

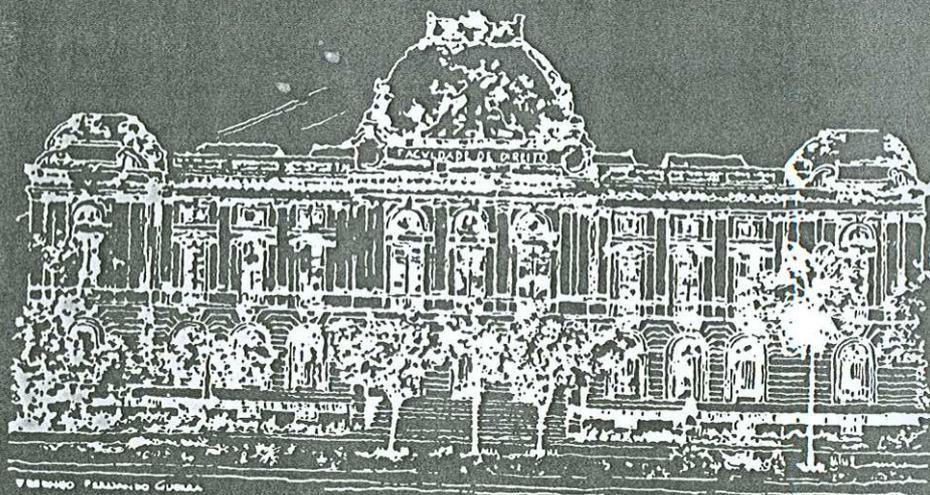
ANUÁRIO DOS CURSOS DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito do Recife

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito do Recife

ANUÁRIO

dos Cursos de Pós-Graduação
em Direito



Nº 8 1997 Recife PE

Universidade Federal de Pernambuco
Centro de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito do Recife

ANUÁRIO
dos Cursos de Pós-Graduação
em Direito N° 8

Recife – PE - 1997



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A PLENITUDE DA TUTELA JURISDICIONAL

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal de Pernambuco

1. A título introdutório, mister se faz que sejam feitas algumas distinções e que alguns conceitos sejam delineados antes da abordagem do tema proposto. Relevante definir-se a amplitude do Controle Jurisdicional da função administrativa (o sentido da plenitude da tutela jurisdicional tal como concebido no Direito brasileiro).

1.1. Deve-se, de logo tentar 'distinguir o que seria a "função governativa" do Estado e a função administrativa e tentar verificar se tal distinção tem relevância para fins de exercício do controle jurisdicional no Direito brasileiro.

A figura do governo, como ente distinto da Administração Pública é bem mais nítida em sistemas parlamentaristas.

Observe-se, p. ex., a Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 97: "El gobierno dirige la política interior y exterior, La Administración Civil y militar y la defensa del Estado".

Sobre esse órgão, leciona Francesch, que "Las facultades de dirección que el artículo 97 atribuye al gobierno permiten al intérprete concebir a este órgano de manera diferente al tradicionalmente llamado poder ejecutivo, no sólo porque su actividad no se reduce a ejecutar la ley, sino porque su posición constitucional le permite guiar en mayor o menor medida la política del Estado."¹

¹ Francesch, Juan Luiz Pérez: *El Gobierno*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 30.

1.1.1 Na mesma linha de raciocínio, frente ao Direito italiano, Pizzorusso destaca que: “órganos, diferenciados tanto del Parlamento como de la Administración Pública (aunque comunes, en parte, a esta última) al que se confiere la función de identificar y traducir en concretos programas de acción la orientación política expresada por el cuerpo electoral primero, y por el Parlamento después, cuidando de la ejecución de dichos programas en todos sus aspectos. A tal efecto, la actividad de la Administración pública será, sin duda el principal medio sobre el que el gobierno actúe, aunque no el único.”²

1.1.2 Poder-se-ia citar, também Marcelo Caetano, quando destacava que os órgãos governativos, aqueles que expressam o Poder governativo, representariam, ou reteriam a soberania do Estado, juntamente com aqueles expressivos do Poder Constituinte. Seriam órgãos governativos “órgãos supremos do Estado que exercem a função política”³.

1.1.3 É importante, entretanto, ressaltar que o exercício da função governativa, ou da função política não é, em sistema algum, a atribuição única, ou exclusiva, dos órgãos que a exercem. Como resalta Marcelo Caetano “raramente um órgão exerce exclusivamente a função política: em geral acumula a com alguma das outras, sobretudo com uma das funções jurídicas.”⁴ Por essa razão o que se constata é que “o governo é um órgão simultaneamente político e administrativo”⁵, a predominância de cada um desses elementos dependerá, naturalmente, de cada sistema jurídico. Da prevalência do

² Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 328.

³ Caetano, Marcelo: *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., p. 208.

⁴ Caetano, Marcelo: *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., p. 208.

⁵ Freitas do Amaral, Diogo: *Curso de Direito Administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1986, p. 217.

político ou do jurídico é que ter-se-á um maior, ou menor nível de controle jurisdicional.

1.1.4 Nos Estados estruturados sob a forma presidencialista essa interpenetração da Administração e do Governo, torna, ainda mais relevante a tentativa de delinear o político, frente ao jurídico, pela natureza do ato, para fins de delimitação do campo de controle jurisdicional do ato (basicamente jurídico) e não pelo órgão que o pratica. Observe-se, p. ex., que a Constituição Federal brasileira não chega nem mesmo a disciplinar especificamente a figura do Governo, enquanto normatiza de modo bastante minucioso a Administração Pública.

Tem, pois, relevo a identificação do que seriam as “questões políticas” ou os atos de govern^o

1.1.5 A não sindicabilidade jurisdicional dos atos políticos ou dos aspectos políticos dos atos estatais encontra-se assentada em várias teorias, cujas construções, naturalmente, se fazem a partir de cada sistema jurídico.

Na França: “La Théorie des actes de gouvernement est d’origine jurisprudentielle. C’est la jurisprudence administrative qui détermine également à chaque époque quels actes constituent des actes de gouvernement.”⁶

Evoluiu a teoria dos atos de governo a partir da idéia inicial de “acte de gouvernement” como “tout mesure inspirée par un module politique”, tendo como ponto de partida a noção de que a “fonction gouvernementale et a apposer d’après leurs objets différents les notions de gouverner et d’administrer”;⁷ para

⁶ Laubadère, André de; Venezia, Jean-Claude; Goudemet, Yves: *Traité de Droit Administratif*, tomo I. Paris: 10ª ed. L.G.D.J., 1988, p. 529.

⁷ Laubadère, André de; Venezia, Jean-Claude; Goudemet, Yves (n. 6), p. 530.

uma concepção puramente empírica, objeto de crítica de autores como Vedel e Devolve⁸ dentre outros.

1.1.6 O modelo de insindicabilidade do político que mais influenciou os sistemas latino americanos foi entretanto o norte-americano, marcado pela *political question doctrine*, representada pela idéia básica que “certain matters are really political in nature and best resolved by the body politic rather than suitable for judicial review”^{9/10}.

A questão é importante, pois como bem lembra Tribe na medida em que ela enfoca os limites da *judicial competence* é parte relevante da doutrina do controle jurisdicional como um todo¹¹.

Sem tecer considerações sobre a doutrina norte americana e sua evolução, é importante, entretanto, destacar que foi ela que serviu de referencial principal para Estados como Argentina, Brasil, Uruguai, Chile, dentre outros.

1.1.7 Em alguns casos, como, p. ex., o da Argentina a teoria alcançou dimensões bastante exarcebadas prestando-se, inclusive como elemento inibidor da tutela jurisdicional. Bidart

⁸ A teoria da *political question* desenvolveu-se a partir do case *Luther v. Borden* [48-US (7 How) 1 (1849)], objeto de revisão quando do *Baker v. Carr* [369 U.S. 1986 (1962)].

⁹ Nowak, John E.; Rotunda, Ronald D.; Young, J. Nelson: *Constitutional Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 2nd ed., 1993, p. 109.

¹⁰ Defendem esses autores que “el semble bien que’effectivement les actes de gouvernement n’existent pas”... (e que) “En fin de compte, parmi les mesures qui répondraient à la définition d’acte du Gouvernement, il ne demeure comme authentiquement inexplicables par les règles normales du contentieux que les “mesures d’ordre intérieur” Or, précisément, les mesure d’ordre intérieur ne sont écartées de la barre du juge administratif qu’en vertu de l’adage De minimus non curat praetor et ne sauraient guère justifier à elles seules la théorie des “actes de gouvernement” à laquelle d’ailleurs, dans l’histoire de notre contentieux administratif, elles son étrangères.”

¹¹ Tribe, Laurence H.: *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1991, p. 71-79.

Campos já demonstrava que frente ao Direito argentino “questão política” era conceito “poco preciso, que suele utilizar-se, es el que considera cuestión política a la que configura por el ejercicio de facultades privativas y exclusivas de un órgano dle Poder: el acto por el cual ese organo ejercita una facultad privativa y propia, no ... revisable judicialmente.” A teoria dos atos de governo ou dos atos políticos, na Argentina sofreu, entretanto, atenuações quanto ao controle judicial:

“Esta ausencia del necesario control jurisdiccional ha sufrido modernamente, serias limitaciones e restricciones, llegando-se, incluso, a negar la existencia de actos de tan especial naturaleza”¹².

