

# **O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**JORGE ROBERTO VIEIRA AGUIAR FILHO**

Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP  
Professor e Coordenador do Curso de Direito da UNAR - Centro Universitário “Dr. Edmundo  
Ulson”

## **RESUMO.**

No presente trabalho, buscamos analisar os aspectos processuais mais relevantes do controle jurisdicional da Administração Pública, dando enfoque aos meios de controle, no tocante à disciplina legal dada à matéria pela Constituição Federal. Para tanto, analisamos a supremacia constitucional e a inconstitucionalidade das leis, o controle de constitucionalidade, os aspectos processuais mais relevantes, como, por exemplo, a competência, objeto, legitimidade ativa e tramitação dos principais meios de acesso ao Poder Judiciário, destacando alguns pontos polêmicos levantados na doutrina e na jurisprudência a respeito do assunto.

**PALAVRAS-CHAVES:** Constituição Federal; jurisdição; amplo acesso; controle; instrumentos;; inconstitucionalidade; legitimidade.

**SUMÁRIO:** 1. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. 2. O Direito Fundamental de Amplo Acesso ao Poder Judiciário. 3. Limites do Controle Exercido Pelo Poder Judiciário. 4. Meios ou Instrumentos de Controle. 5. Conclusão – Referências Bibliográficas.

## **1 – O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **1.1. Introdução**

O Controle Jurisdicional da Administração Pública constitui temática largamente explorada pelos doutrinadores pátrios, já que a atividade da Administração Pública tende a ser amplamente questionada dentro de um Estado Democrático de Direito.

Divagando acerca da temática em questão tentaremos mostrar o entendimento das variadas formas de controle jurisdicional da Administração Pública.

Discorreremos sobre as garantias constitucionais asseguradas aos administrados, na tentativa de perquirir sobre sua extensão. Buscaremos cotejar as teses desposadas por autores contemporâneos com discursos tradicionais.

Destarte, procuramos engendrar pesquisas e estudos perpetrados pelos diversos autores que compõem as correntes jurídicas do Direito Administrativo, procurando carrear à exposição os principais tópicos acerca do tema sob comento.

Reputamos fundamental, no meio acadêmico, a formulação de questionamentos, e, *ipso facto*, no discorrer da matéria enfocada.

## **1.2. Contexto Histórico**

O controle jurisdicional da Administração Pública tem sua essência, basicamente, na observância da legalidade da atuação do administrador. Assim, seu surgimento remonta ao advento da positivação do Direito, a partir do século XX.

Consoante ensinamento do ilustre Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>1</sup>, o termo positivação pode ser compreendido de uma maneira lata ou estrita.

*"Num sentido lato, o direito positivo é considerado o direito posto pelo legislador, o que leva a uma compreensão mais ampla que pode enquadrar como positivas as formações jurídicas de épocas e lugares heterogêneos, donde a idéia de que a positivação seja um fenômeno senão essencial, pelo menos de importância decisiva na formação de qualquer direito".*

E acrescenta que, no seu sentido estrito, o vocábulo em análise se refere *"a uma ação típica do direito a partir do século XX."*

Naquela época, houve uma reação de vasta envergadura contra o absolutismo reinante, culminando com a Revolução Francesa, no ano de 1789. Foi um momento histórico no qual a classe marginalizada - o cognominado Terceiro Estado - clamava continuamente pelo respeito aos seus direitos. A mudança foi tamanha na ordem social até então vigente. Assim, na ensinança do Professor Paulo Bonavides<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Atlas. São Paulo.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição. Malheiros Editores, São Paulo.

