5.º, LXX, *b*) e que a Lei 12.016/2009 menciona a *finalidade partidária*, pode-se entender que os partidos políticos se legitimam a impetrar este mandado para defesa de qualquer direito coletivo, desde que alinhado à finalidade partidária, indicada no art. 1.º da Lei 9.096/1995 – lei orgânica dos partidos políticos: “assegurar a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição”. Mas, em matéria tributária, o STF decidiu que partido político não pode impetrar mandado de segurança coletivo contra aumento de tributo, pois tal configura direito individualizado.

c2) *Organização sindical, entidade de classe ou associação* legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes as suas finalidades, *dispensada, para tanto, autorização especial*.

Uma das inovações do texto situa-se na previsão explícita quanto à defesa de direitos de *parte dos membros*, como já fixara a Súmula 630 do STF: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas uma parte da respectiva categoria”.

Importante inovação encontra-se na *dispensa de autorização especial* para a impetração, dispensa antes consagrada na Súmula 629 do STF: “A impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. Portanto, não se aplica, neste meio específico, o inciso XXI do art. 5.º da CF.

d) *Liminar* – A Lei 12.016/2009, no art. 22, § 2.º, traz preceito que figurava no art. 2.º da Lei 8.437/1992, no sentido de só poder ser concedida liminar *após audiência do representante da pessoa jurídica de direito público*, devendo esta se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Esta exigência de contraditório se apresenta se estiver envolvida pessoa jurídica de direito público, tendo em vista o amplo alcance dos efeitos de uma decisão concessiva.

e) *Sentença* – Conforme o art. 22, *caput*, “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. A Lei 12.016/2009 silenciou a respeito do alcance geográfico da decisão, antes apontado na Lei 9.494/97, art. 2.º-A – competência territorial do órgão prolator. Tendo em vista ter incorporado preceitos de outras leis e não ter absorvido este, e levando em conta a tendência jurisprudencial de não exigir relação nominal dos substituídos, pode-se entender não mais persistir o referido art. 2.º-A da Lei 9.494/97 para o mandado de segurança coletivo.

f) *Mandado de segurança coletivo e ações individuais* – Nos termos do art. 22, § 1.º, da Lei 12.016/2009, “o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não

beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

18.7.9 Ação popular

a) *Noção* – É a garantia constitucional colocada à disposição de qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência (CF, art. 5.º, LXXIII). Visa à tutela de interesses de toda a população. As *omissões lesivas* também ensejam ação popular.

b) *Legislação* – CF, art. 5.º, LXXIII, e Lei 4.717, de 29.06.1965, que traz também preceitos processuais.

c) *Fins da ação popular* – *Preventivos*, ou seja, visa a impedir os efeitos lesivos, e *repressivos*, isto é, a ação poderá ser proposta depois da lesão, com o fim de anular o ato e também de responsabilizar patrimonialmente o causador do dano.

d) *Prazo* – Conforme o art. 21 da Lei 4.717/65, a ação popular prescreve em cinco anos.

e) *Legitimação ativa* – Quem ajuíza ação popular é denominado *autor* ou *autor popular*. A Constituição Federal atribui a legitimidade ativa ao cidadão, pessoa física de nacionalidade brasileira, no gozo dos direitos políticos, isto é, portador de título de eleitor. Assim, o menor, com idade entre 16 e 18 anos, a quem a Constituição Federal reconhece o direito político de votar, pode ser autor popular, patrocinado em juízo por advogado; a exigência de maioridade civil para postular em juízo não prevalece diante da previsão constitucional. Os estrangeiros, as pessoas jurídicas, as associações, os partidos políticos, as instituições estatais não podem figurar como autor popular.

f) *Legitimação passiva* – No polo passivo se incluem: as autoridades identificadas nominalmente que autorizaram, aprovaram, ratificaram ou praticaram o ato ou firmaram o contrato impugnados e os beneficiários diretos do ato ou contrato. A pessoa jurídica pública, a entidade da Administração, ou entidade privada que recebeu recursos públicos, em nome das quais foi praticado o ato, são citadas para a ação, podendo adotar uma das seguintes condutas: encampar o pedido do autor popular (figurando no polo ativo), contestar a ação (figurando no polo passivo) ou abster-se de manifestação.

