

**GARANTIAS JURISDICIONAIS DOS ADMINISTRADOS EM  
DIREITO COMPARADO (\*)**

**PROF. MARCELO CAETANO**

É para mim uma grande honra participar do Primeiro Congresso de Direito Administrativo realizado no Brasil. Estes Congressos são particularmente úteis por permitirem o contato e o conhecimento direto entre todos os cultores de uma disciplina e a permuta de informações e pontos de vista, não só nas sessões formais, como nessas outras "sessões" informais, que decorrem nos corredores e nas salas de espera. Esse conhecimento, essa troca de impressões, tem um valor inestimável para a formação de cada um e para a formação de uma doutrina comum.

O Congresso, para mais, é valorizado pela participação de nomes ilustres do Direito Administrativo Brasileiro, alguns dos quais eu respeito e venero há muitos anos. Tenho profunda satisfação em ver, na Presidência deste Congresso, o meu grande amigo Themístocles Brandão Cavalcanti.

1936 é um ano que tem, para mim e creio para os administrativistas em geral, um significado particular, porque é o ano em que Marcel Waline publicou, em França, o seu "Manual de Direito Administrativo"; é o ano em que Zanobini começa a publicar o seu admirável livro sobre Direito Administrativo Italiano; é o ano em que Themístocles Cavalcanti abre novas sendas ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro, com a publicação da primeira edição das suas "Instituições". Por um simples acaso, é o ano em que também publiquei, em Portugal, a primeira edição do meu "Manual de Direito Administrativo" que, depois, com o favor do público, atingiu, há pouco, a sua décima edição.

Se é um prazer muito grande e uma honra para mim ver na Presidência deste Congresso e na Presidência desta sessão o Mi-

---

(\*) Conferência pronunciada em Curitiba em 26/2/75.

nistro Themistocles Cavalcanti, não é menos honroso, nem constitui menor alegria ver, na comissão organizadora, o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que tão generosamente acaba de me apresentar ao público, porque tenho pelo Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho o maior respeito e admiração. Acompanho, creio que desde seus primeiros trabalhos científicos, a sua magnífica carreira. Ainda há pouco tempo foi com enorme interesse e prazer espiritual que li a sua magnífica monografia sobre o "Controle da Moralidade Administrativa". Muito lhe agradeço os termos em que acaba de se me referir com a sua conhecida bondade e generosidade.

Senhores Congressistas.

Esta palestra, que não pode ser mais que uma recapitulação ou uma sistematização de matérias por todos conhecidas, apenas destinada a facilitar as nossas trocas de impressões em trabalhos futuros, versa as "garantias jurisdicionais dos administrados em Direito Comparado".

Sei que vai realizar-se uma sessão do Congresso para debater o conceito de Direito Administrativo. Sem querer antecipar-me a esse debate, permitam-me que dê aqui uma idéia do que entendo a tal respeito, a fim de localizar a posição da matéria das garantias jurisdicionais dos administrados.

Quanto a mim, o que há de essencial no Direito Administrativo é a disciplina jurídica das relações entre as entidades que têm por missão realizar interesses públicos, e que em conjunto podemos chamar Administração Pública, e os cidadãos que têm de ter contato com tais entidades para receber prestações, para exercer direito, ou para cumprirem deveres a que estejam adstritos por lei.

Essas relações jurídicas têm, porém, de se colorir de uma tinta de autoridade para se destacarem, no conjunto das relações jurídicas, das que se travam em regime de igualdade das partes e tradicionalmente se localizam no Direito Privado.

Havendo relação jurídica, tem de existir dois polos — o poder e o dever —: a Administração tem poderes a que correspondem deveres dos administrados, mas estes têm por sua vez poderes em face da Administração traduzidos em deveres que a ela cumpre observar.

Num Estado de Direito ou num mero regime de legalidade tem de estar, pois, definidas por lei quais as entidades que representam a Administração e qual o âmbito próprio da ação de cada uma: as suas atribuições e a competência dos seus órgãos.

E, por outro lado, a lei deve garantir os processos de contenção dos órgãos dentro dos limites que lhes estão traçados, de modo que, se a Administração dispõe de meios coercivos para se fazer acatar, também os administrados tenham meios de obrigar a Administração a respeitar os seus direitos.

O Direito Administrativo, como ramo do Direito Objetivo, é um conjunto de normas reguladoras de relações jurídicas. Mas um dos sujeitos dessas relações é a Administração Pública, que tem a sua organização traçada por lei, e daí a necessidade de se consagrar uma parte do estudo à orgânica administrativa. E toda a relação jurídica implica a existência de garantias que permitam tornar efetivos os direitos e as obrigações dela resultantes, donde resulta a grande importância que num ramo de Direito Público, como o nosso, reveste a consideração das garantias dos administrados.

Reconheço que esta concepção do Direito Administrativo talvez esteja particularmente ajustada às circunstâncias próprias da formação e do desenvolvimento desta disciplina nos países do continente europeu. E mesmo assim só em parte deles. Acho bem que o nosso Congresso tenha restringido a discussão do conceito do Direito Administrativo ao Direito brasileiro. É extremamente difícil formular um conceito de Direito Administrativo universalmente válido.