*"... a Revolução Francesa não foi o Comitê de Salvação Pública nem a Guilhotina de Dalton e Robespierre, mas o Estado de Direito, a legitimidade republicana, a monarquia constitucional, o regime representativo, toda aquela ordem nova que somente tomou feição e consistência depois que a história filtrou e sazou o princípio revolucionário em sua concretização institucional."*

Justamente nesta época, o povo francês, empobrecido e escravizado pelos Bourbons, conseguiu a votação e posterior Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um marco decisivo na positivação dos direitos individuais do cidadão para se defender do Estado-tirânico. Daí a precisa observação do Professor Mário Masagão<sup>3</sup> ao lecionar que *"só depois da Revolução Francesa é que se esboçaram os primeiros esforços para criação da nossa disciplina."* E complementa: *A denominação 'Direito Administrativo' surgiu pela primeira vez na Itália, a encabeçar um livro de ROMAGNOSI (Principii Fondamentale di Diritto Amministrativo, 1814), e, no mesmo ano, foi usada na França, na obra de FOUCAULT (Précis de Droit Public et Administratif)."*

Após tecer lúcida consideração sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, verdadeiro monumento legislativo que passou a exercer penetrante influência nas legislações modernas, o Professor Jayme de Altavila<sup>4</sup> assim preleciona: *"Nenhuma outra expressão jurídica alcançou até os nossos dias, uma aura de popularidade tão enternecida, uma consagração tão acentuada e uma universalidade tão consciente."*

Houve, a partir daí, uma forte tendência para que todo o direito fosse escrito, *positivado*, visando a assegurar o exercício das prerrogativas fundamentais. O ápice dessa propensão deu-se no ano de 1804, com a publicação do Código Napoleônico, considerado uma obra primorosa, que se julgava capaz de cingir soluções para todo e qualquer problema jurídico.

Os influxos do positivismo foram sentidos na Administração Pública, que abraçou o princípio da legalidade administrativa, entendido como a necessidade de o administrador público estar, na inteireza de sua atividade funcional, adstrito aos lindes legais.

O Estado de Direito atende primordialmente às exigências da legalidade. O objetivo das leis e normas jurídicas é exercer um controle que confira segurança às relações sociais.

---

<sup>3</sup> MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, Max Limonad, São Paulo.

<sup>4</sup> ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 5ª edição. Ícone Editora. São Paulo.

A importância do princípio da legalidade, que possui imbricação indissociável do controle jurisdicional da Administração Pública, merece especial atenção do jurista.

A tônica do constitucionalismo contemporâneo está, sobretudo, no respeito aos direitos fundamentais, que tendem a se internacionalizar.

Na verdade, não podem existir direitos fundamentais sem instrumentos processuais eficientes e juízes independentes para efetivá-los. Hoje, mais do que justificar e positivar os direitos fundamentais, é importante protegê-los. Assim, no Direito Administrativo moderno, e, portanto, segundo a concepção atual de Estado de Direito, o princípio da legalidade exprime, não apenas um limite à atuação da Administração, mas, mais do que isso, o próprio fundamento jurídico de toda a atividade administrativa.

O princípio da legalidade da Administração, com esse entendimento, decorre do primado da lei e na generalidade dos Estados de sistema político de tipo ocidental, por se traduzir no primeiro princípio estruturador do Direito Administrativo, tem consagração constitucional, como acontece com o art. 266, da nossa Constituição.

Intitulando-se a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito, sua primacial característica é a submissão a uma Constituição.

Com isso, os possíveis desvios na conduta administrativa ficariam sujeitos ao controle jurisdicional, exercido, em nosso país, pelo Poder Judiciário.

### **1.3. Conceito**

Estabelece o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Nesse inciso, vamos encontrar o cerne do sistema de jurisdição una, adotado no direito brasileiro, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada e definitividade, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais.

Dentro desse contexto, ensina-nos o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>, que “*controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa.*”

Discorrendo sobre o tema, Diógenes Gasparini<sup>6</sup> conceitua “*controle de legalidade dos atos e atividades administrativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por órgão*

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição, Malheiros Editores, São Paulo.

<sup>6</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Editora Saraiva, São Paulo.

*dotado de poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos."*

Mais além, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup> erige o controle jurisdicional dos atos administrativos como verdadeiro princípio a nortear a Administração Pública no interesse público. Daí asseverar:

*"Trata-se, é bem de ver, de exigência impostergável à idéia de Estado Democrático de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis."*

Desse sistema, decorre o controle judicial dos atos da administração pública, de natureza externa, através do qual o Poder Judiciário, mediante provocação e, portanto, agindo "a posteriori", controla a legalidade dos atos administrativos.

Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário pode rever, nos limites do aspecto legal, os atos já examinados, via controle interno ou mesmo do controle externo exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas. Estão sujeitos ao controle judicial os atos administrativos comuns, já que as leis e os atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias, etc) ficam sujeitos ao controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade. No primeiro caso o Judiciário, ao invalidar o ato, declara sua nulidade; no segundo caso declara a sua inconstitucionalidade.

Assim, a jurisdição é una. Significa dizer que não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrado.

Ensina-nos Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> que *"é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários."*

E arremata, com maestria:

*"No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do*

---

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 04. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição. Malheiros Editores, São Paulo.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição, Malheiros Editores, São Paulo.

*Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), a Justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes do Estado."*

É o consagrado Princípio da Inafastabilidade de apreciação Pelo Poder Judiciário de Lesão ou Ameaça a Direito. Está inserto dentre as cláusulas constitucionais que asseguram os Direitos e Garantias Fundamentais. Encontra-se, portanto, positivado. Com esteio que permita a efetivação do referido direito fundamental.

Assim, denota-se que o Estado de Direito visa precipuamente atender às exigências da legalidade. O objetivo das leis e normas jurídicas é exercer um controle que confira segurança às relações sociais.

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO**

Com assento na Carta Constitucional, esse importante direito tem conferida sua necessária eficácia, a fim de que possa ser garantida sua exigibilidade frente ao Poder Público.

Trata-se genuinamente de direito fundamental, assente na ordem jurídica constitucional. Assim, a expressão "direitos fundamentais" quer significar, basicamente, os direitos das pessoas frente ao Estado que são objeto da Constituição. O Professor Paulo Bonavides<sup>9</sup>, traz em seu *Curso de Direito Constitucional*, a posição de *Carl Schmitt*, qual seja: "*Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado.*

E acrescenta: "*numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.*"

Ora, erigido à categoria de direito fundamental, como tal, o controle jurisdicional da Administração Pública tem como função "*criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.*" Assim, mantém o equilíbrio entre os diversos sistemas: econômico, político, jurídico.

Para Canotilho<sup>10</sup>, como direito fundamental, manteria a dupla perspectiva de:

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. 10. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, São Paulo.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra.

*"1) estabelecer normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo sua ingerência na esfera jurídica individual;  
2) impor uma liberdade positiva no direito de exercer direitos fundamentais e uma liberdade negativa, no direito de exigir omissões dos poderes públicos, evitando agressões lesivas."*

O controle jurisdicional da Administração Pública no ordenamento jurídico e na organização institucional do Estado parece estar ligada a idéia de defesa positiva (indivíduo x Estado).

O cultor de Direito Constitucional, José Afonso da Silva<sup>11</sup>, explica que:

*"Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas."*

### **3. LIMITES DO CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Os doutrinadores pátrios são unânimes em afirmar que ao Judiciário será franqueado controlar a Administração Pública apenas no aspecto da legalidade do ato praticado.

Assim, para Hely Lopes Meirelles<sup>12</sup>:

*"Nem mesmo os atos discricionários refugem do controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. (...) Daí porque o Judiciário terá que examinar o ato argüido de discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio."*

---

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

Mais adiante, Hely Lopes Meirelles cinge os limites do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública, afirmando que *"O que o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração."* Assim, o aspecto da legalidade é sempre passível de questionamento perante o Poder Judiciário. Com o advento da nova Constituição Federal a atividade da Administração Pública tornou-se cada vez mais questionável por parte dos administrados.

Sujeitando-se a Administração Pública à verificação da legalidade de seus atos, não poderiam suas emanções volitivas escaparem da necessária tutela por parte do Poder Judiciário.

