

## *Contrôle Jurisdicional da Administração por meio do Recurso de Excesso de Poder (\*)*

FRANÇOIS GAZIER

Maitre des Requêtes du Conseil d'Etat —  
Professor da E.B.A.P.)

(Continuação)

### CABIMENTO DO RECURSO POR EXCESSO DE PODER

**S**E se verifica real interêsse do requerente, se êste exerceu o direito de requerer dentro do prazo legal e contrastou, na realidade, ato administrativo executório; se êle não dispõe, enfim, de recurso paralelo algum; se, numa palavra, o recurso é cabível, resta examinar-lhe o fundamento, isto é, se êle denuncia realmente uma ilegalidade que lhe justifique a anulação. Noutras condições, o requerimento, mesmo cabível, será rejeitado, por falta de fundamento.

Duas observações devem ser feitas, de início, neste particular:

Em primeiro lugar, o juiz não exerce contrôle senão sôbre a legalidade do ato incriminado e não sôbre sua oportunidade. Há, em todo ato administrativo, salvo caso de competência vinculada, certa margem de poder discricionário, dentro do qual não penetra o juiz. Mas é o próprio juiz que decide onde termina a legalidade e onde começa a oportunidade. E essa fronteira é movediça. O que ontem era oportunidade pode tornar-se hoje legalidade, assim aprofundando no contrôle jurisdicional sôbre a ação administrativa.

Em segundo lugar, se a legalidade é condição necessária à anulação do ato apreciado pelo juiz, nem sempre constitui condição suficiente. Há ilegalidades veniais que são perdoadas. A anulação de ato administrativo é operação sobremodo grave. Irregularidade de somenos importância, quase sempre sem consequência, não deve necessariamente provocá-la.

Os vícios que podem macular a legalidade do ato administrativo são numerosos e variados, e ao requerente concede-se ampla liberdade de arguição ao formular o pedido, que não obedece a formalismo algum. E' hábito reagrupá-los em quatro grandes categorias que constituem os modos de cabimento ou meios clássicos de anulação do recurso de excesso de poder. São êles: a incompetência, o vício de forma, a violação da lei e o desvio de poder. Essa enumeração que remonta a LAFERRIERE parece hoje imperfeita. Seguiremos de mais perto a realidade jurisdicional — pois tôda essa matéria, nunca

é demais repeti-lo, foi codificada e provêm somente dos acórdãos do Conselho de Estado, — ao opor o contrôlo ou a *legalidade externa* do ato, sob o triplo aspecto da *incompetência*, do *vício de forma*, e da *irregularidade da procedura*, à verificação da *legalidade interna* que pode ser inferida de falta de *base legal*, de *violação de disposição legal*, de *desvio de poder ou de processo*.

#### A INCOMPETÊNCIA

O ato administrativo é eivado de incompetência se emana de autoridade que, ou atuou fora de suas atribuições (incompetência “*ratione materiae*”) ou transpôs os limites de sua jurisdição territorial — (incompetência “*ratione loci*”) ou, ainda, se desconheceu o limite de duração de seus poderes (incompetência “*ratione temporis*”).

A incompetência pode resultar tanto da intromissão das atribuições de uma autoridade superior como da extensão das funções de uma autoridade inferior. Pode mesmo revestir forma negativa, na hipótese em que a autoridade administrativa deixa de conhecer a própria competência ou emite decisão que não estava qualificada para tomar, ou se abstém de decidir, quando lhe competia agir. O modo de cabimento resultante de incompetência do autor do ato oferece, além disso, a particularidade de ser um modo de ordem pública. Mesmo se se não fôr invocado pelo requerente, o juiz administrativo deve examiná-lo, pois o respeito ao princípio de competência constitui a base de toda ordem jurídica.

#### O VÍCIO DE FORMA

E' a irregularidade que atinge os caracteres exteriores do ato administrativo, como a data, a estampilha, os vistos, e sua motivação; a assinatura, as chancelas, a notificação ou a publicação. A falta de formalidade no direito público francês faz com que tais irregularidades não sejam, em princípio, constitutivas de excesso de poder, senão quando não respeitem uma prescrição formal da lei ou do regulamento. Muitos vícios de forma denunciados pelos requerentes são considerados pelo juiz administrativo como inócuos quanto à legalidade do ato que lhe é submetido. Todavia, o princípio de motivação, além de ser freqüentemente prescrito pelos textos, sob pena de nulidade, é muitas vezes exigido, fora de texto, como regra de boa administração, capaz de permitir melhor contrôlo jurisdicional.