Na Grã-Bretanha, durante muitos anos, pretendia-se que a Administração estivesse sujeita ao Direito Comum: a tal "coloração de autoridade" que me pareceu indispensável para caracterizar as relações jurídico-administrativas não existiria na atuação das entidades prosectoras dos interesses públicos. Quando uma dessas entidades, para executar as leis, formulasse uma pretensão a que fosse adoptado por um indivíduo certo comportamento, e esse indivíduo se recusasse a aceitá-la, a entidade em questão não dispunha de outro meio de fazer valer a sua pretensão que não fosse o meio ordinário posto a disposição do comum das pessoas para dirimirem conflitos de interesses jurídicos: propor uma ação no tribunal judicial competente, para convencer o renitente. O juiz veria se a pretensão administrativa era ou não fundada e, no caso afirmativo, condenava o cidadão a cumprir o que lhe era solicitado, mas se entendesse que não havia fundamento para a exigência feita, absolvía-o, o que paralisava a ação administrativa.

Este procedimento, particularmente rigoroso em tudo quanto trocasse a liberdade e a propriedade dos indivíduos, não excluía a hipótese de a entidade administrativa agir ou se abster sem as cautelas prescritas e em contrário das determinações legais.

Nesses casos o cidadão podia reagir contra a ação coerciva da Administração mediante o uso dos "remédios extraordinários da **"Common Law"**, os **prerogative writs**, que considerando as entidades administrativas subordinadas aos tribunais comuns, as **courts**, permitiam aos juízes, por um processo relativamente expedito, apreciar a regularidade do comportamento da entidade administrativa arguida, e, quando coubesse, dar-lhe uma ordem, um mandado, para que agisse ou se abstivesse, retirasse ou reformasse um ato praticado.

Mas na Grã-Bretanha, como nos Estados Unidos, produziu-se sob a pressão das realidades sociais, uma evolução, bem conhecida de todos, que veio modificar profundamente este esquema. Verificou-se em certa altura que era impossível que as entidades da administração, quando tivessem a missão de cumprir a lei (e o problema colocou-se com maior acuidade a propósito das leis sanitárias) ficassem dependentes de aquiescência dos administrados, um por um, e fossem forçadas a solicitar a intervenção judicial todas as vezes que encontrassem resistência à realização do mandamento legislativo.

Então na Inglaterra (e o caso dos Estados Unidos é análogo, com as **comissions**) foi-se para uma destas fórmulas de que o Direito anglo-saxão é tão rico, para, sem destruir princípios tradicionais, os ajustar a novas circunstâncias sociais, atualizando-os. Em cada departamento administrativo como que se **emboscou** um órgão, a que se chamou **administrative tribunal**, composto de funcionários. Perante esse órgão comparece o interessado, para, em audiência contraditória, dizer as suas razões e debatê-las com a Administração. Ouvidas as partes, o Tribunal profere a sua decisão que obriga os cidadãos interessados. E desta forma a Administração passou a ter o poder de, sem recorrer aos tribunais judiciais — as **courts** — impor decisões obrigatórias. Repare-se que, em geral, todos os departamentos administrativos importantes têm o seu tribunal privativo. Em todo o caso, das decisões dos tribunais administrativos cabe normalmente recurso para os tribunais judiciais, que deste modo conservam o seu controle sobre a atividade da Administração originando o que o **Federal Administrative Procedure Act**, 1946, chamou nos Estados Unidos **judicial review** e o **Tribunal and Inquiries Act**, 1958, na Grã-Bretanha denominou **judicial control**.

Assim, hoje ninguém já nega a existência nos países anglo-saxões de um Direito Administrativo. E na exposição que vou fazer não deixarei de considerar, entre as garantias jurisdicionais dos administrados, a revisão judicial admitida nesses países das decisões das entidades administrativas.

Quanto aos países comunistas esses ficarão excluídos do meu estudo e vou dizer porquê.

Neles não existem garantias jurisdicionais dos administrados.

A abolição da propriedade privada dos meios de produção fez com que as entidades coletivas públicas que tem a seu cargo a gestão desses meios tenham assumido funções que nos países capitalistas pertencem aos indivíduos e às empresas comerciais e industriais. A Administração Pública, se quisermos empregar esta expressão para designar o conjunto das referidas entidades, ganhou um âmbito infinitamente mais largo do que tem nos países não socialistas.

Porque essas entidades coletivas públicas — autarquias territoriais, cooperativas, sindicatos, empresas públicas... — são o “patrão” nas relações de trabalho, e é com eles que os indivíduos têm de tratar dos problemas do seu alojamento, da sua alimentação, do seu vestuário, da sua cultura, das suas distrações... De maneira que o indivíduo tem que estar constantemente em relação com esses órgãos a propósito do decorrer da sua vida quotidiana.