Aliás, como pontifica a brilhante Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>13</sup>, preleciona que:

*"No Direito Administrativo, é mister considerar-se que toda agressão ao direito contamina o ato. A Administração Pública não age segundo a sua vontade, mas segundo a finalidade determinada pela lei, em cujo continente ela existe e se impõe. Mas como a competência da Administração Pública volta-se à realização do bem público material, concretizando o disposto no sistema jurídico-normativo, claro está que, carente dos fundamentos para agir, não se pode ter como válido o ato que desborde dos preceitos e mandamentos de Direito vigente ... Pelo Poder Judiciário, o controle atinge — nos sistemas que adotam o modelo constitucional estruturado à maneira do norte-americano, que enfatiza a jurisdição como direito assegurado ao cidadão para a realização do Estado de Direito — seu ponto mais vigoroso e mais eficiente. Todos os atos da Administração Pública podem ser submetidos ao controle jurisdicional. Este se faz de maneira definitiva quando se cuida do exame e conclusão sobre o princípio da juridicidade e o desempenho administrativo".*

Portanto, em obediência à previsão constitucional, garantida através do art. 5º, XXXV, segundo a qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo, há de se perquirir sobre o aspecto da legalidade do

---

<sup>13</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Livraria Editora Del Rey. Belo Horizonte

ato administrativo, pois todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade).

Ausente a observância a tais princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se assim argumentado.

O interessado, recorrendo às vias judiciais, poderá obter não somente a anulação do ato declarado ilegal, mas a reparação dos danos decorrentes da ilegítima atuação do Poder Público.

O caráter jurídico-normativo da discricionariedade administrativa não impede que ela seja apresentada como uma das expressões da autonomia do Poder Executivo, isto é, da margem de liberdade conferida por lei à Administração para, complementar o tipo aberto descrito na norma de competência, mediante o aditamento de pressupostos de fato aos que já se encontram contidos na hipótese normativa ou determinação de efeitos jurídicos para além dos parcialmente previstos no conseqüente da norma. E mais do que isso, a ser apontada como o núcleo da atividade administrativa, o que justifica a intervenção apenas parcial do Poder Judiciário na Administração Pública, no que concerne ao exame de certos elementos, os não completamente vinculados, dos atos administrativos.

## **4 - MEIOS OU INSTRUMENTOS DE CONTROLE**

### **4.1. *Habeas Corpus***

#### **4.1.1. Breves Considerações**

Cediço que sua origem remonta à Magna Carta inglesa, "*mas definitivamente consagrado nas declarações universais de direitos, constitui-se o habeas corpus no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção*".

Previsto no art. 5º, inciso LXVIII, possui a seguinte redação:

*" LXVIII — Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."*

Sua impetração independe de maiores formalidades, inclusive a presença de advogado. Trata-se de remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, quando esta apresentar-se em risco.

O *writ* nasceu a fim de reparar ameaça ou violação da liberdade de ir e vir praticada por autoridade, muito embora a jurisprudência venha admitindo a impetração contra ato de particular que venha a causar restrição da liberdade de pessoa natural.

## 4.2. Mandado de Segurança

### 4.2.1. Breves Considerações

O mandado de segurança foi fruto da necessidade e exigência de uma época em que o cidadão experimentava os albores da liberdade e do enfrentamento com o Poder Público. Ainda que sua inspiração possa residir em institutos alienígenas, como os *writs* anglo-americanos ou o *juicio de amparo* mexicano, costuma-se dizer que sua idealização está amplamente ligada ao *Habeas Corpus*, aos Interditos Possessórios e à Ação Anulatória de Atos da Administração (Lei nº 221/1894).

A Constituição de 1934 foi responsável pela positivação do instituto, instrumento tido como dos mais eficazes e notáveis do mundo em matéria de proteção genérica dos direitos individuais e coletivos. Das constituições posteriores a de 1934 apenas a "Polaca" (1937) não o contemplou expressamente.

Para José Cretella Júnior<sup>14</sup>, o instituto do mandado de segurança, com mais de meio século de existência e ainda em constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, é o mais aperfeiçoado instrumento processual constitucional na defesa dos direitos fundamentais no Brasil. Ainda: é o meio mais eficaz de controle jurisdicional da Administração Pública.

A via heróica é meio hábil para fazer cessar atos abusivos e/ou ilegais, sendo um direito fundamental insculpido na própria *Lex Legum*. Assim estabelecer seu art. 5º, LXIX, *in verbis*:

"Art. 5º — (*omissis*)

LXIX — *Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for*

---

<sup>14</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro.

*autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público."*

A *ratio essendi* do mandado de segurança está no chamado *direito líquido e certo*. Conceituar *direito líquido e certo*, assim, deve ser o primeiro passo para o bom entendimento do instituto.

Destarte, o writ é cabível como meio correicional em casos de violação de direito líquido e certo. O luzidio do saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup>, dá a devida demarcação de direito líquido e certo, *litteratim*:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais."(grifo nosso)

Como ensina Celso Agrícola Barbi<sup>16</sup>, a "*expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do habeas corpus, e para aplicação a este*".

Também, Castro Nunes<sup>17</sup> diz que "*as origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do habeas corpus, na extensão dada a esse instituto pela antiga jurisprudência*".

Em todas as definições, vemos presente a idéia de que o direito líquido e certo encontra-se umbilicalmente ligado à prova pré-constituída e à rapidez da solução do conflito de interesses.

---

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção "Habeas Data"*, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo.

<sup>16</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Editora Forense, 6ª Edição, São Paulo.

<sup>17</sup> NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa do Direito Contra Actos do Poder Público*. Editora Acadêmica

No que pese os meios probantes, *mandado de segurança é ação que necessita de prova pré-constituída*, ou seja: prova documental robusta, com manifesta demonstração — *verídica e irreprochável* — dos fatos argumentados.

Ao tecer esmerada dissecação sobre o assunto trazido à análise, o eminente processualista Humberto Theodoro Júnior<sup>18</sup> leciona que:

*"A capacidade processual consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio.*

*Em regra geral, a capacidade que se exige da parte para o processo é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, isto é, para a prática dos atos jurídicos de direito material."*

Com isso, o mandado de segurança apresenta-se como ação cabível sempre que houver *prova pré-constituída a demonstrar inequivocamente direito líquido e certo*. No caso de matéria fática, insuscetível de ser dirimida senão por meio de outros meios de prova, que o mandado de segurança não comporta.

Nesses casos, a matéria excede a órbita mandamental. Torna-se freqüentemente controvertida, não se restringindo ao direito, abrangendo também os fatos, e, no tocante a estes, não é daqueles que se podem elucidar em face de prova exclusivamente documental.

### **4.3. Habeas Data**

#### **4.3.1. Breves Considerações**

*" LXXII — Conceder-se-á habeas data:*

*a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*

*b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; "*

Novel garantia introduzida pelo art. 5º, inciso LXXII da Constituição Federal de 1988, almejando assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter

---

<sup>18</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Forense, 44. Edição, vol. 1, Rio de Janeiro.

público, bem como a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo através de processo sigiloso (judicial ou administrativo).

Consoante leciona o constitucionalista Paulo Bonavides<sup>19</sup>, *"a aplicação e interpretação desse remédio constitucional se combina com dois outros incisos do mesmo art. 5º da Constituição - os incisos XIX e XXXIII - que também regulam matéria pertinente ao direito de informação, fazendo mais sólida a garantia contra abusos dos órgãos públicos. (...) O instituto cristaliza historicamente na consciência da sociedade brasileira uma reação jurídica do constituinte a violações, manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal pelas entidades governamentais da ditadura ao longo de duas décadas de exercício do poder autoritário sem limites."*

#### **4.4. Mandado de Injunção**

##### **4.4.1. Breves Considerações**

Vejamus a redação constitucional que foi conferida ao instituto:

*"LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".*

À época da promulgação da atual Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção foi um dos itens mais comentados e alvo de inúmeras interpretações acerca de seu real alcance e amplitude.

Alguns o tinham por inútil, nada acrescentando aos demais *writs* tradicionais. Para outros, seria um instrumento inovador e revolucionário.

Em verdade, o instituto não foi recepcionado pela prática forense por razões políticas.

