

M. SEABRA FAGUNDES

O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS  
PELO PODER JUDICIÁRIO

Nº 1275

5.<sup>a</sup> edição  
revista e atualizada

FORENSE

75

Belo Horizonte 1904 1979 Rio de Janeiro

der Judiciário. As suas decisões, que são, em substância, atos administrativos,<sup>7</sup> caem sob a apreciação judicial, como quaisquer outros atos de Administração Pública.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> As suas decisões não se caracterizam como *sentenças* só por terem a denominação de *acórdãos*, emanarem de órgão coletivo, cujos membros têm o nome de *juizes*, e admitirem *embargos de nulidade ou infringentes, agravo e embargos declaratórios* (Lei n.º 2.180 — combinada com a Lei n.º 5.056 e o Dec.-lei n.º 25 — arts. 2.º, 3.º, 69, 73 e 105). Não de conceituar-se pelo seu conteúdo e pelas suas consequências jurídicas.

<sup>8</sup> O fato de a Lei n.º 2.180 (art. 18, com a redação que lhe deu a Lei n.º 5.056) atribuir a elas valor probatório específico e fazê-las suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário, apenas quando ajustáveis aos pressupostos do recurso extraordinário previsto na letra *a*, inciso III, do art. 101, da Carta Constitucional então vigente (textos aos quais correspondem, na Constituição de 1967, o art. 119, mesmos inciso e letra), não significa mais do que credenciar especialmente um meio de prova (cf. nota 1, anterior). Isso mesmo já assentou o Supremo Tribunal, acolhendo voto do Ministro OROZIMBO NONATO (agr. de instrumento n.º 11.094, *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, p. 153).

## QUINTA PARTE

71. Restrições postas à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. 72. O Poder Judiciário não aprecia o ato administrativo, quanto ao merecimento, mas apenas quanto à legalidade. 73. A sentença se restringe, via de regra, a negar efeito, em caso concreto, ao ato administrativo. 74. Os atos exclusivamente políticos e o controle do Judiciário. 75. A prisão disciplinar escapa ao controle jurisdicional.

71. Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, se põem restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente.

72. Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*.<sup>1</sup> Este é o limite do controle, quanto à extensão.

72. <sup>1</sup> Em tal sentido é a constante jurisprudência dos nossos tribunais. Entre outros são esclarecedores desse ponto de vista os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, nas apelações civis ns. 6.385 e 4.454. No primeiro, adotou-se o seguinte voto o ministro COSTA MANSO:

“Na apreciação dos atos do Poder Executivo, deve o juiz limitar-se a verificar a sua legalidade, não entrando no merecimento da decisão impugnada judicialmente” (*Arquivo Judiciário*, vol. 43, p. 451).

No segundo, foi aceito o voto do ministro CARVALHO MOURÃO, no sentido de que “no exame dos atos administrativos, o Judiciário se limita a considerá-los sob o estrito ponto de vista de sua *legalidade*, não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça” (*Arquivo Judiciário*, vol. 41, p. 301).

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato — que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo — constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários.

Onde se trate de competência vinculada, sendo a atividade do administrador adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão-somente constatar, e devendo ter o procedimento administrativo por objeto de uma certa e determinada medida, expressamente prevista pela lei, não há cogitar do mérito como um dos fatores integrantes do ato administrativo. Este se apresenta simplificado pela ausência de tal fator.

E, além de só pertinente aos atos praticados no exercício de competência discricionária, não constitui o mérito um fator essencial, nem autônomo na integração do ato administrativo. Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação da vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relaciona-se com eles. É um aspecto que lhes diz respeito. É uma maneira de considerá-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário deste.

Afigurar-se-á, estranho, talvez, que o mérito, como elemento integrante do ato administrativo, só exista no ato discricionário. Tanto mais quanto, se se analisa o procedimento administrativo concretizado afinal em um ato vinculado, não é possível abstrair, tendo em vista a situação individual por ele atingida e o interesse da Administração Pública, de considerações atinentes à sua justiça, oportunidade, razoabilidade etc. O ato administrativo decorrente do exercício de competência estrita também se pode mostrar, do mesmo modo que o emanado do exercício de competência livre, justo ou injusto, oportuno ou inoportuno, razoável ou desarrazoado, útil ou pernicioso, bom ou mau.

Na promoção por antigüidade ato vinculado típico, considerando-se a pessoa do agente e o serviço no qual serve, se podem descobrir inconvenientes ou vantagens. Embora obrigada a Administração a praticar o ato, nem por isto ele deixa de ter aspectos alheios à estrita legalidade.

Explica-se, não obstante isso, que o mérito seja elemento integrante apenas dos atos administrativos discricionários.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência.<sup>3</sup> Envolvem eles *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele.<sup>4</sup> O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes”.<sup>5</sup> Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo,<sup>6</sup> estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional.<sup>7</sup>

É que, quando a Administração exerce competência estrita, ou seja quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada (SEABRA FAGUNDES, *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, p. 6-7).