#### A IRREGULARIDADE DE PROCESSO

Entende-se como irregularidade de processo o desconhecimento de uma formalidade que a lei, os regulamentos ou os princípios gerais do direito público impõem na elaboração do ato impugnado como, por exemplo, prazo a observar, publicidade do ato, realização de sindicâncias, tentativas de acôrdo prévio, consultas a órgão competente, abertura de concurso, acesso ao assentamento individual, etc.

A matéria também está, neste particular, sob o domínio da distinção que faz a jurisprudência entre algumas dessas formalidades que ela considera como substanciais, ao lado de outras de natureza acidental. Só o desconhecimento das primeiras acarreta a anulação do ato impugnado. Sob essa reserva, o juiz administrativo leva muito a sério o contrôlo da regularidade de

processo. Suas exigências, entretanto, podem variar com as circunstâncias. Certas formalidades que lhe parecem substanciais em tempo normal cessam de sê-lo em caso de guerra ou de urgência, de impossibilidade ou de inutilidade manifesta.

#### A FALTA DE BASE LEGAL

A base legal do ato administrativo é a união regular entre as regras de direito que definem os poderes da administração e a situação de fato à qual aqueles poderes se aplicaram quando da prática do ato impugnado. O juiz deve deduzir inicialmente as regras de direito que fundamentem a competência da autoridade de quem emana o ato. Deve, em seguida, verificar a exatidão material dos fatos argüidos, apreciar-lhes o alcance real e definir-lhes a qualificação jurídica. Incumbe-lhe, então, determinar se o autor do ato em lide aplicou corretamente os seus poderes à situação de fato dentro da qual se achava; se não excedeu os limites de aplicação do texto no qual se fundava; se não cometeu erro de direito na aplicação particular da lei; se nenhum erro de fato eivou a apreciação da materialidade e do alcance das circunstâncias da espécie. Essa investigação efetuada através tôdas as peças do processo é, em geral, das mais delicadas, e dá idéia da extrema precisão do instrumento de contrôle jurisdicional, que constitui o recurso de excesso de poder.

#### VIOLAÇÃO DE DISPOSIÇÃO LEGAL

Pelo seu objeto e não mais pelo seu fundamento, o ato administrativo impugnado é ilegal, se desconhece a letra ou o espírito de disposição legal cujo respeito se lhe impunha.

Essa disposição legal pode inicialmente apresentar-se sob a forma de um texto jurídico — a Constituição, a lei ou uma decisão judiciária ou um ato administrativo regulamentar ou individual, ao mesmo tempo anterior e de valor jurídico superior ao ato impugnado. Pode encontrar-se, igualmente, fora de texto legal e explícito, uma regra nova, resultante da combinação de vários textos ou um princípio geral não escrito, reconhecido como costume fundamental em matéria de direito público.

#### O DESVIO DE PODER OU DE PROCESSO

Há desvio de poder quando, sob aparência regular, o ato impugnado está viciado quanto ao fundamento jurídico, em virtude do fim visado pelo seu autor.

E' preciso, portanto, examinar o fim pelo qual foram conferidos à administração os poderes que ela utilizou e o fim a que ela realmente visou, no caso. A discordância entre um e outro deve ser estabelecida com certeza suficiente. Na maior parte dos casos, o juiz, por falta de elementos suficientes de prova, não aceita a alegação de desvio do poder.

Variedade nova de desvio de poder, erigida pela jurisprudência desde alguns anos, é o "desvio de processo". Pressupõe êste a existência de duas legislações paralelas que permitem, em certos casos, a obtenção de idênticos efeitos jurídicos, mas através de processos diferentes, que correspondem aos fins particulares de cada uma dessas legislações. Ao invés de visar ao fim que lhe compete, observando as formalidades da legislação pertinente, a ad-

ministração, para se subtrair a certas formalidades que a incomodam, simula possuir outro fim e escolhe deliberadamente a tramitação processual mais simplificada, que lhe corresponde. Trata-se de forma muito sutil de excesso de poder que o juiz não hesita em condenar.

