

Do Contrôlo Jurisdicional da Administração Pública

RUI BORGES DE CARVALHO

I — INTRODUÇÃO

A — O PROBLEMA, SUA IMPORTÂNCIA E SUA ATUALIDADE

POR sugestão do Professor Henry Reining Jr., escolhemos, para tema do nosso trabalho, o problema do Contrôlo Jurisdicional da Administração Pública.

Desenvolvendo o assunto, abordamo-lo em seus dois aspectos principais: o que diz respeito à determinação do órgão ao qual compete controlar as atividades administrativas, e o que se refere à extensão do contrôlo.

No primeiro aspecto foram estudados principalmente os sistemas de contrôlo, de maneira geral. Ao tratarmos do problema do limite da revisão dos atos administrativos pelos tribunais, dedicamos especial atenção às atividades de Administração de Pessoal, procurando determinar o grau de interferência dos órgãos judiciais, pelo estudo de alguns casos e por comparação com a situação norte-americana. Cremos termos, assim, mantido dentro do espírito do Seminário, que visa antes o diagnóstico e a terapêutica de problemas específicos do que dissertações puramente teóricas.

O tema é delicado e complexo, estando nêlo envolvidas questões de Direito Constitucional e Administrativo referentes à organização dos poderes do Estado e à delimitação da órbita reservada a cada um dêles, que têm provocado debates e recebido soluções diferentes nos diversos países.

Por outro lado, em abono da atualidade dêste assunto, basta considerar que a Administração em geral e, particularmente, a Administração de Pessoal poderão ter a eficiência grandemente afetada por uma excessiva interferência dos tribunais em suas atividades.

B — O MÉTODO ADOTADO

A fim de dar ao problema um tratamento adequado, fugindo tanto quanto possível de considerações subjetivas, julgamos imprescindível complementar e concretizar nosso estudo pelo exame de alguns casos típicos, representativos da maneira habitual por que o Judiciário revê as atividades de Administração de Pessoal.

O estudo da interferência dos tribunais na Administração de Pessoal, nos Estados Unidos, a par de seu interesse para a Administração Comparada, faz ressaltar, pelo contraste, muita coisa que, sem êle, talvez passasse despercebida.

II — DO CONTRÔLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

A — CONCEITO DE CONTRÔLE JURISDICIONAL

1. *Princípio de Legalidade.*

O princípio de legalidade, universalmente aceito, assegura a integral submissão da Administração Pública à ordem jurídica, que constitui a fonte e o limite da sua atividade. Isso significa, não só que a Administração, para agir, precisa de autorização da lei, mas ainda que sua atividade tem de ser circunscrita aos limites traçados pela norma legal e seguir a orientação por ela estabelecida, para que seja legítima. (1)

O princípio de legalidade, decorrente do direito escrito, que visa eliminar o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais e pressupõe a limitação de atividades segundo os seus textos, ampara-se também na própria natureza de função administrativa, essencialmente realizadora do direito, função tipicamente de execução, e, portanto, subordinada, não podendo ser exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites dêste. (2)

2. *Conflitos entre o Estado e o Indivíduo.*

A Administração Pública, como órgão ativo do Estado, ao qual compete a prestação dos serviços estatuídos em lei, muitas vezes, no exercício da sua atividade, entra em conflito com os indivíduos, em virtude das limitações por ela impostas às atividades privadas, com as quais não concordam os particulares.

Da sujeição dos atos administrativos à ordem jurídica, decorre que deve haver um órgão encar-

(1) SEABRA FAGUNDES, M. — *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, "Konfino", s/d. 2.^a ed. pág. 115.

(2) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.*, páginas 115-116.

regado de resolver tais conflitos, pois "a norma jurídica, para ser observada, precisa de um órgão, de um poder, que resolva os litígios verificados na sua aplicação e imponha coercitivamente o seu respeito". (3)

3. Definição de Contrôlo Jurisdicional.

Tôda vez que a um órgão jurisdicional é afetada a resolução de um litígio entre a Administração e particulares, caracteriza-se o exercício do controle jurisdicional da atividade administrativa, que se realiza pela intervenção daquele órgão no processo de realização do direito e tem por finalidade precípua a proteção do indivíduo em face da Administração Pública.