g) *Ministério Público* – O Ministério Público atua de modo autônomo: emite parecer, quanto à procedência ou improcedência da ação popular. Na sua atuação de defensor dos interesses sociais, zela pela regularidade do processo, apressa a produção de provas e promove a responsabilidade civil e criminal dos culpados, se for o caso. Se o autor popular desistir da ação ou abandoná-la,

o Ministério Público poderá promover o prosseguimento da ação, se reputar de interesse público que esta chegue ao final.

h) *Foro competente* – É determinado segundo a origem do ato; por exemplo, se o ato foi praticado por autoridade federal, de qualquer nível, a competência é do juiz federal da seção judiciária em que se praticou o ato (art. 5.º, *caput*, da Lei 4.717/65).

i) *Liminar* – A Lei 4.717/65, no art. 5.º, § 4.º (acrescentado pela Lei 6.513/77), prevê a possibilidade de concessão de liminar, com o fim de suspender os efeitos do ato lesivo impugnado.

j) *Procedimento* – A ação popular observa rito ordinário, com modificações contidas na Lei 4.717/65: ao despachar a inicial, o juiz ordena a intimação do Ministério Público; o prazo de contestação é de vinte dias, prorrogável por mais vinte, a requerimento dos interessados; não havendo pedido de prova pericial ou testemunhal, o juiz dará vista sucessiva de dez dias ao autor e ao réu, para alegações. Se a sentença julgar procedente a ação popular, determinará o desfazimento do ato ou contrato, ou a abstenção de conduta lesiva, e condenará à reparação do dano os autores do ato e os beneficiários, se for o caso. Da sentença cabe apelação voluntária, se julgada procedente ou improcedente, com efeito suspensivo; quando julgada procedente, só podem apelar os réus atingidos pela decisão; o juiz é obrigado a *recorrer de ofício*, quando a sentença concluir pela improcedência ou carência da ação popular.

18.7.10 Ação civil pública

a) *Noção* – É o instrumento processual destinado a evitar ou reprimir danos aos interesses difusos ou transindividuais da sociedade, dentre os quais: meio ambiente; patrimônio cultural; patrimônio público e social; criança e adolescente; idoso; investidores no mercado de capitais; consumidores; portadores de deficiência física; infração da ordem econômica e da economia popular; infração da ordem urbanística; dignidade e honra de grupos raciais, étnicos ou religiosos. .

Não cabe ação civil pública em matéria de tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.347/85, acrescentado por medida provisória.

b) *Legislação* – CF, art. 129, III; Lei 7.347, de 24.07.1985, com alterações posteriores, inclusive em decorrência da Lei 9.494, de 10.09.1997; Lei 7.853, de 24.10.1989 (deficientes físicos); Lei 7.913, de 07.12.1989 (investidores no mercado de capitais); Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); MP 2.180-35/2001; Lei 10.741, de 01.10.2003 (Estatuto do Idoso).

c) *Objeto da ação* – Cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e/ou condenação em dinheiro. Poderá ser ajuizada uma cautelar precedendo a ação principal, com o fim de evitar o dano.

d) *Legitimação ativa* – É atribuída em sentido amplo ao Ministério Público, por força da CF, art. 129, III. É indicada na Lei 7.347, de 24.07.1985, com alterações posteriores, inclusive da Lei 11.448, de 15.01.2007, e em leis específicas. Conforme o art. 5.º da Lei 7.347/85, têm legitimidade para propor ação civil pública: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública (acréscimo decorrente da Lei 11.448/2007); III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – associação constituída legalmente há pelo menos um ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, o aspecto visado pela ação. Nos termos do art. 5.º, § 4.º, da Lei 7.347/85, o requisito da pré-constituição das associações poderá ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Se o Ministério Público ajuizar a ação, o poder público e as associações poderão habilitar-se como litisconsortes (art. 5.º, § 2.º).