Esse esforço de ampliação do controle corresponde, em verdade, como bem destaca Escola a “un aspecto más de la lucha permanente entre el autoritarismo del Estado y la libertad y el derecho de los individuos entre la arbitrariedad y el imperio absoluto de la legalidad”¹³.

Esse aspecto (poder ser objeto de constatação), na própria Argentina, onde o nível de perquirição sempre esteve relacionado com o nível de liberdade, a possibilitar com a expansão dessa, maior controle sobre as ações do Estado, normatizadas e não com a roupagem do meramente político.

Tal não significa, evidentemente, da inexistência de um núcleo de insindicabilidade cuja definição terá que ser naturalmente de fundo constitucional procurando alcançar-se difícil ponto de equilíbrio entre a preservação de direito e garantias e a autonomia dos órgãos estatais no exercício dos atos tipicamente políticos.

1.1.8 Para definir o político (não jurídico) mister será sempre se perquirir frente a determinado ordenamento se o mesmo penetra no mundo jurídico diretamente alcançando a

¹² Escola, Hector Jorge: *Compendio de Derecho Administrativo*, vol. I. Buenos Aires: De Palma, 1990, p. 166.

¹³ Escola, Hector Jorge (n. 12), p. 173.

esfera de Direitos e interesses das Pessoas. Já lecionava Pedro Lessa:

“Quaes são as questões exclusivamente políticas? As que se resolvem como faculdades meramente políticas, por meio de poderes exclusivamente políticos, isto é, que não têm como termos correlativos direitos encarnados nas pessoas, singulares ou collectivas, sobre que taes poderes se exercem”.¹⁴

No mesmo sentido Ruy Barbosa.¹⁵

Essa posição, possibilitando o controle jurisdicional desse tipo de ato, quanto aos seus aspectos jurídicos foi consagrada no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.423/51 - DF, já referido neste trabalho cuja síntese é o trecho da Ementa destacando: “As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, na apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las. Mas a discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais”.¹⁶

Com a vigente Constituição de 1988, tem-se no Brasil, sem dúvida, a ampliação do campo jurídico objeto de tutela, não só pela adoção de novos Direitos e interesses legalmente protegidos, mas também pela ampliação dos mecanismos e instrumentos de controles dos atos e omissões juridicamente relevantes do Estado.

Permanecem, naturalmente, como não objeto de controle os aspectos políticos dos atos do Estado representativos dos

¹⁴ Lessa, Pedro: *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 59.

¹⁵ Barbosa, Ruy: *Collectanea Jurídica*. São Paulo: Ed Nacional, 1928, p. 314.

¹⁶ Duas Constituições brasileiras - a de 1934 (art. 68 - “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”) e a de 1937 (art. 94, de idêntica redação), expressamente vedaram o controle dos atos políticos pelo Judiciário. A questão, entretanto, é equivocada. O que não é relevante e não ingressa no mundo jurídico não pode, nem logicamente ser objeto de controle jurídico, como é o controle jurisdicional. A verdadeira questão sempre foi o delineamento do que seria o **jurídico** e o **político**.

chamados atos de governo, embora com um núcleo mais reduzido pela progressiva jurisdicização da conduta do Estado.

1.1.9 Observa-se, entretanto, a permanência de aspectos sem controle jurisdicional como por exemplo do Juízo de valor sobre a conveniência, ou não de expulsão de estrangeiro do território nacional, desde que observadas as formalidades jurídicas da lei federal aplicável (nº 6815/80, arts. 65 e segs).¹⁷

1.2. A doutrina brasileira mais moderna, apesar de reconhecer a categoria dos atos políticos, mantendo-se fiel a Constituição brasileira e ao princípio da plenitude da tutela jurisdicional, defende o controle mais efetivo sobre esses atos ressalvados os aspectos que não se inserem no mundo jurídico, que são poucos, sobretudo face à amplitude do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, dentre outros, Hely Lopes Meirelles, argumentava “como ninguém pode contrariar a Constituição e essa mesma Constituição veda se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), segue-se que nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela justiça quando argüido de inconstitucional ou de lesivo de

¹⁷ Vide *Habeas Corpus* nº 68.402-DF, julgado pelo S.T.F., de seguinte Ementa: “Administrativo. Penal. Processual penal. Estrangeiro: ato de expulsão do território Nacional. Pedido de revogação do ato expulsório. Lei nº 6815, de 1980, Artigos 65 e 75.

I - O ato de expulsão de estrangeiro é um ato político que se reconhece ao Estado, ato esse que se baseia na nocividade da permanência daquele no território nacional (Lei nº 6815, art. 65), expulsão, entretanto, que não se procederá se ocorrerem as hipóteses inscrita no art. 75 da citada Lei nº 6815/80.

II - revogação e anulação do ato administrativo. A revogação poderá ocorrer por motivo de conveniência administrativa. A nulidade será declarada na hipótese de ato ter sido praticado com ofensa à lei.

III - Persistência dos motivos determinantes da expulsão: a nocividade da permanência do estrangeiro no território nacional.

IV - H.C. indeferido.”

direito subjetivo de alguém. Não basta a simples alegação de que se trata de **ato político** para tolher o controle judicial, pois será sempre necessário que a própria Justiça verifique a natureza do ato e suas conseqüências perante o direito individual do postulante. O que se nega ao Poder Judiciário é, depois de ter verificado a natureza e os fundamentos políticos do ato, adentrar seu conteúdo e valorar seus motivos”¹⁸.

Difícilmente se mantém hoje em dia a afirmação da não-incidência de controle sobre os atos de govern^o Odete Medauar, dissertando sobre o tema conclui que: “a respeito do controle jurisdicional, governo, além dos limites da discricionariedade dos atos administrativos, cada vez mais restrita” ...

“No ordenamento pátrio, as Constituições de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 97, respectivamente, previam de modo expresso, a exclusão dos atos de governo da apreciação do judiciário: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas.”

A partir da Constituição de 1946 (salvo os atos do período de exceção) vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito; em decorrência, se o ato de governo propiciar a qualquer lesão de direito; poderá ser impugnado perante o Judiciário. E o entendimento de Cretella Junior (62), Seabra Fagundes (63) e Ada Pellegrini Grinover (64).

¹⁸ Meirelles, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 607. Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ressaltar que apesar de serem amplamente discricionários, também são controláveis pelo Poder Judiciário e também José Cretella Júnior mesmo antes da CF/88 “O ato de governo ou ato político, assim, nem direta nem reflexamente atingirá o titular dum direito público subjetivo e caso, por inadvertência ou por desvio de poder, interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas está inquinado de vício patente que o desnatura, tornando-o vulnerável aos *remédios juris* correspondentes para o reexame do pronunciamento governamental.” Poder-se-iam, apontar, ainda na mesma linha inúmeros outros administrativistas brasileiros.

É de se observar, ainda, que a Constituição de 1988 previu instrumento para a “omissão de governo”. Assim o item LXXI do art. 5º possibilita concessão de 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.”

Por exemplo, a apresentação de projeto de lei, caracterizada como ato de governo, tem o seu inverso na omissão em apresentá-lo, sanável, de acordo com texto constitucional pelo mandado de injunção, nos casos previstos.”¹⁹

1.2.1 A questão dos limites do controle jurisdicional sobre atos políticos em verdade está diretamente relacionada com o nível de juridicidade, ou seja com o nível de normatividade incidente sobre os Atos expedidos por Entes Públicos no exercício dessa função superior do Estado. No caso brasileiro com a CF/88, sem dúvida, o regramento das funções do Estado foi ampliado e por conseguinte “o novo texto, preocupado com a realidade brasileira, absolutamente consciente de que, ao longo dos anos, tinha havido fortalecimento do Poder Executivo, facilitou e ampliou o controle jurisdicional.”²⁰

Merece acolhida assertiva de Cristina M.M. Queiroz, quando dissertando (à luz do Direito português) afirmou:

“em caso algum os tribunais se podem arvorar em substitutos do Poder político democrático ... jamais, no estrito cumprimento das funções que lhe são confiadas, que são e permanecem **exclusivamente** como jurisdicionais se pode arrogar à substituição dos órgãos políticos democráticos ou ao controle por estes efectuados.”²¹ A afirmativa é indiscutível,

¹⁹ Medauar, Odete: “Ato de Governo”. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: jan/dez, 1988, p. 39-40.

²⁰ Figueiredo, Lúcia Valle: *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 49.

²¹ Queiroz, Cristina M.M.: *Os Actos políticos no Estado de Direito - O problema do controle juridico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 211.

mesmo a nível de Direito brasileiro e ao menos a nível teórico. Procurou-se entretanto, com a nova Constituição ampliar a base jurídica (até de modo excessivo). Explica-se o posicionamento do Constituinte “principalmente se for levada em conta a inexistência de uma tradição de defesa de direitos, não apenas pelo Estado, mas também pela própria sociedade brasileira. Nesse sentido, a construção constitucional parece buscar alterar o comportamento do ambiente sob o qual ela exerce sua força normativa.”²²

Relevante examinar a essa altura, aspecto de grande relevo que é o pertinente à precisão do sentido da expressão “plenitude da tutela jurisdicional”, tal como consagrada no regime constitucional brasileiro vigente.