B — SISTEMA DE CONTRÔLE JURISDICIONAL

A teoria do controle jurisdicional da Administração Pública desdobra-se em duas questões, extremamente delicadas e complexas, que têm suscitado debates e recebido soluções diferentes nos diversos países. Uma diz respeito à determinação do órgão que deve controlar a ação administrativa, a outra procura determinar a extensão do controle.

Neste capítulo debateremos o primeiro problema, ficando o estudo dos limites da intervenção jurisdicional reservado para o capítulo seguinte.

"Dois sistemas são adotados atualmente para a prática do controle jurisdicional dos atos administrativos, nas diversas organizações políticas: controle pela jurisdição comum e controle por uma jurisdição especial". (4)

Pelo primeiro sistema a fiscalização da atividade administrativa compete ao Poder Judiciário, aos tribunais comuns. Pelo sistema de controle por jurisdição especial, as situações contenciosas em que é parte a Administração são submetidas a tribunais de categoria especial, tribunais administrativos, distintos dos órgãos judiciários. Em ambos os sistemas "há pleno controle jurídico do exercício do Poder Executivo. O que nêles difere é a organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo". (5)

1. Controle pela Jurisdição Especial.

a) Princípio da Separação das Autoridades Administrativa e Judiciária.

O sistema de jurisdição especial, adotado pela maioria dos Estados, originou-se na França, como resultado do princípio da separação das autoridades administrativa e judiciária, corporificado

na Lei n.º 16, de 24 de agosto de 1790, nos seguintes termos: "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas". (6)

Este texto significa, expõe Marcel Waline, que são necessárias duas condições, para que num país se caracterize a operação das autoridades administrativas e judiciárias, a saber:

1.º Os tribunais judiciários não se devem imiscuir na administração, o que significa não só que eles se devem abster de atuar como administradores, mas também que lhes é vedado dar ordens aos administradores e mesmo julgar processos em que é debatida a conduta da administração, porque poderiam ser levados a criticá-la ou a impor-lhe condenação ou poderiam ser tentadoras se aproveitarem da ocasião para efetuarem a subordinação da administração aos tribunais.

2.º Inversamente, os administradores ativos não devem exercer funções jurisdicionais, não devem julgar processos. (7)

Esta é a concepção francesa da separação de poderes, que serviu de fundamento teórico para a instalação do contencioso administrativo, com a "bipartição da jurisdição, compreendendo os atos respectivamente da competência dos tribunais administrativos, ou da competência dos tribunais ordinários". (8)

Deve-se notar que não foi o amor ao princípio da separação de poderes, e sim contingências históricas, que determinaram, no século XVIII e no início do século XIX a adoção, pela França, do sistema de jurisdição administrativa. (9)

b) Os Abusos dos Parlamentos.

Em virtude dos abusos cometidos pelos Parlamentos, que se intrometiam indevidamente nas atividades administrativas, perturbando-lhes o bom andamento, a opinião pública francesa, que lhes era hostil, no período inicial da Revolução encontrou eco na Assembleia Constituinte, que os suprimiu em 1789. Os desmandos praticados pelos Parlamentos foram de tal ordem que o constituinte Thourret, resumindo bem a situação, pôde dizer: "Rival do poder administrativo, o poder judiciário perturbava suas operações, tolhia-lhes os movimentos e inquietava seus agentes". (10)

c) Instituição do Sistema.

A Lei n.º 16, de 24 de agosto de 1790, deu o primeiro passo no sentido de implantar o sistema de contencioso administrativo, ao vedar aos tribunais judiciários o conhecimento de processos em

(6) WALINE, Marcel — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1951, 6.ª ed., pág. 44.

(7) WALINE, Marcel — *op. cit.*, pág. 44.

(8) CAVALCANTI, Temístocles Brandão, — *op. cit.* vol. cit., pág. 421.

(9) WALINE, Marcel — *op. cit.*, pág. 44.

(10) WALINE, Marcel — *op. cit.*, pág. 45.

(3) CAVALCANTI, Temístocles Brandão — *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, "Freitas Bastos", vol. I, pág. 417.

(4) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.*, pág. 135.