Assim, a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado não cessou de apurar uma distinção cada vez mais precisa dos meios de anulação do recurso de excesso de poder. Mas é preciso evitar que se emprestem às categorias assim definidas uma realidade intrínseca que elas não possuem. São recortes ou desdobramentos de princípios que se operam para maior clareza do trabalho jurisdicional sobre matéria definida e contínua. A mesma irregularidade, segundo o modo por que é descoberta e denunciada, pode constituir tanto incompetência como falta de base legal, tanto vício de processo como desvio de poder, tanto desvio de processo como erro de fato. Contudo, todo aperfeiçoamento da teoria dos modos de cabimento do recurso de excesso de poder é salutar. Ele traduz um passo à frente no controle jurisdicional da administração. Uma irregularidade a mais sob censura reverterá em garantia suplementar concedida aos postulantes.

#### OS EFEITOS DO RECURSO DE EXCESSO DE PODER

Desde que interposto, o recurso de excesso de poder, não tem efeito suspensivo. O requerente não está dispensado de furta-se às conseqüências da decisão que contestou. O ato argüido, mesmo em grau de recurso, não deixa de produzir efeitos jurídicos.

Todavia, o requerente pode acrescentar, às suas conclusões sobre a anulação, um pedido de "sursis" contra a execução do ato argüido. O juiz administrativo, seja tribunal administrativo ou o Conselho de Estado, examina rapidamente o mérito de tal pedido e pode, excepcionalmente, ordenar a administração que suspenda a execução do ato até seu julgamento, ou não conhecer do requerimento. Poderá, ainda, anular definitivamente o ato.

A jurisprudência do Conselho de Estado é muito severa na concessão do "sursis" de execução. Ela exige, para isso, dupla condição: a evidência dos meios de anulação e o caráter irreparável do prejuízo que cassaria a execução imediata do ato incriminado.

Os recursos não cabíveis bem como os recursos mal fundamentados não são providos. E' o destino de cerca de dois terços dos pedidos interpostos perante o Conselho de Estado. O não provimento acarreta, porém, apenas a autoridade relativa da coisa julgada. Está, por conseguinte, longe de constituir certificado de legalidade para o ato impugnado. Significa somente que as pretensas irregularidades invocadas pelo requerente não pareceram ao juiz como constitutivas de excesso de poder. Não impede que outro recurso interposto contra o mesmo ato, mas fundado em outros meios mais válidos, possa provocar a anulação.

Se a decisão desfavorável emana de um tribunal administrativo, o requerente pode apelar para o Conselho de Estado, não suspendendo o recurso a execução do ato impugnado. Se a rejeição foi pronunciada pelo Conselho de Estado, é definitiva, salvo recurso excepcional interposto perante o próprio Conselho de Estado em circunstâncias muito particulares: embargo de terceiros, recursos de revista, de ratificação de erro material.

Quanto à anulação que é a finalidade de todo recurso ao mesmo tempo cabível e fundamentado, comporta a mesma os mais enérgicos efeitos. O ato é anulado pela decisão do juiz, retroativamente, e "erga omnes". Ele fica eliminado da ordem jurídica, como se jamais houvesse existido. Todos seus efeitos desaparecem com ele. Nem é necessário que a administração o retire. A decisão do juiz por si mesma já tem esse poder, não somente nas relações entre a administração e o requerente como também em referência a terceiros, sejam esses partes ou não no processo.