<sup>3</sup> PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 156-157; LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. II, p. 80-81; ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. III, segunda parte, p. 55-56; TREVES, *La Presunzione di Legittimità degli Atti Amministrativi*, 1936, p. 11; FÉZAS VITAL, *Garantias Jurisdicionais da Legalidade na Administração Pública*, 1938, p. 124.

<sup>4</sup> RANELLETTI, op. cit., p. 337, n.º 238.

<sup>5</sup> RANELLETTI, op. cit., p. 337, n.º 238.

<sup>6</sup> O mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-lo nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso transpostos (controle *a posteriori*) (SEABRA FAGUNDES, *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, p. 2).

<sup>7</sup> SALEMI, op. cit., vol. I, p. 128, n.º 38, depois de fixar a regra da inapreciação do mérito pelo Poder Judiciário, admite uma exceção:

A análise da legalidade (*legitimidade*, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico.<sup>8</sup> Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo,<sup>9</sup> ao objeto, à finali-

*"Il giudice che volesse fare delle valutazioni discrezionali, di natura politica o tecnica, riservate al giudizio esclusivo dell'amministrazione, enterebbe nel merito dell'atto e si arrogerebbe illegittimamente un nuovo potere. Lo stesso, invece, non potrà dirsi, se la discrezione implichil l'apprezzamento di fatti o requisiti, volutabili liberamente da parte di qualsiasi organo o soggetto. La valutazione del giudice è allora legittima ed anche doverosa".*

<sup>8</sup> SALEMI, op. cit., vol. I, p. 127, n.º 38; RANELLETTI, op. cit., p. 35, n.º 26.

<sup>9</sup> Segundo os arts. 100 e 105, n.º II, da Constituição federal, os funcionários públicos nomeados em caráter efetivo e após prestação de concurso público, desde que perfaçam dois anos de exercício somente podem ser demitidos mediante processo administrativo.

Conquanto a demissão se processe no âmbito interno da Administração Pública, que apura a falta e aplica a penalidade, uma vez levado o ato ao conhecimento do Poder Judiciário, os tribunais entram no exame do inquerito, fundamento da medida, quer para constatar se foi feito como manda a lei quer para aferir a conformidade do ato com o que se apurou no processo. A primeira questão é manifestamente de *legalidade*, a segunda, entretanto, poderá parecer de *mérito*. Mas não o é. O Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável ou não, mas se a lei o especifica. Não inquire se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal, capaz de autorizar a demissão.

A propósito dessa nossa afirmativa, de que, ao examinar a *motivação* do ato, para dizer da sua validez, o juiz o aprecia sob o prisma da *legalidade* e não do *merecimento*, VÍTOR NUNES LEAL, cuja opinião, em fundo, coincide com a nossa, objetiva que, "peço menos em face do nosso direito legislado", a "apuração do motivo, pelo estudo das provas, é exame do mérito" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 84). Aceitando a conclusão, opõe, no entanto, objeções aos fundamentos em que assenta.

Não nos parece lhe assista razão.

O cerne da sua argumentação está em dois incisos do art. 13, § 9.º, da Lei n.º 221, de 1894:

"a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas, em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do Direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o *merecimento* dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua *conveniência ou oportunidade*".

"b) A medida administrativa, tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso de poder".

E abona-a com voto do ministro CASTRO NUNES, no Supremo Tribunal: "a apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a *conveniência* ou *oportunidade* da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na *ilegalidade*, por indevida aplicação do direito vigente" (embs. na ap. civil n.º 7.307).

Mas esses textos da Lei n.º 221 foram derogados pelo Código de Processo Civil, não passando de subsídio histórico à compreensão e conceituação do contencioso administrativo. Se assim é, não há por que nos atermos, estritamente, às suas normas, quando superadas pela evolução doutrinária do Direito Administrativo. Isto é claro, sem desconhecer que esse estatuto, adiantadíssimo para o seu tempo, representou notável contribuição do Poder Legislativo à proteção dos direitos subjetivos públicos do indivíduo, com patentes reflexos, ainda hoje, na evolução do sistema brasileiro de controle jurisdicional da Administração Pública. Pode-se mesmo dizer que a poucos homens, como aos seus inspiradores e autores, devem as instituições republicanas serviço mais meritório e deve a coletividade tributo maior de reconhecimento.

Vejam os princípios assentes na Lei n.º 221 se mostram menos aceitáveis e ultrapassados pela doutrina.

O art. 13, § 9.º, considerou, sob dois aspectos, os poderes do juiz e o alcance da sentença quando em jogo ato da Administração.