É certo que o mandado de injunção, uma vez deferido, beneficiaria tão-somente os impetrantes, remanescendo a lacuna da denominada norma regulamentadora, seja ela de atribuição do Executivo ou do Legislativo. Ocorre que, em muitos casos, a norma regulamentadora não é editada simplesmente porque o Poder respectivo não o deseja. Quiçá

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, São Paulo.

por esse Poder entender que certos direitos e prerrogativas não são devidos e devem ser expurgados do Texto Magno.

Na prática, o Supremo Tribunal Federal vem, sistematicamente, atribuindo ao mandado de injunção efeito idêntico ao que a Constituição deu à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Significa dizer que vem assinalando prazo para que o Poder Legislativo faça editar a lei faltante.

Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup>, *"até o presente momento este instituto não conseguiu preencher a finalidade que lhe é própria, pois o Supremo Tribunal Federal, certamente por discordar do preceito constitucional que o instituiu, tem conseguido, por via interpretativa esdrúxula, nulificar sua utilização, tornando-o absolutamente inócuo."*

## **4.5. Ação Popular**

### **4.5.1. Breves Considerações**

Vem contemplada pelo art. 5º, inciso LXXX, com a seguinte dicção magna:

*"LXXIII — Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência."*

Trata-se de instrumento judicial franqueado a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É regulada pela Lei nº 4.717, de 29.06.65. Ademais, a norma constitucional declara a isenção de custas e de sucumbência ao autor popular, desde que animado pela boa-fé.

Adverte Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup>:

*"A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de*

---

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção "Habeas Data"*, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo.

*seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios, mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. "*

## **4.6. Ação Civil Pública**

### **4.6.1. Breves Considerações**

Cuida-se de instrumento utilizável pelo Ministério Público na qualidade de verdadeiro substituto processual para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. Ainda presta-se a promover a responsabilidade de quem porventura tenha causado lesão a estes mesmos bens.

Atua, assim, o Órgão Ministerial, como representante da sociedade para promover, através do recurso à jurisdição, o resgate da legalidade afrontada.

A legítima interveniência do Ministério Público está conferida expressamente na Lei nº 8.625/93, no seu art. 25, inciso IV, "a", que dita, verbis:

*"Art. 25 — Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público,*

*IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:*

*a) para a proteção, prevenção, e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos."*

Seu ingresso não é apenas franqueado ao Ministério Público, podendo valer-se deste importante meio processual a União, os Estados, os Municípios, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações ou associações constituídas há pelo menos um ano e que tenham entre suas finalidades proteger mencionados bens jurídicos.

## **4.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade**

### **4.7.1. Breves Considerações**

Estabelece o art.102, I, "a", da Constituição Federal de 1988:

*"Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I — processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal".*

A ação de inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão . *"Será por ação quando interposta para que seja apreciada em tese a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, objetivando sua fulminação. Será por omissão quando, a teor do § 2º, do artigo 103, vise, com o reconhecimento judicial de que tal omissão em expedir providencia normativa é inconstitucional, seja cientificado o Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias."*

#### **4.8. Outros Meios**

##### **4.8.1. Breves Considerações**

Existem outras ações, especiais ou ordinárias, que podem ser adequadamente utilizada pelo administrado para ver cessada a ilegalidade do ato administrativo. Dentre elas, as ações possessórias, a ação de consignação em pagamento, a nunciação de obra nova, e as cautelares, muitas vezes cumuladas com pedido de antecipação de tutela.

#### **5. CONCLUSÃO**

A partir dos dados suscitados em nosso, estudo podemos tecer as seguintes conclusões:

- 1) O controle jurisdicional da Administração Pública tem sua essência, basicamente, pela observância da legalidade da prática do administrador;
- 2) O chamado controle jurisdicional da Administração Pública ganha sede constitucional, através do artigo 5º, inciso XXXV, da *Constituição Federal de 1988*;
- 3) Com assento na Carta Constitucional, este importante direito tem conferida sua necessária eficácia, tratando-se de direito genuinamente fundamental.
- 4) Dentre nós, os meios de controle jurisdicional da Administração Pública são o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação

popular, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, além de ações possessórias, de consignação em pagamento, nunciação de obra nova e ações cautelares.

Para melhor elucidação, o que se pretendeu e o que se pretende é determinar e limitar o controle judicial nos atos da Administração Pública.