Claro que nestas relações tem de haver larga dose de discricionariedade. Aliás, se existe uma legalidade, essa é a chamada “legalidade socialista”, de índole completamente diferente da legalidade dos países não socialistas, de tradição liberal. Como se sabe a legalidade socialista é instrumental, a lei não é a norma que define com rigor normas de conduta a que todos, governantes e governados, têm de submeter-se limitando os poderes dos primeiros e garantindo a liberdade dos segundos.

Não. A lei nos países comunistas é considerada um instrumento da realização do socialismo, um processo de educação popular na via da edificação do socialismo, durante a fase da ditadura do proletariado em que persiste e se exacerba a luta de classes.

Ora nessa perspectiva não se admite que haja oposição entre direitos individuais e interesses coletivos: os indivíduos têm de colaborar na realização da ordem socialista e os seus interesses só serão legítimos quando coincidam com os propósitos dessa realização.

Portanto, no decurso do que podemos chamar a atividade administrativa no Estado comunista as preocupações são muito mais políticas do que jurídicas.

Os órgãos da administração do Estado estão dependentes dos órgãos do Poder do Estado que se acham hierarquizados territorialmente — correspondendo aos municípios, províncias, Estados-membros, União Federal.

E junto dos órgãos do Poder do Estado funciona a **Prokuratura** que à primeira vista se pode confundir com o Ministério Público, mas não é só isso: se tem funções semelhantes possui outras completamente diferentes. Sempre tendo em vista o conceito de legalidade socialista, fiscaliza a ação de todos os órgãos do poder e da administração e promove a realização integral da sociedade socialista e a manutenção desses órgãos dentro do espírito do socialismo, eliminando resistências e “educando” o povo.

A **Prokuratura** recebe queixa dos particulares, a que dará seguimento ou não, e atua também oficiosamente. Como?

Não se esqueça de acordo com o princípio da democracia popular toda a autoridade não só provém, como é exercida, pelo povo, representado em órgãos colegiais (**conselhos, Soviets**) em diferentes níveis territoriais e no plano supremo do Estado.

Ora o particular pode promover o recurso da atuação de um órgão da administração do Estado para o órgão do Poder do Estado de que tal órgão dependa: é o **controle horizontal**. E pode também recorrer de órgão hierarquicamente subalterno para um órgão superior: é o **controle vertical**. Assim se institui o **duplo controle**, que no sentido vertical pode ir até ao órgão supremo, que traça e orienta a execução dos planos e faz as leis, assegurando o chamado centralismo democrático.

Salvo na Jugoslávia, não existe a possibilidade para o indivíduo de recorrer de um ato da Administração para os tribunais. As únicas garantias, repito, são as da própria orgânica política e administrativa do Estado. E daí a grande importância dada nesses países ao **processo gracioso** ou **procedimento administrativo**, como quiserem chamar-lhe: o processo que regula os trâmites das relações entre o indivíduo e a Administração com o fim de obter uma decisão desta ou de conseguir pelas próprias vias administrativas a revisão, reforma ou revogação da decisão tomada.

Nos países anglo saxões o processo seguido perante os departamentos administrativos e os seus **tribunais** é um processo gra-

cioso, exigido nos Estados Unidos constitucionalmente pela norma que faz depender qualquer decisão que toque na vida, liberdade ou propriedade de uma pessoa da precedência de um processo jurídico regular — **due process of law**. Nos países comunistas também o processo que regula as relações entre os indivíduos e a Administração Pública é objeto de especial cuidado, existindo nalguns deles, como na Polônia, códigos de processo administrativo onde, para mais, se reflete a influência técnica das leis que sobre a matéria são clássicas na Austria.

Será necessário dizer porque é que tais garantias não são jurisdicionais?

Para mim (creio que a doutrina é pacífica) só há garantia jurisdicional se o administrado tem o direito de impugnar a legalidade da atuação da Administração num caso concreto, perante um órgão com o poder de apreciar em termos jurídicos essa impugnação, precedendo audiência contraditória dos interessados e com o fim de obter uma resolução com força de coisa julgada.

Fica assim delimitado o âmbito da nossa conversa.

As garantias jurisdicionais dos administrados vão ser consideradas em Direito Comparado. Mas é indispensável determinar quais os países cujo Direito será tomado em conta para essa comparação. Na Europa eu extraírei elementos da França, da Itália, da Bélgica, da Espanha, da República Federal Alemã. E, na América, dos Estados Unidos da América, do Brasil e do México.

Senhores Congressistas:

O primeiro ponto, de entre aqueles que selecionei para caracterizar os regimes das garantias em Direito Comparado, de que me vou ocupar, é o dos órgãos jurisdicionais competentes para conhecer da impugnação da legalidade dos atos da Administração.

Nos países considerados, encontramos três sistemas. O primeiro é aquele em que essa competência é atribuída aos tribunais hierarquizados em Poder Judicial, tendo por fecho um Supremo Tribunal que representa o órgão supremo desse Poder. Chame-mos-lhes **tribunais judiciais**. Este é um sistema comumente designado **judicialista**, praticado na Espanha, e nos países americanos.