A anulação absoluta e retroativa de ato administrativo que tenha produzido numerosos efeitos, durante muitos anos, levanta por vezes sérias dificuldades. A administração cabe tirar tôdas as consequências jurídicas e materiais da anulação e tomar tôdas as providências necessárias ao restabelecimento da situação tal como ela deveria ter sido, se não intervieria o ato irregular. Essa reconstituição retroativa e parcialmente teóricas torna-se operação das mais complexas. A administração nem sempre atua aí com boa vontade, originando nova fonte de recurso perante o juiz. Todavia, o prestígio do Conselho de Estado junto às administrações faz com que a execução das decisões, a reconstituição da legitimidade das situações e as medidas de reparação que elas determinam venham a ser invariavelmente realizadas. Isso não impediu, por outro lado, ocorresse verdadeiro impasse jurídico em virtude de anulação pelo Conselho de Estado, por motivo de vício de forma, de concurso de admissão a uma grande escola, vários anos após a conclusão dos estudos por parte dos alunos e quando estes já tinham utilizado seus diplomas para a obtenção dos empregos públicos ou privados que estavam ocupando. A anulação do concurso tornava juridicamente sem efeito tôdas as nomeações e promoções consecutivas. Transtorno de tal ordem, contrário ao mais cozinho princípio de equidade, não era razoavelmente admissível. Para o caso, restava uma única solução, à qual recorreu o próprio poder público. Atendendo a pedido do Conselho de Estado, o Parlamento votou uma lei destinada a confirmar os resultados do concurso anulado. E' que somente a lei pode produzir efeito superior ao de uma decisão de anulação proferida por tribunal administrativo. No direito público francês, a soberania do legislador supera a do juiz.

#### O RECURSO DE EXCESSO DE PODER E O MANDADO DE SEGURANÇA

O paralelismo entre o recurso de excesso de poder, francês, e o mandado de segurança, brasileiro, é manifesto. Ele não é, aliás, de modo algum, o fruto do acaso. Os constituintes brasileiros de 1934 e de 1946, quando instituíram o mandado de segurança, os legisladores de 1951, que lhe deram nova forma processual, os juizes das diversas instâncias que diariamente o aplicam, os professôres que orientam e criticam suas decisões, todos se inspiraram e continuam a inspirar-se no recurso de excesso de poder francês, considerado como prototipo universal de todo recurso de anulação dos atos administrativos. Todavia, subsistem, entre os dois recursos, diferenças substanciais. Contrariamente ao recurso de excesso de poder, é o mandado de segurança uma instituição judiciária e não administrativa, e uma criação recente, longe de já haver atingido pleno desenvolvimento.

Os pressupostos do mandado de segurança lembram os do recurso de excesso de poder. O ato que o suscita é definido de maneira bastante análoga. Também emanou de autoridade pública administrativa. A evolução da jurisprudência que tende a restringir as limitações contidas na lei (recurso paralelo — ato disciplinar) acentua ainda mais a aproximação. Em contraposição, a noção muito extensiva de interesse, própria do contencioso administrativo francês, não existe no cabimento do mandado de segurança, que se baseia na lesão de um direito considerado líquido e certo. Verifica-se aí um efeito do caráter judiciário da instituição, que lhe restringe notavelmente o alcance.

O paralelismo também se acentua, se forem considerados os meios de cabimento do mandado de segurança, pelo menos como parece admiti-los a jurisprudência ainda hesitante das jurisdições judiciárias brasileiras, e sobretudo a doutrina bem mais firme dos autores de direito. Os quatro meios clássicos de anulação — incompetência, vício de forma, violação da lei, desvio de poder, — podem todos ser admitidos pelos juizes do Brasil. E' possível que, neste ponto, eles assumam tendências bastante semelhantes às da jurisprudência do Conselho de Estado francês.

Em contraposição, há nítidas diferenças entre os dois recursos, sobretudo no que se refere aos respectivos efeitos. O mandado de segurança não susta necessariamente a execução do ato arguido. Mas, ao passo que os juizes franceses não concedem senão muito raramente o "sursis" de execução quando solicitado, os tribunais brasileiros se mostram magnânimos no uso da função, que lhes é reconhecida, de ordenar a suspensão do ato que provocou o recurso. O que se afigura excepcional no direito francês é, ao contrário, a regra habitual no direito brasileiro.

O não provimento do recurso de excesso de poder, em França, condena definitivamente as pretensões do requerente. O mesmo não ocorre com a rejeição do mandado de segurança, a qual deixa aberta ao requerente a via judiciária da ação ordinária.

Sobretudo, enquanto o recurso de excesso de poder fundamentado termina na anulação "erga omnes" do ato arguido, o mandado de segurança não faz senão liberar o requerente da aplicação do ato considerado lesivo, sem que este desapareça da ordem jurídica. A administração é somente informada de sua ilegalidade. Mas nada a impede de repetir a aplicação do ato, em referência a terceiros.