Na letra *a*, dispôs, tendo em vista os atos administrativos em geral, que o juiz deveria abster-se de "*apreciar o merecimento dos atos administrativos sob o ponto de vista da sua conveniência ou oportunidade*"; na letra *b*, do mesmo parágrafo, tendo em atenção apenas os atos administrativos discricionários, estabeleceu que eles só seriam havidos por ilegais "*em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder*".

Examinadas essas disposições, se constata facilmente a sua imprecisão técnica, à luz dos princípios que regem, hoje em dia, o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública. No que concerne aos atos administrativos praticados em virtude de competência estrita (caso da letra *a* por oposição ao da letra *b*), é ponto assente que incidem na apreciação do Poder Judiciário sob todos os seus aspectos (*motivo, manifestação da vontade, forma, objeto, finalidade*), pois que todos eles vêm regulados na lei de modo a excluir o arbítrio e discricção da parte da autoridade executiva (ROGER BONNARD, *Droit Adm.*, p. 63 a 65). Qualquer restrição ao seu exame pelo Judiciário, como a referente à *oportunidade* ou à *conveniência*, importa lhes atribuir uma parcial imunidade em detrimento do princípio basilar do controle jurisdicional, que está na verificação da *legalidade* em sentido lato. Os elementos *conveniência* e *oportunidade* são alinentes aos motivos do ato, e, como tais, não ficam livres a juízo do

agente administrativo. Estão previamente assentados pelo legislador ao regular a prática do ato vinculando-a a determinadas regras.

Só em se tratando de competência discricionária é que os motivos do ato (*oportunidade, conveniência* etc.) ficam à livre apreciação da autoridade administrativa e escapam, por isto mesmo, ao controle do Poder Judiciário. Ressalta, assim, a imprecisão do texto referido: abrange os atos praticados em virtude de competência vinculada, com uma restrição que só seria cabível em se tratando de atos discricionários. Ao mesmo tempo, cogitando dos atos praticados no exercício de competência discricionária (letra b), o legislador vedou o seu exame sob todos os aspectos, que não respeitassem à incompetência ou ao excesso de poder. Ainda aqui merece reparos o texto. Na prática de tais atos, a Administração só é juridicamente livre em relação aos *motivos (conveniência, oportunidade* etc.) e ao *objeto* (MAURICE HAURIU, op. cit., p. 347; ORESTE RANELLETTI, op. cit., p. 89; RAFAEL BIELSA, *Las Garantias Jurisdiccionales de los Administrados y de los Contribuyentes*, p. 37 e 38). Nem sempre, note-se ainda, é discricionária quanto a ambos esses elementos; às vezes o é apenas em relação a um deles. De parte isto, o ato discricionário há-de conformar-se, rigorosamente, às determinações da lei sobre competência, forma e finalidade. Qualquer isenção mais extensa, que se lhe conceda, constitui desvirtuamento do critério, que preside à instituição da competência discricionária: permitir mobilidade e oportunismo às atividades administrativas em atenção aos seus atos designios, sem prejuízo do regime de legalidade fundamental no Estado jurídico. É patente que em nada se favorece a ação administrativa, em se lhe permitindo que tome forma arbitrária e fora das prescrições legais. Ora, o inciso ao qual nos reportamos excluiu o controle jurisdicional pelo menos no que respeita à forma do ato discricionário, e isto constitui senão evidente (cf. SEABRA FAGUNDES, *Subsiste a ação especial de nulidade dos atos administrativos?*, *Direito*, vol. 19, p. 69-71).

Bastaria que a lei tivesse, em termos gerais, vedado a apreciação judiciária do *merecimento* do ato administrativo, sem mais acréscimo. Estaria dito tudo. O juiz não analisaria a *vantagem* ou *desvantagem* do procedimento da Administração; cingir-se-ia ao exame da legalidade, mas, neste ponto, analisaria o ato, vinculado ou não, sem restrição alguma. Desde que ela assim confunde os atos vinculados com os discricionários, pretendendo, quanto àqueles, subtrair ao conhecimento do Judiciário os elementos *conveniência* e *oportunidade* (quando só de atos discricionários se tratando cabe a limitação), e, quanto aos discricionários, omitindo qualquer referência sobre seu exame, no que se relaciona com a forma, não há por que nos prendermos ao seu teor.

Mas, ainda que a ele nos ativésemos, o que está dito no inciso da letra a ("A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstenendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista da sua conveniência ou oportunidade"), não é que o mérito abranja necessariamente os *motivos* do ato, senão que há aspectos do merecimento não imunes à análise do juiz. Sim, porque excluir o exame do mérito, *sob o ponto de vista da conveniência ou oportunidade*, não é dizer,

mais nem menos que outros aspectos existem, *de meritis*, suscetíveis de apreciação. Não importa em definir o que se deva entender pelo mérito.