1.2.2 Para definição do sentido da plenitude da tutela jurisdicional assegurada no Direito brasileiro a partir da Constituição Federal (art. 5º, XXXV - A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) mister se faz examinar alguns aspectos de relevo:

1 - A abrangência da expressão **direito** (alcançando direitos individuais, coletivos e difusos; equiparando direito e interesse legalmente protegido).

2 - A proteção à ameaça de Direito e, por conseguinte, a análise da questão pertinente ao momento de controle judicial.

Quanto à primeira questão, é de se observar que o princípio da tutela jurisdicional não tem pretensão de aceitação generalizada mesmo a nível dos ordenamentos jurídicos ocidentais que tradicionalmente tem servido de referencial, ou de fonte de inspiração (sobretudo através dos trabalhos dos doutrinadores e comentaristas) ao Direito brasileiro.

²² Vilhena Vieira, Oscar: “Império da Lei, ou da Corte?” *Revista da Faculdade de Direito da USP*, nº 21 São Paulo: março/abril/maio, 1994, p.77.

1.2.2.1 Observe-se, p. ex., o direito norte americano^o Nesse sistema a lei pode excluir materias da apreciação judicial, desde que tais não sejam de fundo constitucional, ou não vise o procedimento judicial a defesa de Direitos de fundo constitucional. “since Congress controls the jurisdiction of the federal courts, it is free to write into statutes particular exceptions to the general availability of judicial review by statute. Courts are bound to follow these congressional directives so long as they are constitucional”, embora reconheça-se que a Suprema Corte daquele Estado tem sido cautelosa no exame dessa “statutory preclusion of review” ao ressalvar que controle “Will not be cut off unless there is persuasive reason to believe that (this) was the intention of congress”, e, que esse posicionamento do Congresso tem que ser demonstrado “by clear and convincing evidence” [Abbot Laboratories v. Gardner, 387, US (1967) - Supreme Court].²³

A questão a nível do Direito ali vigente é de ser resolvida a partir do seguinte ponto, adequadamente identificado por Schwartz: a vedação do controle judicial não se presume. “Preclusion of Judicial review of Administrative action ... is not lightly to be inferred. Borlow v. Collins 397 US 159 (1970) ... the question is phased in terms of prohibition rather than authorization...”²⁴. Preserva-se o respeito “a Constituição e quanto ao controle judicial sobre os atos do Estado que não alcançam Direitos de fundo Constitucional, permite-se à Lei, limitar esse acesso ao Judiciário.

1.3 Além dessa hipótese, o sistema norte americano contempla outra hipótese de não exercício de controle judicial é o que se intitula de “committed to agency discretion” justificada por razões de ordem funcional. Argumenta-se que os tribunais

²³ Gellhorn, Ernest; Boyer, Barry B.: *Administrative Law and Process*. St. Paul (Minn.): West Publishing, p. 301.

²⁴ Schwartz, Bernard: *Administrative Law - A Casebook* Little Brown. Boston and Toronto: 6ª ed., 1977, p. 553.

agem visando constatar fatos e atos e retirar inferências a partir dos fatos, aplicando os princípios legais pertinentes e que tal também ocorreria através de procedimentos administrativos nas "Agencies". Defendem Gellhorn e Boyer que face à necessidade de preservação de segurança pública, de rapidez e flexibilidade da Administração Pública esses aspectos poderiam ser esvaziados pelo judicial review. É importante, observar, entretanto que o juízo sobre a ocorrência de uma dessas situações é da Corte Competente para o julgamento.²⁵

Esse posicionamento é naturalmente fruto da realidade daquele Estado no qual hodiernamente os direitos, liberdades e garantias individuais não são objeto de frequentes agressões do Estado. Tal fato faz com que não se apresente como de grande relevo o "judicial review".

Já no sistema do Reino Unido, [ao contrário, p. ex. do sistema brasileiro vigente, no qual há em texto Constitucional norma no sentido da vedação da exclusão] a regra é da autorização, com limitações, de exclusões decorrentes de Acts do Parlamento e do Common Law. Essas duas fontes fornecem a resposta à indagação sobre quem decide sobre a natureza e extensão do controle jurisdicional. Informam Emery e Smythe "the sources are two; common law and statute. From the common law source flows the so called "supervisory" review jurisdiction of the high Court over a wide range of public authorities.. from the jurisdiction of courts to hear appeals "appellate review jurisdiction"²⁶.

²⁵ "When the Court finds that there is some compelling practical justification for avoiding review it may conclude that the action is wholly or partly committed to the agency's unreviewable discretion the effect of the this determination is not only to prevent the normal judicial review for abuse of discretion; it also prevents the courts for examining other alleged effects in the agency decision such as lack of adequate factual support of procedural error."

²⁶ Emery, Carl; Smythe, B.: *Judicial Review*. Sweet Maxwell, 1986, p. 29. No mesmo sentido Bailey, Jones e Mowbray ao indicar como hipóteses de cabimento de "judicial review" quando statutes provides for a right of appeal to a court against a decision taken or a proposed course of action",

As razões apontadas pela doutrina britânica, para as restrições ao judicial review fundam-se na legitimidade [se seria apropriado "to allow the activities of a democratically elected government, seeking to act for the general good, to be subjected to review by non-elected judges with a traditional determination to safeguard individual rights]."²⁷

O elemento cultural também é relevante. Sunkin, Bridges e Mészáros, ressaltam esse elemento cultural do qual resulta que "judicial review and the use of courts to challenge the actions of government has yet to become a standard element in the culture and practices of most solicitors or other legal services..."²⁸

Limitação ao controle judicial da Administração Pública, ou mais amplamente das demais funções do Estado também se encontram no sistema argentino Ali, "para la opinión mayoritaria, seguida, en general por la jurisprudencial, la revisión judicial es posible, sin texto expreso que la autorice, toda vez que se defienda un derecho subjetivo, pero no para proteger intereses legítimos." A situação argentina, em verdade, é afetada por elementos fáticos que com certa frequência alcançam o mundo jurídico. O posicionamento tímido do judiciário daquele Estado é apontado por Ekmekdjian como "instinto de conservación del Poder Judicial..." el más debil de la tríada y siempre existe el peligro de que sus decisiones no sean cumplidas por los otros dos..."^{29/30}

acrescentando, entretanto a hipótese "where the act or omission constitutes the commission of a tort or a breach of contract in respect of which redress may be obtained through the courts."

²⁷ Emery, Carl; Smythe, B. (n. 26).

²⁸ Sunkin, Maurice; Bridges, Lee; Mészáros, George: *Judicial Review in Perspective - An investigation of trends in the use and operation of the judicial review Procedure in England and Wales*. London: The Public Law Project, 1993, p. 101.

²⁹ Ekmekdjian, Miguel A - Manual de La Constitución Argentina - Depalma - 2ª Ed., atualizada (1993), p. 503.

³⁰ Nota: Aponta Ekmekdjian como argumentos mais frequentes utilizados pela Corte Suprema daquele Estado para se evitar o controle judicial sobre

O sistema argentino contém efetivamente limitações ao exercício do controle judicial sobre a função administrativa, não apenas levando em conta o aspecto da amplitude da tutela, mas também em função do elemento temporal que será referenciado oportunamente.

1.4 No Direito português a plenitude da tutela jurisdicional sobre o exercício da função administrativa é princípio consagrado na Constituição de 1976. O Tribunal Constitucional português, inclusive, quando do julgamento do Processo nº 590/88 - 1ª Seção, decidiu: "Garantia de Recurso Contencioso. Aplicação da Constituição no Tempo. Direito Fundamental Análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias. Processo Constitucional. Fiscalização Concreta da Constitucionalidade. Competência do Tribunal Constitucional. Recusa de Aplicação de Norma Por Inconstitucionalidade. Direito Ordinário Anterior à Constituição.

I ...

II...

III...

IV...

V - O Direito de recurso contencioso (artigo 269º, nº 2, da versão originária da Constituição, a que corresponde o artigo 268º, nº 3, na versão de 1982) é um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando por isso do mesmo regime, incluindo a aplicabilidade directa e a possibilidade de restrição apenas nos casos previstos na Constituição através de lei geral e abstracta (artigo 17º e 18º da Constituição).

VI - Daí decorre a ilegitimidade de qualquer disposição da lei ordinária que declare irrecurável determinando acto administrativo definitivo e executório, ou restrinja o direito de

atos de outros Poderes "Las referidas a las llamadas "cuestiones políticas" y a la zona de reserva de los otros dos poderes, las cuales pueden traducirse de los actos emanados de éstos, que es muy difícil, si no imposible, de destruir"

impugnação contenciosa desse acto, ou de parte desse acto, ou o limite a alguns dos seus vícios.

VII..."³¹

No mesmo sentido poder-se-ia lembrar o Acórdão de 18/04/1991, no processo nº 77.733 do Supremo Tribunal de Justiça cuja Ementa é de uma clareza indiscutível:

"I ...