O segundo sistema é aquele em que a competência é conferida a órgãos administrativos, ou melhor, a órgãos da Administração. Não digo tribunais porque, como atrás notei, nos países anglo-saxões a expressão "tribunal administrativo" passou a ter um sig-

nificado muito especial. Poderíamos falar em "tribunais do contencioso administrativo", porque isso já é outra coisa. Mas dentro deste sistema, se genericamente os órgãos jurisdicionais da Administração poderiam caber dentro da classificação de "tribunais do contencioso", tem de se tomar em conta a circunstância de nalguns países — como a França, a Bélgica e a Itália — o contencioso estar confiado, pelo menos em última instância, e total ou parcialmente, a Conselhos de Estado, que não se limitam a exercer as funções de tribunal.

Tribunais do contencioso administrativo subordinados a um Supremo Tribunal Administrativo, como na República Federal Alemã e em Portugal sob a vigência da Constituição de 1933, ou Conselhos de Estado, como nos países citados (sendo a primeira instância na França constituída por "tribunais administrativos" regionais) entende-se que não pertencem ao Poder Judicial: fazem parte da Administração Pública como sua consciência para exame e auto-crítica. Embora com caráter de órgão jurisdicionais, eles são a Administração que se corrige. E não deixa de ser interessante ver como esta integração dos órgãos jurisdicionais na Administração foi justificada, não só pelas razões históricas que adiante mencionaremos, como pelo mesmíssimo princípio de separação de poderes em que se funda o sistema judicialista.

É que os judicialistas dizem: todo poder de julgar, seja conflitos de particulares entre si, seja entre particulares e as autoridades públicas, só pode pertencer ao Poder Judicial. E os administrativistas contestam: os Poderes são independentes e harmônicos entre si, donde a impossibilidade de o Poder Judicial se imiscuir na atividade do Poder Executivo e das entidades que dele dependem.

O terceiro sistema é aquele a que poderemos chamar misto. Nele a competência jurisdicional para conhecer da impugnação dos atos da Administração é repartida entre órgãos administrativos e tribunais judiciais. É o que se passa na Bélgica e na Itália.

Note-se que dificilmente se encontrará um país onde não exista alguma partilha dessa competência. Num país onde se pratique o sistema judicialista aparecem, em maior ou menor quantidade, tribunais administrativos especiais para matérias determinadas. E nos países de sistemas de contencioso administrativo, a lei reserva certas matérias para a jurisdição dos tribunais judiciais. Então como caracterizar os sistemas?

A competência dos órgãos jurisdicionais pode ser estabelecida



em termos amplos, **por definição** ou, como alguns autores dizem, mediante **cláusula geral**, ou então **por atribuição**, mediante especificação das matérias a conhecer. Pois é a definição, a cláusula geral, que fixa a **regra**. A atribuição ou especificação abre as exceções.

Assim, se por lei está fixado o princípio de que a competência para conhecer das questões contenciosas da Administração pertence aos tribunais judiciais, o sistema é **judicialista**, embora leis especiais atribuam determinadas questões à competência de tribunais criados só para elas. E o mesmo raciocínio se aplica ao sistema do contencioso administrativo.

Ora quando a lei reparte, por cláusula geral, a competência entre tribunais judiciais e órgãos administrativos, é que o sistema se pode dizer **misto**. É o que se passa na Bélgica e na Itália.

Na Bélgica, pela constituição de 1830, os pleitos que tenham por objeto os direitos civis pertencem aos tribunais judiciais. Mas os que se refiram aos direitos políticos podiam ser atribuídos a outros órgãos e foi assim que em 1946 foi criado o Conselho de Estado com competência genérica para julgar as impugnações dos atos da Administração arguidos de ofensa de direitos políticos ou administrativos.

A Itália, por ocasião da unificação política, adotou em 1865 o sistema belga, mas aí já existia o Conselho de Estado do reino do Piemonte que subsistiu na nova monarquia italiana. Hoje, pela constituição republicana de 1947, o Conselho de Estado e os órgãos da justiça administrativa têm jurisdição nos casos em que se trate da tutela de interesses legítimos, e os tribunais judiciais exercem a sua para a tutela dos direitos subjetivos.

O direito subjetivo constitui uma situação reconhecida ao indivíduo em termos de não poder ser eliminada ou modificada pela realização do interesse público. Ao passo que o interesse legítimo decorre da situação individual reconhecida como efeito reflexo de uma norma protetora do interesse público, quando coincidente com esse interesse ou na medida em que com ele seja compatível.

Traçadas assim as linhas definidoras dos sistemas, vale a pena determo-nos um pouco em certas particularidades do sistema judicialista. Em quase todos os países que o praticam a regra é terem os tribunais ordinários competência comum para as várias questões do foro judicial, incluindo as administrativas, salvo um ou outro caso especial.