Nem a expressão da primeira parte desse mesmo inciso, alusiva à *indevida aplicação do Direito vigente* como causa da ilegalidade do ato nos parece autorizar a dedução a que se chega, no voto já citado do ministro CASTRO NUNES, de que "uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento" se insere no mérito. A *indevida aplicação do Direito*, que se há de considerar por contraposição à *não-aplicação*, compreende todos os casos em que o administrador, mal interpretando os preceitos normativos, à sua execução confiados, viole a lei por ato positivo, casos, portanto, como, no próprio texto legislativo se deixou expresso, de *ilegalidade*.

E aqui cabe contrapor a noção de legalidade ou legitimidade à de merecimento.

Os conceitos de legitimidade e de mérito se repelem. Aquele diz com a aplicação da lei. Se na prática do ato administrativo esta é aplicada com adequação à situação de que nele se cogita, o ato administrativo se diz legal ou legítimo. Quando, ao invés disso, o administrador omite a sua aplicação, ou a aplica erroneamente, diz-se que ocorre ilegalidade ou ilegitimidade. O Poder Judiciário é então chamado a intervir no seu papel de órgão de controle da fidelidade à lei por parte da Administração. O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios da boa gestão, à obtenção dos designios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal (ANTÔNIO AMORTH, op. cit., p. 2, 3, 18 e 25; LORENZO MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 77; GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. II, p. 255).

Envolve a margem flutuante de discricção, maior ou menor, que se deixa ao administrador nos atos confiados à competência livre. Daí dizer GIUSEPINO TREVES que ele "é determinado por normas não-jurídicas" (*La Presunzione de Legittimità degli Atti Amministrativi*, p. 11). O seu exame, implicando, como se disse, numa valorização comparativa, dá ensejo à revogação ou ratificação, operações tipicamente administrativas e dessarte, somente à Administração cometidas. Por isso é que RANELLETTI, na *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, adverte que o controle jurisdicional do merecimento só deverá ser admitido nos casos pela lei expressamente estabelecidos (p. 104, nota 134), e ZANOBINI diz que dele só se pode falar a propósito dos atos discricionários, pois somente estes envolvem aspectos de conveniência e equidade (op. e vol. cit., p. 254). E nos países que, ao lado da jurisdição ordinária, conhecem a jurisdição administrativa, é precisamente na oposição dos conceitos de *legitimidade* e *mérito* que as duas jurisdições vão encontrar o divisor das suas competências (ZANOBINI, op. e vol. cit., p. 137, 138, 143, 195, 198 e 199).

Arrematando, após estas considerações, e tornando ao ponto inicial delas, afigura-se-nos possível reafirmar que o exame dos motivos do ato administrativo é matéria de legalidade. Se um dos elementos essencialmente integrantes do ato (vinculado) é o motivo, se sem ele esse não existe, o constatar a falta de razão prevista em lei, como imprescindível à prática do ato significa reconhecer a sua desconformidade com a norma legal, ou seja, a carência nele de um dos elementos que a lei supõe devam integrá-lo. No exemplo figurado de demissão de funcionário público, não dirá a sentença que o ato foi bom ou foi mau, que os motivos foram justos ou injustos (o que seria apreciar ao ângulo do merecimento), mas que houve ou não houve motivo.

Na ap. civil n.º 6.845, julgada em 16 de maio de 1938, decidiu o Supremo Tribunal que o Judiciário, quando chamado a dizer sobre a demissão de funcionário com direito à estabilidade, não pode examinar o valor intrínseco do inquérito administrativo que lhe serviu de base; há de indagar, apenas, se foi procedido na forma legal.

São do voto vencedor do ministro COSTA MANSO as seguintes palavras:

“A função dos tribunais judiciários é assegurar a aplicação da lei. Não lhes compete examinar, sob o aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos, para declará-los oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, justos ou injustos, conformes a princípios científicos ou deles divorciados...”

E adiante:

“Desde, porém, que a autoridade seja competente, que a demissão tenha uma causa das previstas em lei, e que hajam sido observadas as formalidades legais, o ato poderá ser *injusto*, mas não é *nulo*” (*Revista Forense*, vol. 78, p. 495).

Já assim decidira, em acórdão de 6 de junho de 1929 (ap. civil n.º 5.535), relatado pelo ministro F. WHITAKER FILHO, onde se lê:

“A demissão do autor não foi arbitrada. Precedeu-a o processo administrativo necessário. Não há provas de ter esse processo sido feito por autoridade incompetente com prejuízo do direito de defesa e preterição de formalidades essenciais. A lei, portanto, foi observada” (*Arquivo Judiciário*, vol. 15, p. 271).

E assim decidiria ainda, em aresto de 10 de julho de 1942, sobre voto do ministro LINHARES, no qual se declara que, apurada “falta administrativa em processo regular, contra o qual nada se arguiu, não cabe ao Poder Judiciário examinar a prova nele produzida para saber se a pena de demissão foi exagerada ou não” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 92).