II - O Direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental que se traduz num verdadeiro direito à via judiciária, como garantia contra todos os actos lesivos do poder ou dos particulares."³²

1.4.1 A Constituição portuguesa de 1976 representou, sobretudo após a lei Constitucional nº 01/82 um grande avanço em matéria de controle jurisdicional sobre a função administrativa. O fato é destacado por Rui Chancerelle de Machete, ao observar que: "a introdução de novo recurso pelo art. 268º, nº 3 da Constituição quebra a perspectiva até agora exclusivamente seguida pelo legislador constituinte de considerar tão-só a defesa dos particulares contra actos administrativos ilegais admitindo-se a partir de agora que a jurisdição administrativa tutele também por forma directa situações subjetivas dos particulares. Esta inovação não constitui uma simples extensão de garantia constitucional ao contencioso das acções como o indica claramente o facto de o preceito constitucional qualificar este novo meio processual como um

³¹ Nota: O relator Vital Moreira, no voto proferido destacou, inclusive: "A primeira revisão Constitucional, operada pela Lei Constitucional nº 01/82, de 30 de setembro, veio, aliás, alargar o âmbito de proteção dos Administrados, admitindo-se, agora, o direito de recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos independentemente da sua forma e, para além do recurso anulatório, o recurso para o reconhecimento de Direitos ou interesses juridicamente protegidos."

³² *Boletim Do Ministério da Justiça* nº 388. Lisboa: 1989, p. 173

recurso”³³, na verdade tem-se como princípio norteador aquele que Machete denomina de princípio da efetiva tutela jurisdicional”, ou princípio da plenitude da tutela jurisdicional, expressão mais aceita pela doutrina brasileira.

Foi esse princípio objeto de paulatina ampliação “A proteção jurisdicional dos Administrados, tem sido sucessivamente ampliada através das leis constitucionais de revisão”³⁴, destaca Maças. Observando-se os textos constitucionais portugueses a partir da Constituição de 1933 (inclusive revisão de 1971) e sobretudo a Constituição de 1976 com as leis Constitucionais de 1982 e 1989, constata-se a preocupação do legislador Constitucional em assegurar efetivamente ao administrado proteção jurisdicional contra atos lesivos a direitos, ou interesses legalmente protegidos, contra atos que não se harmonizam com as normas e princípios quer constitucionais, quer legais.³⁵ O atual estágio da disciplina da

³³ Machete, Rui Chancerelle: “A garantia contenciosa para obter o reconhecimento de um Direito ou interesse legalmente protegido”, in Miranda, Jorge (org.): *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1986, p. 229.

³⁴ Maça, Maria Fernanda: “A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos”, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequitas/Editorial Noticias, 1993, p. 328.

³⁵ O Tribunal Constitucional português no Acórdão 444/91, bem expressou os desdobramentos necessários à garantia de uma tutela jurisdicional efetiva entendendo ser possível identificar três momentos distintos: “Primeiro, no direito de acesso à ‘justiça’ a órgãos jurisdicionais, ou o que é mesmo a órgãos independentes e imparciais (artigo 206 da Constituição) e cujos titulares gozam das prerrogativas da inamovibilidade e da irresponsabilidade pelas suas decisões (artigos 219, 1º e 2º, da Lei Fundamental); segundo, uma vez concretizado o acesso a um tribunal, no direito de obter uma solução num prazo razoável; terceiro, uma vez ditada a sentença, no direito à execução das decisões dos tribunais ou no direito à efetividade das sentenças.” Esses dois últimos aspectos são de grande relevância. A não adequada disciplina do elemento temporal pode, de fato, em certas circunstâncias até esvaziar o princípio da efetiva tutela jurisdicional. Daí inclusive a grande importância de aprimoramento do sistema de medidas cautelares em termos de contencioso administrativo quer frente ao Direito português, quer frente ao Direito

matéria pela Constituição Portuguesa colocá-a, sem dúvida, dentre as mais modernas do mundo.

É como bem sintetizam Canotilho e Vital Moreira: “Depois da revisão constitucional de 1989, a Constituição garante com nitidez duas formas de acesso aos tribunais por partes dos Administrados: (a) O direito de recurso contencioso contra actos administrativos ilegais (nº 4); (2) O direito de acesso à justiça administrativa para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos. Essa pluralidade de meios de tutela é de relevante significado jurídico-constitucional, dado que torna inquestionável o princípio da plenitude da garantia jurisdicional.”³⁶

1.5 Em relação ao Brasil, para melhor delimitação do sentido da plenitude da tutela jurisdicional sobre a função administrativa [inclusive a regulamentar] mister se faz que sejam observados alguns aspectos de grande importância, sobretudo, em função do sistema decorrente da Constituição de 1988. Imprescindível que se observe, ainda que com brevidade, o sentido da expressão direito subjetivo, tal como concebido no direito brasileiro e, também, as construções recentes, com o alargamento das “class action” e o desenvolvimento das figuras de **direitos** (e também interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos).

1.5.1 Não é demais lembrar que a Constituição de 1988 não apenas ampliou o elenco de direitos e interesses tuteláveis pelo Judiciário, mas também aprimorou os mecanismos de

brasileiro. A questão da efetividade das Sentenças, ou das execuções contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público é outro aspecto de crucial importância e que em sistemas como o brasileiro tem representado verdadeiro “calcanhar de Aquiles”. Esses aspectos serão oportunamente desenvolvidos.

³⁶ Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital: *A Constituição da República Portuguesa anotada*. Lisboa: Almedina, p. 937.

controle jurídico-político exercido pelo Legislativo³⁷, inclusive no tocante ao papel dos Tribunais de Contas; e, os próprios

³⁷ O Congresso Nacional tem, de acordo com a Constituição Federal, art.49, V, **competência exclusiva** para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Verifica-se desse dispositivo, a atribuição de competência que representa, inclusive, controle com forte elemento jurídico. Além disso, consagra expressamente algo que a doutrina brasileira já defendia, de modo bastante pacífico, antes mesmo da Constituição vigente. Frente ao sistema brasileiro, não há regulamentos autônomos, sendo aqueles meros instrumentos para adequada aplicação da lei. É a antiga lição de Pontes de Miranda "Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos, há abuso de poder regulamentar, invasão de competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei." No mesmo sentido lecionava Cretella Junior: " Não pode o **regulamento** alterar a lei, nem criar obrigações para cidadãos, que somente estão sujeitos aos encargos constantes da própria disposição legislativa". Podem regulamentos funcionar como instrumento normativo, internamente, em relação aos agentes públicos, mas nunca como comandos normativos dirigidos aos administrados, a não ser a nível de disciplinar com maior precisão, ou maior individualidade, situações alcançadas pela moldura legal. Essa posição com finalidade tipicamente garantística, não é original, nem específica do direito brasileiro. A luz do sistema espanhol também lecionam García de Enterría e Ramón Fernández: "Un reglamento independiente de la Ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial, y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados. El reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la administración que implique definición "abstracta" (desde la posición de supremacía general poder-público-ciudadanos) de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia esta reservada constitucionalmente a la Ley." As Constituições dos Estados-Membros brasileiros, regra geral, tem dispositivos similares aos da Constituição Federal, no sentido de atribuírem competência ao Legislativo Estadual para sustar os Atos do Poder Executivo Estadual que exorbitem o poder regulamentar. P. ex., poder-se-ia citar a Constituição do Estado de São Paulo, art.20, IX, e a Constituição de Pernambuco, art. 14, XIX. Além disso assegurado no sistema constitucional vigente ao Congresso Nacional a competência para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas

instrumentos para exercício do controle interno pelos órgãos responsáveis pelo controle interno da função administrativa.

Pode-se ter como ponto de partida para o exame da questão da plenitude da tutela jurisdicional o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, na súmula nº. 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

O teor dessa súmula bem expressa o sentido e a amplitude do Direito subjetivo consagrado pela jurisprudência brasileira, na esteira, sem dúvida do que vem sendo defendido pela doutrina, preocupada com a garantia do Administrado frente à Administração.

Nessa linha, uma das primeiras, e, relevantes constatações que se faz é no tocante à inexistência de maior relevo a distinção já bastante desenvolvida entre **direito subjetivo e interesse legalmente protegido**. Alguns, como Celso Antônio Bandeira de Mello defendem, inclusive, da desnecessidade de tal distinção frente ao sistema brasileiro, considerando a unidade de jurisdição, diversamente de outros sistemas de jurisdição dual.³⁸

casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta (CF/88, art.49, X). O elenco de "atribuições de fiscalização" do Legislativo é, em verdade, bastante amplo, podendo-se, de modo sistemático, reproduzir as espécies apontadas por José Afonso da Silva : a) pedidos de informação, encaminhados pelas mesas das casas aos ministros de Estado; b) comissão parlamentar de inquérito; c) controle externo, com auxílio do Tribunal de Contas; d) fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo; e) tomadas de contas pela Câmara dos Deputados [nas hipóteses da CF/88, art.51, II, e 84, XXIV] ³⁷. Feita apenas a referência, por não ser essa espécie de controle objeto do presente trabalho. Sobre esse tópico, à luz do Direito Brasileiro, merece consulta Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

³⁸ Bandeira de Mello, Celso Antônio: "Prestação jurisdicional dos interesses legítimos no Direito Brasileiro", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 176. Rio de Janeiro: FGV, abril/junho 1989, p. 9-15.