A legitimidade ativa dos sindicatos para propor ação civil pública vem sendo admitida por alguns autores, mesmo sem menção explícita na Lei 7.347/85, ante sua natureza de associação civil; tais vozes ressaltam que sua legitimidade vincula-se à defesa de direitos coletivos da categoria (por exemplo, segurança do trabalho, meio ambiente do trabalho).

e) *Legitimação passiva* – Figura no polo passivo da ação quem causar o dano ou ameaçar causá-lo, nos âmbitos já mencionados, seja autoridade ou ente estatal, seja pessoa ou ente privado.

f) *Ministério Público* – Se não figurar no polo ativo, atuará como fiscal da lei (art. 5.º, § 1.º). Ao tomar ciência de ato lesivo ou potencialmente lesivo a interesses transindividuais, o Ministério Público poderá instaurar inquérito civil para apurar os fatos, daí decorrendo ou não o ajuizamento da ação civil pública. Além do mais, em caso de desistência infundada ou abandono por associação legitimada, assumirá a titularidade ativa, para que a ação prossiga (art. 5.º, § 3.º).

g) *Foro competente* – É o do local onde ocorreu ou possa ocorrer o dano. A Lei 10.628/2002 havia alterado a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, determinando, no § 2.º, *prerrogativa de foro* em razão de exercício de função pública, na ação civil pública por improbidade administrativa. No entanto, nas ADIn 2.797-2 e 2.860-0, por maioria, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei que acrescentou os §§ 1.º e 2.º ao referido art. 84.

Nos termos da Súmula 489, do STJ, editada em 2012, “reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual”.

h) *Procedimento* – A ação civil pública tem rito ordinário, com a particularidade de admitir *medida liminar*, quando pedida na inicial (art.12 da Lei 7.347/1985) ou ser ajuizada ação cautelar (art. 4.º, da mesma Lei). O juiz só poderá decidir pedido de liminar após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, se no polo passivo figurar autoridade ou ente estatal (Lei 8.437, de 30.06.1992, art. 2.º). Da liminar cabe *agravo do réu* e também *pedido de suspensão* ao presidente do tribunal competente para conhecer de possível recurso, pedido esse formulado pela pessoa jurídica pública interessada. A sentença, se procedente, condenará o réu a reparar o dano e/ou a fazer ou abster-se de fazer algo. De acordo com a Lei 9.494, de 10.09.1997, que deu nova redação ao art. 16 da Lei 7.347, de 24.07.1985, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

18.7.11 Habeas data

a) *Noção* – Segundo José Afonso da Silva, “o *habeas data* é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei” (*Curso de direito constitucional positivo*, 34. ed., 2011, p. 454).

b) *Legislação* – CF, art. 5.º, LXXII; Lei 8.078/90 (Código do Consumidor), art. 43, § 4.º; Lei 9.507, de 12.11.1997, que disciplina o acesso a informações e o rito processual do *habeas data*. O processo judicial do *habeas data* é gratuito, sendo previsto nos arts. 8.º a 20 da Lei 9.507/97.

c) *Objeto* – A impetração do *habeas data* visa a assegurar o conhecimento de informações relativas à *pessoa* do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e visa a possibilitar a retificação de dados. A Lei 9.507, de 12.11.1997, art. 7.º, III, previu ainda o *habeas data* para anotação, nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

A Lei 9.507/97 considera de *caráter público* todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária de informações (art. 1.º, parágrafo único).

A mesma lei disciplinou a tramitação do *pedido administrativo de acesso a informações* relativas ao próprio interessado, determinando sua gratuidade

(art. 21). O requerimento deve ser apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido em quarenta e oito horas; a decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas (art. 2.º e parágrafo único). No deferimento do pedido, serão marcados dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações (art. 3.º). Verificada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá solicitar a retificação. Mesmo não havendo inexatidão, o interessado poderá apresentar explicação ou contestação do mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, sendo tal explicação anotada no seu cadastro (art. 4.º e § 2.º).