Por não ser um ato totalmente privado de liberdade por parte da Administração, o ato administrativo também, e, mais cautelosamente ainda, está sujeito ao controle judicial, visto que, quando o legislador concede este ato ao agente público, ao mesmo só será permitido a escolha de uma solução justa e, a melhor possível, que vise sempre o interesse público.

Percebe-se, com isso, uma vinculação do ato no que tange o elemento finalidade, posto que é em busca do melhor atendimento ao interesse público que a Administração age, ficando à margem de apreciação de sua legalidade.

É certo, também, que a tarefa conferida pela Constituição ao controle judiciário de fiscalizar a Administração Pública, em todos os poderes e esferas governamentais, verificando a legalidade, é de suma importância e vem ao encontro dos anseios da sociedade, cansada de se deparar com o malbaratamento e a dilapidação do patrimônio público.

Vladimir da Rocha França (*in* Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa, 2000, p.3/4) expressa, com bastante propriedade, acerca do controle na administração pública:

*“Não há administração pública democrática sem controle. O controle da administração pública representa um dos meios hábeis e adequados para a garantia do acesso à ação estatal, fazendo-se através de diversos meios”.*

*(...) A materialidade do direito do administrado é assegurada pela possibilidade do controle da administração pública.”*

Nos Estados de Direito não deve haver lugar para o arbítrio, a prepotência e o abuso de poder. A Administração Pública está sujeita ao império da lei como qualquer particular, porque o Direito é a medida-padrão pela qual se aferem os poderes do Estado e os direitos do cidadão.

Concluindo, pode-se afirmar que a legislação que dispõe sobre controle da administração pública no Brasil é farta; Órgãos competentes, responsáveis pela efetividade na aplicação das normas, são inúmeros.

Com o advento da Constituição, de 1988, ficou assegurada a participação de segmentos organizados da sociedade e, até mesmo, do cidadão, no acompanhamento e fiscalização da

boa e regular aplicação dos recursos públicos. Nunca se criaram tantos Conselhos , no âmbito municipal, condição *sine qua non*, para liberação de recursos federais (Conselho de Merenda Escolar, Conselho de Criança e do Adolescente, Conselho de Saúde, Conselho de Assistência Social, Conselho do FUNDEF, Conselho de Agricultura, etc.). No âmbito federal, as famosas agências reguladoras: ANEL, ANEEL, ANA, ANP, ADA, ADENE, e por aí vai); Tudo consonante com o momento político-ideológico de mudanças na estrutura do Estado, que estamos vivenciando neste final de século XX e início do século XXI.

Entretanto, o que se vê, nos Poderes do Estado, é um escândalo atrás do outro. É um desafio à todos os órgãos de controle da administração pública.

O que se espera é a perfeita adequação dos sistemas de controles a esses novos tempos, para banir a ineficácia e vencer o desafio de atender aos anseios do povo, de ver a boa e regular aplicação dos recursos públicos e, conseqüentemente, a satisfação do bem-estar coletivo.

### **Referências Bibliográficas**

01. ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. Ícone Editora. São Paulo.
02. ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Livraria Editora Del Rey. Belo Horizonte.
03. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.
04. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo.
05. *Elementos de Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
06. BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Editora Forense, São Paulo.
07. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Editora Renovar. Rio de Janeiro.
08. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, São Paulo.
09. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores, São Paulo.
10. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, São Paulo:.
11. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Editora Forense. Rio de Janeiro.
12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra.

13. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, Livraria Freitas Bastos, São Paulo.
14. CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro.
15. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo.
16. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Atlas. São Paulo.
17. FILHO, Vicente Greco. *Tutela Constitucional das Liberdades*. Editora Saraiva. São Paulo.
18. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Editora Saraiva, São Paulo.
19. MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo , Max Limonad, São Paulo*.
20. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.
21. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, São Paulo.
22. *Estudos e Pareceres de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.
23. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção "Habeas Data"* , Editora Revista dos Tribunais: São Paulo.
24. NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa do Direito Contra Actos do Poder Público*. Editora Acadêmica.
25. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.