Ressalta aquele jurista, invocando, inclusive, excelente julgado, relatado por José Carlos Barbosa Moreira, que frente ao sistema brasileiro, o relevante é a defesa da legalidade por não haver distinção básica quanto aos remédios jurídicos garantísticos, quer na hipótese de interesse legalmente protegido, quer na hipótese de direito subjetivo propriamente dito.³⁹

Observe-se: segundo Virga, o direito subjetivo consiste: “in una facultà di agire (agere lice) in ordine ad determinata situazione giuridica, nei limiti segnati dalla norma”, enquanto o “interesse legittimo può definirsi come la pretesa alla legittimità dell’atto amministrativo, che viene riconosciuta a quel soggetto, che si trovi rispetto all’esercizio di un potere discrezionale dell’amministrazione in una particolare posizione legittimante.”⁴⁰

Por outro lado Giannini faz a distinção entendendo como “interessi legittimi” o “materiali individuali strettamente collegati ad un interesse pubblico, e quindi protetti giuridicamente solo nella misura in cui fosse protetto quest’ultimo.”⁴¹

³⁹ Observe-se, por exemplo, que a obra clássica do direito brasileiro, em relação ao tema controle judicial da Administração Pública de Seabra Fagundes parte do conceito de Direito subjetivo: “Os direitos que o administrado tem diante do Estado a exigir prestações ativas ou negativas, constituem, no seu conjunto, os chamados direitos públicos subjetivos.” Consta-se, entretanto, que ao desenvolver sua teoria “... Os direitos do indivíduo em frente ao Estado tem sempre a sua fonte primária e essencial na lei. Algumas vezes bastam o enunciado legal e o preenchimento pelo indivíduo de certas condições de fato e de direito, que a lei prescreva, para que comece a existir o direito subjetivo do administrado” inclui situações que examinadas com acuidade representam, em verdade, situações de tutela de interesses legalmente protegidos.

⁴⁰ Virga, Pietro: *Diritto Amministrativo (Atti e Ricorsi)*, vol. 2. Milano: Giuffrè, 1991, p. 174-175.

⁴¹ Giannini, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1993, p.75.

Poder-se-ia, ainda, lembrar, que frente ao Direito português defende-se: “podemos dizer subjectivo o direito que a norma confere a alguém (pessoa singular ou pessoa colectiva) de exigir da Administração um determinado comportamento, em ordem à satisfação do bem por si projectado e legalmente enunciado, e a que corresponde, por parte daquela, o dever de realizar”..” Mas o direito subjectivo, por si só, pode ser insuficiente para cobrir situações em que se justifique a tutela...também o interesse a que não corresponde qualquer direito, pode ser merecedor de protecção.”...”o que releva para acentuar a distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos é a natureza da fonte de que emana o bem para que tende a posição de vantagem do sujeito. No primeiro caso, a origem funda-se em normas de direito privado ou público; no segundo, eles radicam no exercício do poder administrativo, na “potestas” administrativa e no desenvolvimento da complexidade de actos consequentes e sucessivos que culminam no acto final administrativo.”⁴²

Nesse tópico, irreparável é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, de grande pertinência para o direito brasileiro “Negar protecção jurisdicional nos casos em que o pleito se assenta em hipóteses excedentes da noção restrita de direito subjetivo corresponderia a assumir posição antinômica aos vetores interpretativos que são impostos pela lógica do Estado de Direito. É forçoso, pois, reconhecer que em todos os casos em que a violação da ordem jurídica pela Administração acarretar um prejuízo pessoal para o administrado-esteja ele colocado em situação relacional concreta, ou em situação genérica, objetiva - há também violação a um direito seu,

⁴² Santos Botelho, José Manuel da S.; Pires Esteves, Américo, J; Pinho, José Cândido de: *Código do Procedimento Administrativo- anotado, comentado, jurisprudência*. Lisboa/Coimbra: Almedina, 1992, p.54.

assistindo-lhe, de conseguinte, obter proteção jurisdicional para ele.”⁴³

A aproximação das situações caracterizadoras de violação de direito subjetivo, ou de interesse legítimo, no caso brasileiro, funda-se, inclusive, na necessidade de uma mais efetiva proteção ao Administrado frente à Administração Pública, em relação à qual o quadro que se observa é “desalentador e frustrante”.. “desgastada pela corrupção generalizada; pela desorientação...pela falta de credibilidade das autoridades públicas, em todos os escalões”⁴⁴... Não há, em verdade, discrepância entre os melhores doutrinadores sobre essa necessidade do entendimento abrangente do conceito de **Direito Subjetivo**⁴⁵. “A última palavra caberá sempre ao Poder Judiciário, o que afastará o arbítrio, a prepotência do Estado e dos governantes”⁴⁶. Em função da realidade brasileira, é plenamente justificável e defensável tal posição, que, em princípio pode parecer simplista e até primária, ao jurista europeu, mas que serve como instrumento para um mais efetivo controle da Administração Pública, cuja estrutura é extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração, assolada por males como o “spoil system” na designação dos titulares de “cargos em comissão”, cujo excessivo número, sem dúvida, macula qualquer sentido de profissionalismo dos Órgãos de direção, por serem alçados a esses postos da Administração

⁴³ Bandeira de Mello, Celso Antonio: “O controle judicial dos Atos Administrativos”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº.152. Rio de Janeiro: FGV, abr/jun 1983, p. 4-5.

⁴⁴ Gonzalez Borges, Alice: “O controle jurisdicional da Administração Pública”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192. Rio de Janeiro: FGV/Renovar, abr/jun 1993, p. 49-60.

⁴⁵ Nesse sentido, dentre outros Mukai, Toshio; Valle de Figueiredo, Lúcia; Medauar, Odete; Pereira Junior, Jessé Torres.

⁴⁶ Fredja Szklarowsky, Leon: “Instrumentos de defesa do contribuinte”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 196. Rio de Janeiro: FGV/Renovar, abr/jun, 1994, p. 23.

Pública pessoas que efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas de poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público.⁴⁷

Além desse aspecto, podem ser citadas inúmeras facetas que evidenciam, sem dúvida, a maior probabilidade de a Administração pública brasileira alcançar direitos e interesses legítimos de Administrados.

1.5.3 A falta de adequada procedimentalização é outro aspecto de grande importância. Considerando todos esses aspectos, é de se reconhecer como de grande relevo a posição adotada quanto ao sentido de Direito subjetivo.

É, também imprescindível que se observe a amplitude dos direitos objeto de proteção, passando a alcançar aqueles **transindividuais**⁴⁸. Como ver-se-á quando do exame dos instrumentos processuais utilizáveis contra a Administração pública, o Brasil, seguindo a trilha de outros sistemas jurídicos foi paulatinamente tendo inseridos em seu Ordenamento jurídico instrumentos para a defesa de Direitos que ultrapassavam o meramente individual.

É a mudança de perspectiva bem delineada por Barbosa Moreira: “Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva...Essa mudança de

⁴⁷ Estudo da própria Secretaria de Administração Federal reconheceu: “Aqui inexistente o que se pode chamar de memória da administração, o que leva os cargos em comissão a estarem propensos a constantes mudanças, ao sabor da descontinuidade política”.

⁴⁸ Mazzile, Hugo Nigro: *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

enfoque não poderia deixar de refletir-se no quadro das relações sociais reguladas pelo direito.⁴⁹

Surgiu, inicialmente, no direito brasileiro, como primeiro instrumento para defesa de Direitos não individuais a figura da ação popular, em sua concepção original como remédio colocado à disposição de qualquer cidadão, brasileiro para pleitear a anulação ou declarar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (Lei nº 4.717, de 29.06.65). O elenco de questões objeto de controle pela ação popular foi sensivelmente ampliado com a Constituição Federal de 1988, cujo art. 5º, LXXIII, considera-a como instrumento, também, para anular ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural. Tornou-se, verdadeiro instrumento, oponível contra atos do Estado na defesa de interesses coletivos. Posteriormente, criou-se o instrumento da ação civil pública, com a edição da Lei nº 7.347, de 24.07.85, para proteção e também imputação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens de valor histórico, à ordem econômica, artístico, estético e paisagístico.

Posteriormente com a lei nº 8078, de 11.09.90, ampliou-se o elenco de Direitos e interesses tuteláveis passando a incluir os referentes ao consumidor, inserindo-se, também previsão

⁴⁹ Barbosa Moreira, José Carlos: "A proteção jurídica dos interesses coletivos", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 139. Rio de Janeiro: FGV, 1980, p. 1.

genérica: para proteção de **qualquer outro interesse difuso, ou coletivo**. Legitimaram-se para esta modalidade de ação, o Ministério Público, as Pessoas Jurídicas integrantes da Administração Pública e Associações constituídas para a finalidade de proteção ao direito, ou interesse perseguido com a ação, há pelo menos um ano.