Tal critério, dominante ao tempo da 1.ª edição deste livro, como então se fez ressaltar, vem sendo abandonado. Nem era de esperar que perdurasse, assentando, como assenta, numa concepção rigidíssima e inadmissível do papel desempenhado pelo Judiciário no controle do Poder Executivo. Com efeito. Restringir tão rigorosamente o alcance da apreciação

jurisdicional é torná-la praticamente, ineficaz, deixando o direito do funcionário à mercê das mais violentas lesões por parte da Administração Pública. O processo administrativo, em que a própria Constituição federal, Emenda n.º 1 (art. 105, II), viu um elemento de garantia para o funcionário, não passará, então, de inútil formalidade, nada adiantando à sua segurança.

A reação no sentido do exame jurisdicional do valor intrínseco do inquérito, a princípio isolada em votos vencidos dos ministros RODRIGO OTÁVIO, SORIANO DE SOUSA, MUNIZ BARRETO e LAUDO DE CAMARGO, acentua-se recentemente, até se tornar vencedora.

Quando julgada a apelação n.º 5.535, o ministro RODRIGO OTÁVIO impugnou o ponto de vista da maioria invocando, para autorizar a plenitude do controle jurisdicional, a abolição do chamado contencioso administrativo.

“Não basta, porém, para a exoneração, que se instaure tal processo; é essencial que nele se apurem faltas que justifiquem o ato.

Não tenho dúvida que o Supremo Tribunal, que tem competência para conhecer da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos do Poder Executivo, possa conhecer da legalidade de um ato que exonera um funcionário mediante processo administrativo. A abolição do contencioso administrativo outorgou ao Judiciário plena competência desse terceiro” (*Arquivo Judiciário*, vol. 15, p. 272).

Na mesma oportunidade, o ministro MUNIZ BARRETO opõe convincente argumentação à opinião da maioria:

“Da só circunstância de ter precedido processo administrativo à exoneração do autor, não é de concluir pela intangibilidade do ato demissório. O legislador quer que haja *fundamento* para a dispensa do funcionário, devendo assentar em provas convincentes o fato produtor da rescisão do contrato especial contraído entre o Estado e o seu servidor. A muito pouco ficaria circunscrita a ação corretiva e reparadora da Justiça, em semelhante assunto, se, contra a certeza apurada, judicialmente, devesse prevalecer um ato administrativo violador de direito individual e contraditório dessa certeza, *só porque se observou, em sua parte formal, o meio sem o qual à autoridade pública é vedado retirar do emprego o funcionário*. Declarações falhas de testemunhas, exames negativos e outros elementos análogos a estes, unicamente porque se incorporaram a um processo administrativo, dando-lhes corpo, não bastam para, numa democracia, legitimar a exoneração de um servidor não demissível *ad nutum*” (*Arquivo Judiciário*, vol. 15, p. 273-274).

Já, mais recentemente, vencido na ap. civil n.º 6.845, a que já nos referimos, dizia o ministro LAUDO DE CAMARGO, no seu conciso estilo:

“Alega-se que o ato foi legítimo e legal, porque foi precedido do processo administrativo. Mas, que importa essa precedência, se o processo não justificava a medida? A lei, quando exige a feitura prévia de um processo administrativo para autorizar a demissão, por certo exigiu igualmente que as provas dele resultantes fossem contra o funcionário. Do

contrário, seria o regime do arbitrio, coisa que nunca teria passado pelo espírito de quem legislou.”

E ainda:

“Não é isenta de censura a proposição de que o juiz só tem a ver com a existência ou não do processo administrativo, sendo-lhe defeso perquirindo que vai por seu merecimento. Não é assim. O preceito de lei não pode ser de tal modo sacrificado. Seria frustrar a ação do Judiciário. Cada poder tem vida autônoma, age com independência e se move em esfera própria. Mas se o Executivo pratica um ato, que é dado como irregular, ao interessado cabe recorrer à Justiça e pedir a esta que o aprecie. Na apreciação, o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinaram. Se houve processo e, pelas provas dadas, nada se concluir contra o acusado e, não obstante isso, veio ele a padecer demissão, poderá assim dar a esta como legítima, só pelo fato de deparar com um processo? Melhor fora que o ato demissionário não ficasse dependente de processo algum, se só pelo exterior fosse o ato julgado, contrariando o que ele contivesse. O Judiciário é chamado para dizer se há ou não algo ilícito, capaz de originar reparação. Como saber se o ato foi não lícito, sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos? (*Revista Forense*, vol. 76, p. 494).