Mas em Espanha as questões administrativas são de competência especializada de **salas** do contencioso administrativo nos tribunais de segunda instância — Audiências territoriais — e no Tribunal Supremo. A **sala** é uma câmara ou seção desses tribunais colegiados, constituída por juizes procedentes da mesma carreira a que pertencem os das salas cíveis e criminais e sujeitos à mesma disciplina.

Quanto ao processo, também a Espanha apresenta uma modalidade própria. Enquanto nos outros países as ações e recursos administrativos são processadas pelas mesmas normas que regem o processo, em geral, perante os tribunais comuns — salvo, como veremos, o caso das ações mandamentais — em Espanha existe um processo próprio para o contencioso administrativo.

Deste modo a Espanha pode ser considerada como exemplo de uma sub-legenda... digamos assim, do sistema judicialista em que existem órgãos especializados e um processo especial para o contencioso administrativo, mas tudo integrado no Poder Judicial.

As ações mediante as quais pode ser impugnado um ato da Administração ou obter a condenação desta podem agrupar-se em três classes, aproveitando a classificação dos processualistas e adaptando-a ao nosso caso.

Em primeiro lugar temos as ações declaratórias, classe importantíssima, pois é através delas que se pede a declaração da nulidade de um ato da administração. Vem depois as ações condenatórias, que são sobretudo as destinadas a efetivar a responsabilidade contratual ou extra-contratual da Administração.

E por fim as ações mandamentais (na nomenclatura de Pontes de Miranda), cujo objeto é obter do tribunal uma ordem dada à administração para que pratique ou deixe de praticar um ato, o revogue ou o suspenda, restitua um direito ou reponha uma situação.

Esta classificação interessa a propósito do ato ou fato que pode estar na base da propositura da ação.

Na ação de anulação impugna-se um ato administrativo ou um regulamento, isto é, uma decisão que implique autoridade e seja contrária à pretensão do proponente. Mas a respeito do ato impugnável encontramos nas legislações consideradas duas orientações.

Numa, o ato é imediatamente impugnável perante o tribunal competente desde que reúna certos requisitos sintetizáveis em duas

qualificações: o ato deve ser definitivo, isto é, deve pôr termo a um processo burocrático definindo as situações jurídicas recíprocas das partes em presença, e deve ser executório, não dependendo a possibilidade da sua execução obrigatória e coerciva de qualquer formalidade posterior.

Mas na República Federal Alemã, como em Espanha, a orientação seguida é diferente. Não se pode recorrer aos tribunais antes de formular um protesto, uma reclamação, perante a autoridade autora do ato: é o que na Alemanha se chama **Widerspruch** e em Espanha **recurso de reposición**. O interessado, depois de tomar conhecimento do ato que o agrava, tem um prazo para se dirigir ao seu autor chamando-lhe a atenção para a irregularidade que julga ter praticado e pedindo-lhe que repare o agravo daí resultante. A lei dá novo prazo à autoridade solicitada para decidir, e só quando a reclamação seja indeferida ou nesse prazo se verifique o silêncio dela, pode então ser interposto recurso para o Tribunal.

Falei em **recurso** para o Tribunal. Há aqui um problema de terminologia que tem apaixonado muitos dos autores que ultimamente se ocuparam dos problemas processuais no Direito Administrativo.

Em França, a tradição é chamar à impugnação do ato administrativo perante os tribunais — o **recurso contencioso**. Mas em termos processuais só há recurso quando se apela de um órgão para outro da mesma ordem hierárquica que lhe seja superior. Estará certo denominar **recurso**, nos países que adotam o sistema do contencioso administrativo do tipo francês, a impugnação de um ato administrativo perante um tribunal?

A explicação dada por alguns autores é a de que a autoridade administrativa, na medida em que pode, por lei, definir a sua situação jurídica e a do administrado que esteja em confronto com ela, pondo por esse ato definitivo termo a uma discussão existente ou a um processo perante ela instaurado, e sendo esse ato executório, a autoridade administrativa, dizia eu, procede como um tribunal, o seu ato tem valor equiparável ao da sentença. E ao apelar-se desse ato para um órgão jurisdicional, recorre-se efetivamente, no sentido próprio do termo.

Não se pode esquecer que o contencioso administrativo em França nasceu do recurso hierárquico jurisdicionalizado. Durante o império napoleônico — e sucedeu depois o mesmo nos países que tiveram regime monárquico, inclusive no Brasil — com uma administração hierarquizada, o cidadão que tinha razões de queixa con-

tra os excessos de poder de uma autoridade, recorria ao superior hierárquico desta e podia caminhar sucessivamente até, em última instância, interpor recurso para o Imperador.

A fim de rodear de garantias a apreciação destes recursos hierárquicos, foram instaurados órgãos consultivos junto das principais autoridades: os Conselhos de Prefeitura junto dos prefeitos, o Conselho de Estado junto do Imperador.