Ao lado desses instrumentos, a Constituição de 1988 criou a figura do **mandado de segurança coletivo**, legitimando, para tal: partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art.5º., LXX, da CF/88) (essas figuras serão examinadas com mais acuidade no item referente aos instrumentos para controle da Administração).

1.5.4 É importante ressaltar que, no Direito brasileiro, são categorias nitidamente definidas: **direitos e interesses coletivos, direitos e interesses difusos e direitos e interesses individuais homogêneos**. O Código de proteção e defesa do consumidor [lei nº8.078] define os **difusos** como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Ada Grinover bem os compreende, ao lembrar que "por interesses propriamente difusos, entendem-se aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, baseiam-se sobre dados de fato genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região, consumir produtos iguais, viver em determinadas circunstâncias sócio econômicas"⁵⁰. A segunda espécie⁵¹ refere-se a direitos e interesses em que o ponto comum entre seus titulares é o fato de integrarem uma categoria, ou uma profissão,

⁵⁰ Grinover, Ada Pellegrini: "Ações coletivas para tutela do ambiente e dos consumidores", in *Revista AJURIS*, nº 36, p. 7.

⁵¹ Cavalcanti, Francisco: *Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 167.

ou apresentarem um elo comum com o pólo passivo da relação processual a se instalar. São, portanto, “individuos integrantes del grupo, es decir, portadores de derechos análogos”, no dizer de Gabriel Stiglitz, mas não divisíveis. A terceira espécie de interesse ou direito (individual homogêneo) é perfeitamente divisível. Tem como cerne comum a figura do polo passivo e a identidade, ou pelo menos semelhança da violação. É uma forma de possibilitar a reunião em uma só demanda de pleitos individuais idênticos, reduzindo o fluxo de demanda por justiça e racionalizando a prestação jurisdicional.

Verifica-se, pois, que, também essa ampliação do elenco de Direitos e interesses tuteláveis veio a dar grande dimensão ao controle jurisdicional da função administrativa. Tal fato, inclusive, vem gerando alguns problemas ligados à questão da competência nas ações coletivas de âmbito nacional, que serão oportunamente examinados.

A outra questão importante, pertinente, aos limites do controle jurisdicional diz respeito ao elemento temporal, que será a seguir examinado.

1.5.5 A visão da precisão do elemento temporal como de relevo para a definição do sentido de plenitude da tutela jurisdicional nem sempre é explorada pela doutrina, sobretudo à luz do direito comparado. A questão torna-se relevante, inclusive, em função do grande desenvolvimento do estudo do procedimento administrativo. Vários ordenamentos jurídicos prevêm a exaustão das vias administrativas como requisito de admissibilidade de recursos, ou ações na via judicial, levando-se, regra geral a que apenas os atos finais, definitivos e executórios dos procedimentos sejam, em princípio, sujeitos a controle judicial. Essa doutrina, p. ex., é acolhida nos E.U.A, e consagrada no “A P A como “exhaustion of administrative remedies”, delineada por Schwartz como “that no one is entitled to judicial relief for supposed or threatened injury until the prescribe administrative remedy has been exhausted...The

reason for judicial application of the exhaustion doctrine...are not difficult to understand. A primary purpose is, of course, the avoidance of premature interruption of the administrative process. And since Agency are frequently of a discretionary nature or frequently require expertise, the agency should be given the first chance to the exercise that discretion or to apply that expertise. And of course it is generally more efficient for the administrative process to go forward without interruption that is to permit the parties to seek aid from the courts at various intermediate stage. the very same reasons lie behind judicial rules sharply limiting interloctutory appeals”⁵².

Ao lado da doutrina da *exhaustion of administrative remedies*, é de serem lembrados, ainda os princípios do “primary jurisdiction” e do “ripeness of administrative remedies” que a complementam⁵³.

É compreensível a existência de limitações temporais ao controle judicial da Administração no sistema norte-americano, a partir, sobretudo, da idéia de que a plenitude da tutela jurisdicional não é assegurada naquele sistema.

Não é, entretanto, apenas à luz do sistema norte-americano que existem essas limitações. A regra básica encontrada é no sentido de que a antecipação da prestação jurisdicional no sentido de tal vir a ocorrer antes da conclusão

⁵² Schwartz, Bernard (n. 24), p. 609.

⁵³ O primeiro desses é o responsável pela definição “whether an action may be brought in a court or whether an Agency proceeding, or further Agency proceeding is necessary”. Quanto ao segundo é considerado complementar da teoria da “exhaustion of administrative remedies” embora com ênfase distinta. Gellhorn e Boyer procuram distingui-los ressaltando que “the exhaustion doctrine emphasizes the position of the part seeking review; ... Ripeness, by contrast, is concerned primarily with the institutional relationship between courts and agencies, and the competence of courts to resolve disputes without further administrative refinement of the issues. In extreme cases, the ripeness serves to implement the police behind article III of the “Constitution.” Sobre as regras procedimentais para exercício do *judicial review*, merecem consulta as *federal rules of civil -appellate procedure*.

dos procedimentos, representa uma limitação ao exercício da função administrativa, que só estaria completa a partir da expedição dos atos definitivos e decisórios dos procedimentos. Quando muito, assegurar-se-ia o administrado, contra atos preparatórios do procedimento quando estes fossem aptos a por si só lesar direitos (seriam os atos ditos destacáveis).

Além desse aspecto, observa-se, que, vários ordenamentos jurídicos inserem como requisito para a utilização de mecanismos de controle judicial a figura do “reclamo administrativo prévio”.

1.5.5.1 Na Argentina, p.ex., tradicional é o princípio de que o esgotamento da via administrativa e o reclamo prévio são requisitos de admissibilidade do recurso à via judicial. Nesse sentido já lecionava o clássico Rafael Bielsa⁵⁴ na segunda década deste século. A doutrina moderna argentina não se afastou de tal posicionamento, em função naturalmente do ordenamento que lhe serve de referencial e, ao que parece, corresponde ao que os juristas portenhos consideram, em geral, mais adequado. Dromi, p.ex., defende, da necessidade do reclamo administrativo prévio e do esgotamento da via administrativa como requisito de admissibilidade dos mecanismos de controle judicial da Administração. Leciona: “El Estado Nacional podrá ser demandado judicialmente una vez realizado el reclamo administrativo previo, estableciéndose como excepción cuando se trate de impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular o general. El reclamo administrativo previo no es necesario si hay una norma expresa que así lo establezca”⁵⁵ (o que é excepcional). No

⁵⁴ “Sólo después de agotada sin éxito la vía administrativa procede el recurso judicial”... além disso, salientava “El principio general en materia contencioso-administrativa que la resolución cause estado (bien entendido en la jurisdicción administrativa), lo cual supone una decisión. La simple gestión o trámite administrativo no producen caso contencioso”

⁵⁵ Dromi, José Roberto: *Manual de Derecho Administrativo*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1987, p.327.

mesmo sentido Linares⁵⁶. A regra geral é, em verdade, da aceitação dos princípios do esgotamento da via administrativa e da necessidade de reclamação prévia como princípios adequados ao funcionamento das instituições. As razões apresentadas pelos doutrinadores, em geral, são aquelas que Mairal expõe:

I. Simplemente, otorgar a la Administración el privilegio de no ser llevada a juicio sin aviso previo.

II. Dar una oportunidad a la Administración para que corrija sus errores a la luz de las observaciones que formula el particular.

III. Evitar que la Administración sea llevada a juicio por decisiones de sus órganos inferiores, tomadas a veces sin debida deliberación.

IV. Reducir el número de casos que llegan a la instancia judicial permitiendo que la mayor cantidad posible alcance solución mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo (finalidad válida) o alargando y complicando los trámites para que los particulares se descorazonen, pierdan interés por haberse tornado abstracta la cuestión ó cometan errores formales en que se fundar la denegatoria (finalidad inadmissible).

V. respetar la independencia de la Administración evitando interferir prematuramente en su proceso decisorio.

VI. Permitir a la Administración investigar, registrar y evaluar los hechos aplicando sus conocimientos técnicos especializados, facilitando así la revisión judicial que gozará del beneficio de esa evaluación y de la compilación del expediente en sede administrativa”⁵⁷.

Em verdade, tal como ocorreu no Brasil, as razões teóricas nem sempre correspondem à realidade dos fatos. É o citado Mairal que, com razão, alega que os objetivos que a

⁵⁶ Linares, Juan Francisco: *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p.404 s.