Num julgado posterior (16 de junho de 1940), o ministro OTÁVIO KELLY insistia na redação do exame da prova coligida pelo Judiciário:

“Nesse julgamento, não está a autoridade adstrita senão à observância das fórmulas ordinárias da produção da prova e dos intuitos de respeito à defesa, sendo livre a apreciação do alcance daquela no tocante ao valor, que possam inspirar os depoimentos, declarações, documentos e perícias que a comissão de inquérito haja determinado. Tenho sustentado que, guardadas as fórmulas legais, os inquéritos para este efeito, fazem prova, e, desde que esta exista, seja embora fraca, não se pode arrogar de ilegal a decisão que nela se fundar. Somente reputo inoperante tal investigação para autorizar a demissão, se absolutamente dela não decorre o menor elemento ou indício sequer de culpa do acusado, porque admiti-la com essa falha importaria em anular o preceito da lei, que condiciona a demissão à comprovação de uma falta de tal natureza.”

Opunha-se-lhe o ministro WASHINGTON DE OLIVEIRA:

“O Poder Judiciário pode anular o ato administrativo, quando com inobservância da lei; preterindo, por exemplo, o inquérito administrativo, nos casos em que a lei o exige ou fazendo-o, com preterição das garantias da defesa, ou mesmo nele se baseando, quando os elementos de prova nele existentes não autorizam absolutamente o ato.

O processo administrativo que a lei exige, como garantia de direitos, não pode ser encarado como mera formalidade para velar o ato ilícito” (*Revista Forense*, vol. 87, p. 114-115).

Finalmente, em grau de embargos e em decisão mais recente (19 de dezembro de 1944), o mais alto pretório do país, tendo como precedentes

embargos opostos ao acórdão de 10 de junho de 1942, prolatado sobre voto do ministro LINHARES e já aqui referido, acertou que o processo administrativo, em seu conteúdo, incide na apreciação judicial. Em voto vencedor, teve ensejo de dizer o ministro OROZIMBO NONATO:

“O Poder Administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em *ultima ratio*, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Judiciário.

Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário — este ponto é pacífico e tranqüilo, não oferece qualquer contestação — e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastrear-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 69-90).

Há também um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (29 de março de 1944), relatado pelo eminente desembargador ERASTO CORREIA, amparando o critério da plena apreciação judicial (*Revista de Direito Administrativo*, vol. I, p. 193-204).

Admitido o reexame da prova coligida na instância administrativa, cumpre atentar, porém, no alcance e na intensidade com que se poderá e deverá fazê-lo. Permiti-lo integral, absoluto, de tudo quanto se apurou no inquérito, será desprezar por imprestável formalidade que a própria Constituição teve como relevante. Será esquecer a hierarquia de situações e de instrumentos de constatação de ilícitos que ela mesma instituiu: estabilidade e vitaliciedade, demissão dependente de inquérito administrativo e de sentença judiciária (art. 105).

Nem a apreciação ilimitada, que reduziria a apuração da falta em via administrativa a uma formalidade quase inócua, nem a redução do papel do juiz, como quer o eminente GONÇALVES DE OLIVEIRA, à constatação da existência material do processo, do cumprimento de formalidades regulamentares, de ser competente a autoridade, de ter sido ouvido o funcionário, de se lhe ter assegurado ampla defesa (*O exame pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos de demissão de funcionários públicos*, *Revista de Direito Administrativo*, vol. I, p. 200).

A razão nos parece estar com o ponto de vista que, sem menosprezar o inquérito como meio de prova e até lhe atribuindo valor especial pelas condições de tempo e lugar em que é feito, aquiesce no exame da sua formalização extrínseca (citação, prazo de defesa etc.) e intrínseca (efetivação de defesa, que não deve ser facilitada apenas nominalmente, idoneidade das testemunhas, coerência entre o apurado e o decidido etc.).

Não é senão isso que sustentam os ministros FILADELFO AZEVEDO, CASTRO NUNES e VALDEMAR FALCÃO, ao preconizar cautelas na ponderação da prova.

O primeiro, restringindo os pontos e conseqüências da análise judiciária:

“A meu ver, impõe-se toda cautela, no exame desses processos, para se apurar se, de fato, há motivos ou ponderações que levam a acreditar

dade<sup>10</sup> e à forma.

73. O controle jurisdicional se torna oportuno quando os efeitos do ato administrativo incidem sobre o administrado (excepcionalmente, quando esteja na iminência de incidir) e tem como resultado obstá-los, uma vez reconhecida a ilegalidade.<sup>1</sup>

O Poder Judiciário, chamado a atuar no processo de realização do direito, para remover anormalidade nele surgida, circunscreve o âmbito da sua atuação ao caso sobre o qual tenha sido provocado.<sup>2</sup> Extinguindo-se a situação anormal com o seu pro-

na existência de perseguições, desvios, ou abusos de poder, pois, somente nessas hipóteses, não cometeríamos usurpação de atribuições proferindo decisões de caráter disciplinar em face de prova" (voto nos embargos n.º 7.307, *Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 84).