O Conselho de Estado, devendo emitir o seu parecer nos recursos dirigidos hierarquicamente ao Imperador para resolução, em nome dele, pelos seus ministros, promove a instrução do processo chegado ao seu conhecimento. Escuta a justificação da autoridade, ouve os dois lados, esboça assim um processo contraditório. Emite por fim parecer à luz da legalidade vigente, que o Governo homologará ou não. Se homologa, publica um decreto sob consulta do Conselho de Estado, mas pode não homologar. Por isso se chama a este sistema de **jurisdição retida** ou **reservada**, porque a resolução final do recurso pertence ao Governo, atuando em nome do Soberano ou Chefe de Estado.

Em certa altura — precisamente no ano de 1872, já após a queda do segundo Império em França — como se verificasse que o Governo se conformava sempre com os pareceres do Conselho de Estado em matéria contenciosa, a lei acabou com a homologação, entendendo-se que o Governo **delegava** ao Conselho a sua jurisdição nesses recursos originariamente hierárquicos. Daqui a considerar-se que o Conselho de Estado tinha **jurisdição própria** foi um passo.

O Conselho transforma-se então num verdadeiro tribunal. Mas como, embora órgão jurisdicional, continua integrado na Administração (não faz parte do Poder Judicial), pode-se falar em **recurso**: apela-se de uma autoridade administrativa para um órgão que é da administração também, embora procedendo como tribunal.

O uso da expressão **recurso contencioso** nos países onde se sentiu a influência francesa tem, pois, esta origem histórica.

Mas na Alemanha, como na Áustria, como na Espanha, na medida em que o administrado tem de começar por interpelar a autoridade autora do ato, aduzindo razões jurídicas, para que ela repare o agravo que diz ter sido feito, pode entender-se que, ao conhecer desta reclamação, a autoridade administrativa procede como verdadeira e própria primeira instância contenciosa. E que da sua decisão, agora tomada conscientemente à face das razões jurídicas do administrado, cabe recurso para uma segunda instância.

De forma que, quando na doutrina surge essa discussão sobre se é ou não legítima a designação de recurso contencioso para a impugnação da legalidade de um ato definitivo e executório em ação anulatória, tem de se ter presente esse conjunto de circunstâncias posto em relevo pelo estudo do Direito Comparado.

Não me demorarei nas ações condenatórias que se integram nos que os autores franceses chamam a **plena jurisdição** em contraste com a mera declaração anulatória. O tribunal pode nestas ações condenar a Administração a reparar os danos causados por fatos materiais ou atos administrativos ilegais, ou a executar um contrato. E também aqui há legislações que admitem a propositura de ação independentemente de prévio ato, expresso ou tácito, da administração a repudiar a responsabilidade e outras que exigem que tal ato exista. Em geral, se o tribunal se debruça sobre a ilegalidade de um ato para verificar, nos casos de responsabilidade subjetiva, se houve ou não fato ilícito que dela seja gerador, não pode anular o ato: apenas reconhece a ilegalidade para produzir efeitos naquele caso, **inter partes**.

Mais interessante, porém, é o grupo de ações a que chamei, na sequência de eminentes processualistas, mandamentais. Sobretudo em relação às ações declaratórias. Nestas, como disse, se a ação é julgada procedente, apenas se obtém do tribunal a declaração da nulidade do ato recorrido.

Mas é a Administração que tem de tirar os efeitos dessa declaração, praticamente a execução da sentença fica nas suas mãos. Tanto mais que, como a doutrina insiste em notar, só está em causa nessas ações a legalidade do ato, não o procedimento da entidade que o praticou.

Nas ações mandamentais impetra-se ao tribunal a expedição de uma ordem a determinada autoridade (neste caso, administrativa) para que reintegre um direito subjetivo que se diz lesado, mandando-a praticar um ato que tenha o dever legal de praticar ou abster-se de praticar um ato, ou de dar execução a um ato praticado.

Portanto, a relação estabelece-se entre o tribunal e a autoridade dita "coatora", a qual recebe uma ordem precisa que tem de acatar sob pena de desobediência.

Estamos perante uma subordinação das autoridades administrativas aos juízes, característica do sistema judicialista. Por isso é nos países que praticam esse sistema que se encontram os modelos das ações mandamentais — para obter na Grã-Bretanha os antigos **writs**,

hoje significativamente denominados **ordens, mandamus, prohibition** e **certiorari**, também usados nos Estados Unidos, que adoptou ainda os **writs of injunction**, fundados na **equity** para os casos em que falte no caso remédio legal adequado, haja multiplicidade de ações, ocorra prejuízo irreparável, etc. Na Grã-Bretanha a **injunction** também existe desde 1935 a substituir o velho **quo-warranto**, sendo destinada a anular um provimento ilegal e a declarar vago o respectivo cargo. No México, pertence a esta classe o **juicio de amparo**, fundamentalmente regulado na constituição federal de 1917, artigo 107, e que se destina a amparar e proteger os indivíduos "no caso especial a que se refira a queixa, sem fazer uma declaração geral a respeito da lei ou ato que a tiver motivado", quando, em matéria administrativa, se alegue a existência de resolução que cause "agravo não reparável mediante algum recurso, processo ou meio de defesa legal".