⁵⁷ Mairal, Hector: *Contról judicial de la Administración Pública*, vol. 1. Buenos Aires: De Palma, 1984, p. 304.

doutrina argentina teve em vista foram, em resumo, o interesse da Administração, o interesse do Poder Judiciário e a conveniência política, não se podendo, por outro lado esquecer que: "el sistema de recursos tal como funciona en la práctica obliga a descartar todo o justificativo baseado en nueva revisión imparcial o especializada, dada la inexistencia de funcionarios que gocen de relativa independencia de la Administración activa...ademas la revision se limita a los aspectos jurídicos y no fácticos a la inversa do que ocurre en los Estados Unidos...". Las reflexiones de los Jueces norteamericanos acerca de la necesidad de permitir a la Administración una nueva evaluación de la cuestión, tomando en cuenta los argumentos del particular, suenan huecas a los oídos del abogado argentino especializado en estos temas, acostumbrado a enfrentar una Administración que suele defender sus propios actos."⁵⁸

1.5.5.2 O Direito português, por outro lado, é representativo da evolução da posição clássica de limitação do controle aos atos definitivos e executórios da Administração Pública para aquela no sentido de assegurar a plenitude da proteção jurisdicional, independentemente da qualificação do ato impugnado. A posição tradicional era a que partia da distinção entre atos preparatórios e definitivos, embora mesmo ante a esse clássica posição já se fizesse a distinção dos atos preparatórios quando capazes de alcançar direitos dos administrados. Representativo deste período, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, no recurso nº 16.482, de 06.10.1987, em relação ao qual foram feitas as anotações que seguem:

"Actos preparatórios são os que habilitam um órgão administrativo a pronunciar a resolução final, pertencendo a esta categoria os actos jurídicos de instrução e outros análogos (Marcello Caetano, *Manual*, tomo I, 10ª ed., p. 445). Os actos

⁵⁸ Mairál, Hector (n. 57), p. 319.

preparatórios não são, na maioria dos casos, contenciosamente impugnáveis, por não se contarem entre os actos administrativos (Sérvulo Correia, *Noções*, Lisboa, 1982, p.311). Porém, os actos preparatórios que num processo gracioso condicionam irremediavelmente o acto final, devem ser susceptíveis de recurso contencioso imediato (Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, vol I, Lisboa, 1980, p. 407). Com efeito se na maioria dos casos, os actos preparatórios são actos internos que não se reflectem directamente na esfera jurídica dos particulares, por vezes nos deparamos com actos que, desempenhando no âmbito de um procedimento administrativo uma função instrumental de preparação de actos externos, se revestem, também eles desta última qualidade, por também, desde logo produzirem efeitos jurídicos no âmbito das relações entre a Administração e os particulares, ou sobre a situação jurídico-administrativa de coisas; chamar-se-lhes actos destacáveis ou actos prejudiciais. Essa categoria foi aceite na nossa jurisprudência para permitir a impugnação contenciosa de actos que, como os que excluem certos candidatos de um concurso, ou os que organizem listas com validade para certo período e sobre as quais assentarão as futuras escolhas para provimento, implicam de per si, decisão final relativamente a certa pessoa ou comprometem irremediavelmente em certo sentido a decisão final, relativamente a certa pessoa, ou comprometem irremediavelmente, em certo sentido a decisão a tomar (Sérvulo Correia, *Noções*, p. 275 e 276)⁵⁹.

Nesse sentido poderiam ser citados alguns Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo representativos dessa fase do Direito português, na qual os requisitos da definitividade, ou pelos menos da destacabilidade, eram imprescindíveis para o exercício do controle judicial (p. ex., Recurso nº 18.746, da 1ª Seção, relator Inácio Alfredo da Fonseca Fernandes, ref. à exploração de bingo-adjudicação provisória em 21.05.87; Recurso nº 21.847, da 1ª Seção, Relator José da Cruz Rodrigues,

⁵⁹ *Acórdãos doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo*. Lisboa: 1987.

ref. a terminais T.I.R., de 07.11.89; Recurso nº 16.482, da 1ª Seção do Supremo Tribunal Administrativo, em 06.10.87, no qual se ressalta:

“Sumário:

I...

II...

III - Esse despacho, embora tratando-se de acto preparatório do resultado final a obter, quanto aos funcionários afastados do processo, funcionou como acto definitivo e executório, pois os afastou definitivamente da reclassificação pelo que é acto destacável para efeitos contenciosos”⁶⁰.

Mesmo após a LC de 1989, o Supremo Tribunal Administrativo ainda decidiu, no acórdão de 26.04.90 (Recurso nº 23.513): Concurso Público. Concessão De Serviço Público. Acto Preparatório: No concurso público para concessão de serviço público, a deliberação da Câmara Municipal que o manda abrir, é acto preparatório, como tal não recorrível⁶¹. Na verdade, a LC de 1989 foi responsável por sensível alteração: “diferentemente do que acontecia com a anterior redacção do nº 4 (do art. 268), o acto administrativo susceptível de recurso não carece de ser definitivo e executório. Interessa porém, esclarecer o alcance jurídico-constitucional da eliminação da definitividade e executoriedade do acto como pressuposto do recurso jurisdiccional. Em primeiro lugar, poder-se-ia dizer que a Constituição não fez mais que purificar o conceito de acto administrativo susceptível de recurso, pois as dimensões de definitividade e executoriedade já há algum tempo tinham deixado de ser consideradas dimensões imprescindíveis do acto contenciosamente impugnável. o que se exige, porém, é que se trate de um verdadeiro acto administrativo, ou seja, decisão de autoridade tomada no uso de poderes jurídico-administrativos

⁶⁰ *Acórdãos doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo* (n. 59), p. 1340.

⁶¹ *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 396. Lisboa: 1990, p. 413.

com vista à produção de efeitos jurídicos externos sobre determinado caso concreto”⁶².

A realidade portuguesa hoje, é de grande amplitude da tutela jurisdiccional, embora deva-se ressaltar que o conceito de **acto administrativo** naquele sistema é mais restrito que no direito brasileiro.

O que se nota é evolução no sentido de ter-se como elemento definidor da admissibilidade de tutela jurisdiccional a lesividade do ato e não a sua caracterização, como ato definitivo ou mesmo destacável. O que parece, ainda, pouco desenvolvido no sistema português é a questão pertinente à proteção dos Administrados em relação ao trâmite, aos atos procedimentais, ou pelo menos, o que se constata é da não imediata prestação jurisdiccional em relação à lesão do direito a um determinado procedimento, que não se confunde com a lesão de direito de fundo. Hoje, pacífico é da necessidade de tutela dos atos procedimentais⁶³.

1.5.5.3 Concluindo essa breve referência a outros sistemas, observe-se que a Espanha também evoluiu de sistema bastante restritivo, quer no tocante ao elemento temporal, quer no tocante ao rol de atos tuteláveis, para a sua concepção atual, tendente à mais ampla tutela jurisdiccional. A concepção anterior, de exigência de esgotamento da via administrativa era criticada por autores como García de Enterría e Miguel Beltrán de Felipe, que defendiam “la exigencia del agotamiento de la vía administrativa ... no es más que una carga para el ciudadano sin ninguna justificación práctica: "es una arbitrariedad exigir que esta reconsideración tenga que producirse, como una carga para

⁶² Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital (n. 36), p. 939.

⁶³ Merece consulta sobre esse tópico: García, Ernesto; Garnica, Trevijano: *La impugnación de los actos administrativos de trámite*. Montecorvo, 1993.

los recurrentes, antes precisamente de que pueda producirse la interposicion del recurso contencioso-administrativo”⁶⁴.

Posteriormente, após a edição da lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, de 26.11.1992 tornou-se possível a utilização diretamente do recurso contencioso-administrativo⁶⁵.

O que se aponta, por outro lado, é que “la entrada en vigor de la CE (Constitución de 1978) y la consagración del derecho a la tutela efectiva en el artículo 1 LJ, que establece una cláusula general que hace entrar el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a la totalidad de los actos de la Administración Pública sometidos a Derecho Administrativo”⁶⁶. Ou seja, a Espanha, após a redemocratização e, naturalmente como reflexo dela, tem representado um exemplo de sistema evolutivo no sentido da plenitude da tutela jurisdicional, embora com falhas, ainda, em relação ao sistema de medidas cautelares, como se observará oportunamente.

1.6. Também o direito brasileiro evoluiu de sistema não assecuratório da plenitude da tutela jurisdicional, representado pela Constituição anterior, com a Emenda nº 7 de 1977, para sistema de acordo com o qual, a exaustão da via administrativa não representa, em princípio, requisito de admissibilidade do controle jurisdicional sobre a função administrativa. Apesar de a doutrina brasileira ter forte aversão à regra do esgotamento da via administrativa, indubitável que no período de vigência da EC nº 1/69, após a EC nº 7/77, tal condição era tida como pertinente e possível frente à moldura constitucional vigente. Nesse sentido poder-se-ia indicar a Decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Conflito de

⁶⁴ Beltran de Felipe, Miguel: *Las exigencias constitucionales de una nueva concepcion del contencioso-administrativo*. Madrid: p. 3098.

⁶⁵ Villar Palasi, Jose Luis; Villar Ezcurra, Jose Luis: *Principios de Derecho Administrativo II*. Madrid: Universidade Complutense, 1993, p. 224.

⁶⁶ Cosculluela Montaner, Luis - *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1994, p. 465.