O segundo e o terceiro, emprestando à prova do inquérito valor específico: "a função do Judiciário, no terreno dos fatos, deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato da administração" (*id.*, p. 78). "Nesse exame, que não pode deixar de ser permitido e autorizado ao Poder Judiciário, há de se pender sempre para a prova colhida no inquérito administrativo, toda vez que a prova judicial não for de todo concludente, inequívoca, flagrante, no sentido da precariedade das provas colhidas no sobredito inquérito administrativo" (*id.*, p. 88).

<sup>10</sup> A finalidade do ato é examinada como aspecto da legalidade, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto na lei. Indaga-se da finalidade para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o fim desejado pelo texto legal. A desvirtuação de finalidade (*détournement de pouvoir* do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui o exame da legalidade quase chega ao mérito. Há, porém, um sutil limite que se não deve esquecer. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o melhor. Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de legitimidade. Só haveria exame do mérito se se quisesse discutir o acerto do ato pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas (RANELLETTI, op. cit., p. 338, n.º 239).

73. <sup>1</sup> RANELLETTI, op. cit., p. 336, n.º 237.

<sup>2</sup> SALEMI, op. cit., vol. I, p. 126, n.º 38.

O juiz, observa RANELLETTI, deve pronunciar-se apenas acerca da lesão do direito trazida ao seu conhecimento como consequência do ato:

"Non può conoscere dell'atto in sé in tutta a sua portata, e dei suoi effetti al di là e fuori dei limiti della questione a lui proposta" (op. cit., p. 339, n.º 240).

Só conhece do ato no que e enquanto preciso a dizer sobre a lesão:

nunciamento, cessa, por isso mesmo, a razão de ser da sua interferência.<sup>3</sup>

Quando o ato administrativo impugnado atinge apenas a quem é parte na ação, a sentença que constate o conflito entre ele e a Constituição ou alguma lei pronuncia-lhe a nulidade.<sup>4</sup>

"La sua sentenza, perciò, non può contenere una dichiarazione generale della illegittimità dell'atto amministrativo e con efficacia per persone che non forono parti nel giudizio" (*id.*, p. 339, n.º 240).

<sup>3</sup> Ao início da adoção do controle jurisdicional entre nós, com a primeira Constituição Republicana, entendeu-se cautelosamente, tendo em vista o princípio da separação dos poderes e sob a inspiração de doutrina alienígena, que ao constatar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de um ato administrativo, o Poder Judiciário não o declarava nulo, senão apenas o declarava inaplicável.

RUI BARBOSA, desbravador nesse campo, como em tantos outros, ante a necessidade de superar a timidez de juizes e tribunais, assim urdiu a teoria do controle judiciário:

"Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo, mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito estorquido, a cada litigante que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir e deferir" (op. cit., vol. IV, p. 160).

Visava principalmente à declaração de inconstitucionalidade das leis, mas como se verifica do trecho transcrito, também se reportava a "atos do Executivo".

Fixando-se o Poder Judiciário, com o tempo, e não muito, através de julgados do Supremo Tribunal, na certeza da sua jurisdição de controle sobre os demais poderes, evoluiu-se para a declaração inequívoca de nulidade (e não apenas de inaplicabilidade em espécie) dos atos administrativos ilegítimos submetidos à sua apreciação. A Lei n.º 221, de 1894, ao instituir ação, que denominou de *ação sumária especial de nulidade dos atos administrativos*, exprimiu a encampação pelo direito positivo dessa posição. Já não havia que declarar, por sentença, inaplicáveis os atos Inconstitucionais ou ilegais da Administração, e sim de dizê-los nulos.

<sup>4</sup> Em se tratando de sentença, que tenha por nulo ato de demissão de funcionário público, as consequências são mais amplas. Não se nega apenas efeito ao ato no que concerne ao autor, para lhe assegurar proventos e demais vantagens do cargo. Invalida-se a medida administrativa, totalmente, alcançando-se até as consequências que dela hajam nascido para terceiros. Assim, o funcionário, que tenha sido nomeado para a vaga resultante da demissão, ficará destituído de plano e o que, em virtude da



Se se trata de ato administrativo geral, ainda que julgado ilegal mediante provocação de alguém, por ele prejudicado, subsiste nos seus demais efeitos, atingindo as situações jurídicas, a respeito das quais não se invocou o pronunciamento do Poder Judiciário.

Mesmo em se tratando de ato administrativo especial, isso se pode dar algumas vezes. O ato pode ser especial por sua natureza, mas referir-se a vários indivíduos conjuntamente, e, neste caso, a ação proposta por um só dos atingidos somente a ele aproveitará. Tomemos, por exemplo, o ato especial que exonera, simultaneamente, diversos funcionários envolvidos num só processo administrativo. Julgado ilegal o ato, mediante provocação de um dos funcionários exonerados, cessará de produzir efeito apenas relativamente a ele, subsistindo nos seus efeitos em relação aos demais, que não foram a juízo.