E o Brasil tem no seu Direito o **mandado de segurança** que pode ser impetrado ao tribunal contra ato concreto suscetível de execução imediata, ou quando exista ameaça séria de violação de direito individual, tendo por objetivo a proteção de direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** e violado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder de uma autoridade.

Veremos adiante que mesmo nos países de contencioso administrativo há incidentes processuais onde se pode encontrar caráter mandamental.

Tenho várias vezes feito referência, nestas rápidas considerações, aos casos em que a Administração é arguida de passividade, isto é, de não cumprir o seu dever legal de agir em certa oportunidade.

Em tais casos a generalidade das legislações permite aos cidadãos que recorram aos tribunais para defender os seus direitos ofendidos pela omissão administrativa. Mas também quanto ao modo de garantir esta proteção encontramos nas legislações duas orientações.

Por via de regra, os países que põem o acento tônico do contencioso na anulação do ato administrativo equiparam o silêncio da Administração a um ato — um **ato tácito**, suscetível de impugnação perante os tribunais para conduzir à declaração da sua nulidade. Para isso, a lei atribui à passividade da autoridade que deveria **nunciar-se** em dado caso concreto, num prazo determinado, certo significado positivo ou negativo, isto é, cria uma presunção de deferimento ou de indeferimento da pretensão do particular.

Nos países judicialistas existe porém a possibilidade de recorrer à ação mandamental. O silêncio é um mero fato que a requerimento do interessado pode originar uma ordem ou mandado expedido pelo Tribunal à autoridade omissa para que pratique o ato que tem o dever legal de praticar. A estes países tem de juntar-se a República Federal Alemã que, além da presunção de indeferimento do protesto preliminar quando a autoridade que o recebe não se pronuncie sobre ele para efeito de recurso ao Tribunal, possui as **ações de inatividade** destinadas a obter uma ordem judicial dada ao órgão da Administração a fim de lhe impor a prática do ato que tenha o dever legal de praticar.

Temos visto que as ações declaratórias se destinam a obter a declaração da nulidade de um ato administrativo. Falo aqui em nulidade num sentido amplo que abrange desde a inexistência à mera anulabilidade. Expresso ou tácito, a validade ou eficácia do ato é que estão em causa. Então qual o fundamento a invocar para obter a declaração pretendida?

O Direito Francês construiu, através da jurisprudência do Conselho de Estado, uma doutrina que hoje é clássica nos países do Continente europeu: o fundamento da impugnação contenciosa é a **ilegalidade**, que reveste várias modalidades consoantes os aspectos da regulamentação do ato administrativo que são por ela afetados. Daí nasceu a análise do ato administrativo em diversos **elementos** e cumpre chamar a atenção para este ponto: inicialmente foram necessidades práticas que levaram a distinguir, por abstração, no ato administrativo, esses aspectos que, depois, um maior rigor doutrinário tem por vezes contestado que sejam verdadeiros elementos. Eu, por exemplo, no **Manual de Direito Administrativo**, distingo entre **elementos**, componentes do ato de cuja concorrência depende a respectiva existência jurídica, **requisitos**, que são as exigências legais a que o ato existente tem de satisfazer para ser válido, e **pressupostos**, situações de fato ou de direito que a lei considera necessários para que o ato possa ser validamente praticado.

Mas voltemos ao Direito Francês. Aí, a partir da expressão genérica "excesso de poder" e para alargar o sentido dela, desde que uma lei de 1864 dispensou a intervenção de advogado e o pagamento de custas no recurso interposto com este fundamento, foram sendo definidas pelo Conselho de Estado várias modalidades de "aberturas": — a incompetência, o vício de forma, a violação da lei, o desvio do poder.

Com uma ou outra modificação terminológica pode dizer-se

que por toda parte, nas ações anulatórias, o pedido de anulação tem por fundamento a ilegalidade traduzida nalguma dessas modalidades.

A mais recente legislação, de meu conhecimento, que consagrou esta discriminação de ilegalidade é a brasileira. Efetivamente a lei n.º 4717 de 20 de junho de 1967, que regulamentou o dispositivo constitucional referente à ação popular, faz menção dos diversos aspectos a considerar para verificar se o ato impugnado foi praticado de acordo com a lei: quanto à competência da autoridade que o produziu, à forma revestida, às formalidades processuais, aos motivos invocados, aos fins prosseguidos, ao objeto visado. . .

Mas na Itália, a par da jurisdição de legalidade do ato administrativo (**legittimità**), existe a jurisdição de mérito a cargo do Conselho de Estado e das Juntas Administrativas Provinciais.

Que é a jurisdição de mérito? É a análise da oportunidade e da justiça do ato administrativo que o tribunal faz quando se alega violação das regras de boa administração. Nesse caso o tribunal pode reformar o ato recorrido ou substituí-lo por outro mais justo e oportuno segundo o critério de um bom e prudente administrador.