Atribuições nº 13/82 (julg. em 26/08/82) de seguinte **Ementa**: Constitucional. Agro-indústria canavieira. Conflito entre proprietário e arrendatário de fundo agrícola, fornecedor de canas a usina. Solução administrativa pelo órgão de conciliação e julgamento, consoante art. 100 do estatuto da lavoura canavieira, decreto-Lei nº 3.855, de 21.11.41. Prévio esgotamento da via administrativa, como condição para o ingresso do litígio no Poder Judiciário. Solução que segundo o acórdão do STF no conflito nº. 5.334 -TRJ 56/80, não ofende a Constituição, e hoje mais ainda se justifica ante a explicitação contida na segunda parte do parágrafo 4º, do art. 153, introduzida pela EC nº 7, de 13.04.77 (Ac. Unânime)⁶⁷. EC nº 1, art. 153, § 4º, com a redação dada pela EC nº 7/77: “A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

Observe-se que aquela Corte entendeu ter o dispositivo constitucional invocado efeito meramente de explicitar, declarar, o que se entendia ser compatível com o sistema jurídico então existente, posição essa objeto de críticas doutrinárias, por possibilitar, tal como no caso argentino, por razões semelhantes, que tal servisse como instrumento para postergar a prestação jurisdicional. Como forma de compatibilizar a necessidade de efetiva tutela jurisdicional com a previsão constitucional supra indicada desenvolveu-se, ainda na vigência da Carta Constitucional anterior, na jurisprudência brasileira, teoria visando atenuar os rigores da tese do esgotamento da via administrativa como requisito de admissibilidade da utilização da via judicial. Tal posicionamento expressava-se pelo raciocínio de que em sendo ajuizada a ação e em vindo a entidade pública a contestar em juízo o pedido [entendia-se

⁶⁷ *Diário da Justiça da União*, seção I, de 03.12.82, p. 2.485.

prejudicada a alegação de não utilização da via administrativa sob o argumento de que a resposta da entidade já seria um demonstrativo de que não teria a Ré acolhido as alegações do Administrado mesmo que esse tivesse provocado-a na via administrativa]. Nesse sentido o Acórdão Cível nº 117.329 - RJ (reg. nº 7.109.911), da 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, no qual o Relator destacou: “É tranquilo o entendimento neste tribunal no sentido de que, se proposta a ação, a União contesta, como ocorreu no caso dos autos, tem-se por suprida a exigência do pedido à Administração de restituição do tributo”⁶⁸.

No período anterior à Constituição de 1988, seria de referir-se, ainda, à tentativa de implantação de “contencioso administrativo”, em verdade procedimento administrativo prévio, precedendo ao ajuizamento de recurso judicial (EC. nº 01/69, art. 203 poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho (art.153, § 4º, art. 204). A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (art. 111 e 203) requeira diretamente ao tribunal competente a revisão da decisão nela proferida.) É de se ressaltar, entretanto, que o referido dispositivo, objeto de veementes críticas, jamais teve efetiva aplicação.

1.7 A Constituição brasileira de 1988 veio a afastar a exigência de prévio esgotamento da via administrativa para exercício do controle jurisdicional, ressaltando, apenas, hipótese de pouca relevância prevista no art. 217, parágrafo 1º (o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei). Ressalte-se que a estranha ressalva nem chega a caracterizar a adoção do princípio do esgotamento da via administrativa por não serem as entidades

⁶⁸ Revista do Tribunal Federal de Recursos, nº 159. Brasília: julho/88, p. 106.

que congregam atividades esportivas, como, por exemplo, a CBF, nem mesmo entidades administrativas, são entidades particulares, de cunho associativo, estranhas à Administração Pública. pretendeu-se, no caso, transferir-se para as próprias entidades que congregam os clubes e associações esportivas a competência para, “interna corporis”, resolver seus próprios conflitos. A posição é tecnicamente criticável frente a todo o sistema introduzido pela Constituição de 1988.

Quanto à amplitude do sentido de plenitude de tutela, sob a ótica do elemento temporal, no Direito brasileiro pós Constituição de 1988, copiosa é a jurisprudência, inclusive no sentido de entender revogados os dispositivos legais editados anteriormente à Constituição de 1988 que apresentavam como requisito para a utilização de via judicial para controle da Administração Pública, o prévio esgotamento da via administrativa, isso quer em relação à matéria administrativa propriamente dita, quer em relação à matéria fiscal, quer em relação à matéria previdenciária. Observem-se algumas decisões:

R.E.O nº 414.316, TRF 4ª Região. **Ementa:** Administrativo. Esgotamento da via administrativa. Desnecessidade. Princípio do amplo acesso ao Judiciário.

1. Estabelece o art.5º, XXXIII, da CF/88 o princípio do amplo acesso ao Judiciário. Dele decorre a inconstitucionalidade da exigência de exaurimento da via administrativa antes do ingresso na via judicial.

2. Remessa oficial improvida (acórdão unânime, 4ª turma)⁶⁹.

A. C. nº 123.875, TRF 1ª Região. **Ementa:** Previdenciário. Prévio Esgotamento da via administrativa.

1. Falta de prévio esgotamento da via administrativa não induz em carência de ação, por inexistência de tal exigência na ordem constitucional. 2... 3... (*omissis*)

⁶⁹ Diário da Justiça da União, seção I, de 05.04.95, p. 19-163.

4. Apelação do órgão previdenciário a que se nega provimento (acórdão unânime 2ª turma)⁷⁰.

AMS nº 215.601/91, TRF 2ª Região. **Ementa:** Tributário. Adicional de frete para renovação da marinha mercante ...

1. Preliminarmente, é incabível a exigência de esgotamento da via administrativa antes da impetração do *writ*, por se tratar de garantia constitucional. 2... 3... (*omissis*) (acórdão unânime 1ª Turma)⁷¹.

Toda a doutrina brasileira de maior significação seguiu por essa mesma senda, entendendo como meramente opcional o esgotamento da via administrativa como antecedente necessário para o exercício do controle judicial sobre a função administrativa. Poder-se-iam citar Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Junior, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diógenes Gasparini, Odete Medauar dentre tantos outros.

É importante, entretanto fazer um distinção de relevo. O ordenamento jurídico brasileiro, de fato, frente à nova Ordem constitucional, não exige o esgotamento da via administrativa para que o controle judicial seja exercido, mas o fato de o controle ser exercido, p. ex., no curso de um procedimento, não significa antecipação da tutela judicial em relação ao ato final do procedimento. Devem-se distinguir duas situações inconfundíveis, referidas anteriormente: a) tutela cautelar no curso de um procedimento para assegurar a efetividade, de decisão judicial que venha a ser proferida em relação ao ato final; b) tutela definitiva em relação aos chamados **atos de**

⁷⁰ *Diário da Justiça da União*, seção II, de 29.08.94, p.46.749.

⁷¹ *Diário da Justiça da União*, seção II, de 26.12.91. No mesmo sentido, dentre outros: Acórdão nº 201750 -TRF 2ª reg julg. 26.03.90, AMS nº 204608-TRF 2ª Reg. julg.12.02.92, REO nº 406.082 - TRF 4ª Reg, julg.11.12.90, AC nº 415.335 - TRF - 4ª Reg. julg. 19.12.90, AC nº. 522.339 - TRF - 5ª Reg., julg 23.03.93, AC nº 528.458 - TRF - 5ª Reg., julg.10.08.93, AMS nº 216.161, TRF - 2ª Reg., julg. 12.02.92.

trâmite e nesse caso não se estará diante de uma tutela cautelar, mas, de tutela definitiva para assegurar **direito procedimental**.

Inúmeras são as situações, nas quais busca-se o controle judicial visando, tão somente o direito a participar em procedimento de qualquer ordem, o direito à produção de provas etc.

1.8 Outro aspecto de relevo a ser observado é o pertinente à proteção da mera **ameaça a direito**.

Ter-se-á nessa hipótese que verificar se há uma ameaça concreta, um risco de que o suposto patrimônio jurídico do Administrado seja alcançado por ação, ou omissão da Administração em hipóteses em que estivesse legalmente obrigada a agir. Alguns Autores partindo da subordinação da Administração Pública ao princípio da legalidade (art. 37 da CF/88), entendem que, prevista a hipótese no texto legal, por exemplo o fato gerador de um tributo que se entende inconstitucional, tem o Contribuinte legitimidade e interesse processual na propositura de ação declaratória de inexistência de débito tributário, mesmo antes de qualquer procedimento da Administração Pública. O argumento decisivo é que sendo a atividade da Administração subordinada ao comando legal, teria o agente público o dever-poder de exigir o pagamento daquele, por conseguinte, estaria caracterizada a ameaça a partir da simples tipificação legal de conduta. Nesse sentido, a lição de Hugo de Brito Machado, em relação à matéria tributária, ao afirmar: "geralmente não se cogita de ameaça, no sentido de um ato anunciador da prática lesiva ao direito do contribuinte. o justo receio decorrente da própria existência da lei inconstitucional, ou da norma infralegal contrária à lei. Nestes casos há um estado de ameaça permanente, que tem início com o surgimento da situação de fato que enseja a incidência da lei,

ou outra norma desprovida de validade jurídica e vai até a prática efetiva da lesão, ou, até a aplicação da norma inválida⁷².

Apesar de se tratar de tese relevante deve ter aplicação cautelosa para evitar transformar os Juízes e Tribunais em órgãos responsáveis pelo controle da lei em abstrato e não incidental, para solução de casos concretos.

⁷² Machado, Hugo de Brito: *Mandado de segurança em matéria tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.58.