Enfim, há, na prática, uma diferença mais substancial ainda. O processo do recurso de excesso de poder tornou-se lento na França, pelo acúmulo de serviço nas jurisdições administrativas e pela extrema minúcia da instrução processual. O do mandado de segurança é notavelmente rápido. E nisso consiste toda a vantagem do sistema brasileiro.

Mas toda medalha tem seu reverso. A rapidez do mandado de segurança é devida essencialmente ao fato de que, ao invés de ser apresentado perante uma jurisdição única e altamente especializada, tal como o Conselho de Estado, na França, é ele suscetível de percorrer graus e instâncias diversas da jurisdição judiciária. Pode exercitar-se desde o juiz singular de 1.<sup>a</sup> instância até o último grau da hierarquia judiciária do direito comum. O juiz comum, não sobrecarregado, está em condições de estatuir rapidamente sobre o mandado mas não se pode exigir de sua intervenção as mesmas garantias que é

permitido esperar de uma instituição como o Conselho de Estado francês. E' o que vimos observando, nestes últimos tempos, com a sucessão dos mandados de segurança contra atos administrativos que incidam na importação de mercadorias. Os abusos aí cometidos conduziram o legislador a intervir exercício do recurso, e o Tribunal Federal de Recurso a modificar a jurisprudência em sentido restritivo.

Assim, a instituição francesa, mais que centenária, do recurso de excesso de poder e a instituição brasileira, muito nava e ainda, incerta, do mandado de segurança apresentam muito mais pontos comuns do que divergências. E é provável que o desenvolvimento rápido do recurso brasileiro venha aproximá-lo mais ainda de seu homólogo francês. E' que, seja êle exercido por juiz administrativo especializado, ou pelo juiz judiciário de direito comum, seja êle o fruto de uma tradição venerável ou do esforço muito recente, o contrôle jurisdicional da administração não pode ser realizado de maneira muito diferente de país a país desde que inspirado pela vontade sincera de assegurar, de conformidade com os imperativos essenciais da democracia moderna, dentro do respeito ao interesse geral, as garantias legítimas dos cidadãos.

#### INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

##### EM LÍNGUA PORTUGUESA:

- FAGUNDES, M. Seabra — *O Contrôle dos A'os Administrativos pelo Poder Judiciário*  
 VASCONCELOS, José Matos — *Direito Administrativo*.  
 ARAGÃO, J. Guilherme de — *A Justiça Administrativa no Brasil* — *Caderno de Administração Pública* n.º 25 — E.B.A.P.  
 ARAGÃO, J. Guilherme de — *Dualidade e Unidade de Jurisdição no Brasil*, in "Revista do Serviço Público", vol. 66 n.º 2 p. 343 a 349.  
 TÁCITO, Caio — *A Administração e o Contrôle de Legalidade*, in "Revista da Ordem do Advogado de São Paulo", vol. XIV n.º 81, p. 2 a 14.  
 GAZIER, François — *A Justiça Administrativa na França* (Caderno de Administração Pública — E.B.A.P.)  
 GAZIER, François — *O Conselho de Estado francês* (Caderno de Administração Pública — E.B.A.P.)  
 WALD, Arnold — *O Mandado de Segurança* (D.A.S.P. Ensaio de Administração, n.º 2).

##### EM LÍNGUA FRANCESA:

Todos os tratados clássicos de direito administrativo francês (HAURIU — ROLLAND — WALINE — DE LAUBADERE, DUEZ e DEBERLES, etc.).

Podem-se ainda mencionar:

- ALIBERT, Raphael — *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration au mayen du recours par excès de Pouvoir*.  
 CORNEILLE, Louis — *Les Recours dont disposent les Citoyens*, in "Encyclopédie française", tome X l'Etat Moderne — 10 — 16 — 5.  
 ODENT, Raymond — *Cours de Contentieux administratif*.

Enfim, é da maior oportunidade a consulta dos artigos publicados nas revistas seguintes:

- "Etudes et Document" (revista publicada pelo Conselho de Estado Francês).  
 "Revue de Droit public et de la Science politique".