Já se está a ver como aqui aparece mais uma vez a influência que teve o recurso hierárquico, através da sua jurisdicionalização, na origem do contencioso administrativo. Porque neste conceito italiano de **mérito** o que está em causa é a revisão, não já da conformidade do ato com a lei, mas do seu conteúdo administrativo e da oportunidade da sua produção, que tudo se situa no plano da administração ativa.

A idéia de que a produção do ato administrativo deve obedecer não só a normas legais como às regras da boa administração, extravasou do Direito italiano, e tem tocado muitos autores de outros países. Sobretudo desde que o notável administrativista francês Maurice Hauriou lançou em circulação o conceito de moralidade administrativa, fruto de normas internas de boa administração, que inspiraria o controle do excesso de poder em geral, particularmente o dos motivos do ato projetado no instituto do desvio do poder.

Vê-se bem o parentesco existente entre a **noção de mérito** dos italianos e a de **moralidade administrativa** de Hauriou.

Mas no campo do Direito a moralidade tem de traduzir-se em **normas jurídicas**. Se não, por definição, fica num plano diferente quanto à obrigação e sanção, e não pode ser incluída no campo de estudo dos juristas.



O exame do mérito dos atos administrativos só pode ser objeto de fiscalização jurisdicional quando a lei o permita e nos termos em que o permitir. Normalmente o mérito, incluindo a moralidade dos atos, pertence ao exclusivo domínio da atividade da Administração.

Só desejaria agora tocar em mais um ponto: o dos efeitos imediatos da impugnação de um ato administrativo perante os órgãos jurisdicionais competentes.

Em geral, a impugnação contenciosa de um ato administrativo executório não produz efeito suspensivo. A Administração pode portanto prosseguir na execução da decisão que tomou. O que também as legislações então admitem é a faculdade de o interessado solicitar a suspensão da executoriedade do ato impugnado. Tem para isso de alegar e provar que a execução do ato acarreta a inutilidade do processo, em virtude de, no caso de ter julgada procedente a arguição de ilegalidade, a execução já ter causado ao interessado prejuízos irreparáveis, ou tão graves que se torne difícil a reparação. Mas não basta, para o tribunal decretar a suspensão, a verificação dos prejuízos que a execução pode causar ao interesse privado: é necessário fazer o balanço entre tais prejuízos e os danos que da não execução do ato podem provir para o interesse público. Se a autoridade recorrida alegar e provar tais danos, o tribunal tem de pesar os prós e os contras de qualquer decisão, olhar bem os dois pratos da balança, num dos quais está o interesse privado e no outro o interesse público: e há de finalmente decidir pelo que considerar de maior valor.

É curioso como nas legislações europeias consultadas, e na brasileira também, a suspensão liminar da execução do ato impugnado aparece admitida pelos fundamentos que acabo de resumir, expressos por uma forma ou por outra, mas que vai dar sempre às mesmas razões.

Bem o sabem os juristas brasileiros, por a matéria estar consagrada nas leis reguladoras no mandado de segurança: na fórmula de 1936 que permite a suspensão imediata quando desde logo se evidencie a relevância do pedido e decorra do ato impugnado lesão grave, irreparável, do direito do impetrante, ou na de 1951, mais sóbria, que se resume à relevância do fundamento e à possibilidade de resultar do ato impugnado a ineficácia da medida requerida.

A única exceção que encontrei a esta orientação foi na legisla-

ção da República Federal alemã. Aí a impugnação jurisdicional do ato administrativo executório produz efeito suspensivo.

Cabe então à Administração, por ato fundamentado, quando possa aduzir grave prejuízo para o interesse público resultante da suspensão, ordenar a execução do ato, apesar da impugnação. Ficando ao interessado a faculdade de reagir perante ao tribunal contra essa decisão e de pedir o restabelecimento da suspensão.

Como se vê, por outro caminho vai-se dar ao mesmo.

Senhores Congressistas:

Aqui fica o panorama que, dentro da escassez do tempo de que dispunha, me foi possível traçar sobre os resultados da comparação de vários Direitos no tocante às garantias jurisdicionais dos administrados.

Através do panorama traçado podemos verificar a existência de algumas diferenças no modo de organização dessas garantias de país para país. Mas creio que mais interessante ainda é verificar a identidade dos problemas contemplados nas várias legislações consideradas e como a tendência da razão humana foi no sentido de encontrar para eles soluções muito semelhantes no fundo ainda que divergentes, aqui e ali, na técnica ou na forma.

E essa é a grande lição que nos dá a comparação no estudo das ordens jurídicas nacionais: a lição de que em análogas condições sociais os homens sentem por toda parte análogas necessidades de segurança e justiça. E que, mesmo sem que uns países imitem os outros, naturalmente, vão sendo formuladas providências com grandes afinidades entre si para essas comuns necessidades. Todas válidas afinal, embora com as humanas imperfeições a que estamos sujeitos, se na sua prática é posta a consciência, a seriedade, a reta intenção, que permitem, ao aplicar a lei, vivificá-la pela animação do seu espírito, de modo a conseguir que o Direito seja o instrumento da libertação e de harmonia sonhado por todos os seus cultores e desejado ardentemente por todos os homens justos.