d) *Legitimidade ativa* – Na lição de José Afonso da Silva (op. cit, p. 454), o direito de interpor *habeas data* é personalíssimo do titular dos dados, que pode ser brasileiro ou estrangeiro. Porém, decisão do antigo TFR (atual STJ) admitiu que herdeiros legítimos ou o cônjuge supérstite poderão impetrá-lo.

e) *Legitimidade passiva* – No polo passivo podem figurar entidades governamentais, aí incluídos órgãos e entidades da Administração direta e indireta de quaisquer níveis; ou entidades de caráter público, assim consideradas as entidades dotadas de bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres (cf. Lei 8.078/90, art. 43, § 4.º). A Lei 9.507/97 usa a expressão “órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados” (art. 2.º, *caput*).

f) *Foro competente* – A Constituição Federal, nos arts. 102, I, *d*, e II, *a*; 105, I, *b*; 108, I, *c*; 109, VIII, e 121, § 4.º, V, indica a competência de órgãos da Justiça Federal para processar e julgar o *habeas data*. Segundo o art. 20 da Lei 9.507/97, o julgamento do *habeas data* compete originariamente: a) ao STF, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República ou do próprio STF; b) ao STJ, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio STJ; c) aos Tribunais Regionais Federais, contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; e) a juiz estadual, nos demais casos. Em grau de recurso, a competência cabe: a) ao STF, de decisão denegatória proferida em única instância pelos Tribunais Superiores; b) ao STJ, de decisão proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais; c) aos Tribunais Regionais Federais, de decisão proferida por juiz federal; d) aos tribunais estaduais e do Distrito Federal, conforme dispuserem a Constituição estadual e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal. O julgamento em recurso extraordinário cabe ao STF, nos casos previstos na Constituição Federal.

g) *Procedimento* – A petição inicial, dotada dos requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias e os docu-

mentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda (art. 8.º, *caput*). A petição deverá ser instruída com prova: I – da recusa ao acesso às informações ou ausência de decisão por mais de dez dias; II – da recusa em fazer-se a retificação ou da ausência de decisão por mais de quinze dias; III – da recusa em fazer-se anotação de contestação ou explicação sobre o dado ou da ausência de decisão por mais de quinze dias (art. 8.º, parágrafo único).

Vê-se que, ao exigir tais provas, a Lei 9.507/97 condicionou a ação de *habeas data* ao *prévio uso da via administrativa*, porque só diante do indeferimento a pedido de acesso ao dado pessoal, a pedido de retificação ou diante da ausência de decisão ao pedido formulado, poderá ocorrer a lesão ou ameaça a direito. Note-se que o art. 5.º, XXXV, da CF, diz o seguinte: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se não houver pedido administrativo, como se caracterizará a lesão ou ameaça a direito? Nos termos da Súmula 2 do STJ: “Não cabe o *habeas data* se não houver recusa de informação por parte da autoridade administrativa”.

Ao despachar a inicial, o juiz ordenará a notificação do coator, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos. O coator tem o prazo de dez dias para oferecer as informações. Findo esse prazo, o Ministério Público será ouvido em cinco dias, seguindo-se a sentença do juiz, a ser proferida em cinco dias. Julgado procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator: I – apresente ao impetrante as informações; II – apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante. Da sentença que conceder, negar ou decidir pela carência do *habeas data* cabe apelação.

18.8 Bibliografia

- AMARAL FILHO, Marcos Jordão T. do. *O ombudsman e o controle da administração*. São Paulo: Edusp/Ícone, 1993.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. A exaustão da via administrativa como condição da ação. *RDA* 152, 1983.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. *RDA* 211, jan.-mar. 1998.
- BRAIBANT, G.; QUESTIAUX, N.; WIENER, C. *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens*. Paris: Cujas, 1973.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O contencioso administrativo na Emenda 7/77. O processo em sua unidade*. São Paulo: RT, 1978.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

- MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-89.
- _____. Prescrição e administração pública. *RT* 642, abr. 1989.
- _____. Recursos administrativos. *RT* 583, maio 1984.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SCHOENMAKER, Janaina, *Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.