Destarte, nos casos dos atos administrativos gerais, como nos de atos especiais alcançando várias pessoas, concilia-se o amparo ao administrado com a independência da Administração Pública. O Poder Judiciário declara o ato inaplicável àquele que foi a juízo, mas o deixa subsistente no que diz com os demais destinatários da atividade administrativa ilegítima.

74. As Constituições de 1934<sup>1</sup> e 1937<sup>2</sup> dispuseram expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de *questões exclusivamente políticas*. A atual silencia a respeito. Mas, não obstante isto, a vedação persiste.<sup>3</sup> É que ela decorre da índole do regime e de imperativos do seu funcionamento. Aos poderes Legislativo e Executivo, a Constituição delega atribuições de cunho estritamente político, que, pela sua natureza específica, são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário. Do mesmo modo que excluem da intervenção do Executivo atos políticos privativos do Legislativo e vice-versa.

demissão, tiver sido promovido, tornará ao cargo anterior, ambos sem direito a indenizações. Tal exceção, porém, assenta em texto expresso da Constituição (Emenda n.º 1), art. 105, parágrafo único.

74. <sup>1</sup> Art. 68.

<sup>2</sup> Art. 94.

<sup>3</sup> A Constituição de 1891 também era omissa nesse ponto. Mas a doutrina e a jurisprudência, interpretando-a, sempre reconheceram a existência necessária da restrição. As Cartas Políticas de 1946 e 1967 também silenciaram no concernente às *questões exclusivamente políticas*.

Questão exclusivamente política é a que resulta do ato administrativo de sentido exclusivamente político. E, assim sendo, para delimitar a restrição, que acarreta ao controle jurisdicional, faz-se preciso fixar o conceito desse ato.

Para tal se devem estabelecer três gradações de atos: o *ato administrativo* como gênero, o *ato político* como espécie, e o *ato exclusivamente político* como subespécie. O ato administrativo já foi estudado, devidamente, noutra oportunidade.<sup>4</sup> O ato administrativo político admite uma conceituação muito elástica, sendo difícilimo defini-lo precisamente, o que, aliás, reconhecem doutrinadores dos mais notáveis.<sup>5</sup> Um único elemento, a *finali-*

<sup>4</sup> Veja-se do n.º 12, ao n.º 25.

<sup>5</sup> RANELLETTI, op. cit., p. 56 e 57, n.º 41; DUGUIT, op. cit., vol. II, p. 349.

RANELLETTI estuda longamente o ato político. Depois de afirmar que a sua noção é "incerta e difícil", esclarece, dentro do ponto de vista de LAFERRIÈRE, DUCROCQ AUCOC etc., que ele corresponde ao exercício da atividade governativa distinta da administração, segundo a fórmula de que o Governo orienta e a Administração realiza, mas esbarra na dificuldade de distinguir onde a atividade reveste um ou outro desses aspectos (op. cit., p. 56 e 57, n.º 41). Entende o notável publicista que a *tutela das exigências supremas da vida do Estado* é que constitui o cerne do ato político, parecendo-lhe que só os atos para os quais haja uma "razão de Estado" (atos do Estado, da autoridade suprema, e não das Províncias e Comunas) podem apresentar-se com tal caráter (*id.*, p. 63, n.º 47, e 74, n.º 52). Após oferecer uma longa lista dos atos políticos, define-os prolixamente:

"Noi diciamo politici gli atti, che da queste supreme considerazioni dell'interesse generale dello Stato nella sua unità sono causati, sia che concernano la determinazione della finalità stesse dello Stato, e la direttiva e il modo della sua azione per il conseguimento di esse; sia che riguardino il funzionamento organico dei pubblici poteri e l'osservanza della costituzione dello Stato; sia la tutela dell'esistenza sua, della sua sicurezza, dell'integrità e tranquillità, del suo prestigio, della sua libertà d'azione, o di quelli del popolo, contro forze interne, che li offendano o mettano in pericolo, o nei rapporti internazionali" (op. cit., p. 68 e 69, n.º 48).

Essa consideração unitária do interesse do Estado surge, então, no ato político, como *causa determinante* (*id.*, p. 69 e 70, n.º 48). O emérito professor italiano repele o critério de que o ato político (ou de governo, pois que as expressões se equivalem) seja executório direto de lei constitucional, enquanto o não-político o seja de lei ordinária. Este se lhe afigura um critério inseguro. A extensão da matéria compreendida nas Constituições varia de Estado para Estado, e acontece algumas vezes que as Constituições conferem atribuições, cujo exercício se dá, evidentemente, por meio de ato sem feição político. Haja vista o exemplo, apontado pelo mesmo autor, da lei constitucional italiana que conferia ao Rei a atribui-