(5) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.* pág. 137.

que fôsse parte a Administração, que foi erigida em juiz de seus próprios atos. Só com Bonaparte foi iniciada a segunda parte da reforma, com a criação de órgãos administrativos encarregados do julgamento de litígios entre a Administração e os particulares, nascendo assim o controle jurisdicional de tipo especial, "com a criação de duas ordens de jurisdições, dois sistemas de tribunais subordinados a duas Côrtes Supremas diferentes: as jurisdições judiciárias e as jurisdições administrativas", e "com a separação entre as autoridades administrativas ativas e as autoridades administrativas judicantes". (11)

d) Necessidade de Manter o Sistema.

Atualmente, já de há muito desapareceram as razões que determinaram a adoção do sistema do contencioso administrativo, e anda muito desacreditado o seu fundamento doutrinário. Entretanto, não só a França, mas a generalidade dos países mantém o sistema, não por aquelas razões, porém, por motivos de ordem técnica. Argumentam os defensores do controle pela jurisdição especial com a necessidade de especialização e a impossibilidade, ou pelo menos grande dificuldade que encontrariam os juizes dos tribunais comuns em acrescentar ao conhecimento especializado e minucioso do direito e da jurisprudência administrativa. (12)

2. Controle pela Jurisdição Comum.

O sistema de controle pela jurisdição comum, originado na Inglaterra, e ainda hoje adotado naquele país, bem como nos Estados Unidos e no Brasil, "assenta numa concepção da separação de poderes oposta à francesa e na opinião de que os direitos individuais só ficam suficientemente amparados, em face dos atos administrativos, quando o exame contencioso destes é entregue a um órgão autônomo". (13)

a) Separação de Poderes.

Os partidários da unidade de jurisdição entendem que cabendo ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional, mesmo quando se trata de exercê-la para controlar as atividades da Administração, fica muito melhor atendido o princípio de separação de poderes e especialização de funções, porque cada poder exerce sua atividade sempre e até quando se trate de sua função peculiar, o que permite melhor equilíbrio entre os poderes e reciprocidade de controle. (14)

b) Amparo aos Direitos Individuais.

O segundo argumento em favor do sistema judiciarista, diz que o indivíduo só é completa-

mente amparado contra os atos da administração, quando pode invocar, em seu favor, um pronunciamento do Poder Judiciário, porque as garantias de independência e imparcialidade, de que gozam os juizes, fazem presumir que, nos julgamentos dos tribunais comuns, a influência do Poder Executivo, será nenhuma, ou no máximo, insignificante, sendo, na pior das hipóteses, sempre inferior à que poderá ser exercida sobre órgãos jurisdicionais dependentes da Administração.

3. Crítica dos Dois Sistemas.

a) Princípio de Separação de Poderes.

O princípio de separação de poderes explica muito melhor a unidade de jurisdição, pois permitir às autoridades administrativas que, em função de tribunal, aquilatem da legalidade dos atos da Administração, em nome daquele princípio, é faltar à lógica, pois salta aos olhos o cúmulo de poder executório e poder judiciário. (15)

b) Necessidade de Especialização.

"Justificando a instituição do contencioso administrativo, "conjunto dos recursos jurisdicionais organizados para a proteção dos indivíduos contra os excessos do poder da Administração", escreveu Jèze: "Em nossos dias, a instituição da jurisdição administrativa, na maioria dos Estados, corresponde unicamente à vantagem de especializar os tribunais. A experiência demonstrou a necessidade de dois regimes jurídicos: O Direito Público, o Direito Privado, com duas categorias de tribunais: tribunais administrativos, tribunais judiciários. As idéias mestras são diferentes em Direito Privado e em Direito Público. Nas relações de particular a particular, a regra fundamental é a igualdade do indivíduo perante a lei. Um interesse particular não deve ser sacrificado a um interesse particular. Todos os interesses particulares são iguais. A balança deve ser mantida no fio entre eles. No Direito Público, ao contrário, se um conflito irrompe entre o interesse geral e o interesse particular, o interesse geral deve sobrelevar. Não significa isso que o interesse particular será sacrificado pura e simplesmente.

O objeto do Direito Público é justamente procurar a medida em que o interesse público deve dominar o interesse particular e, também, determinar compensações equitativas que convêm proporcionar aos indivíduos lesados por medida de interesse geral. Essa conciliação é a preocupação essencial do Direito Público. As regras sobre o funcionamento dos serviços públicos são as soluções de conciliação imaginadas pelos publicistas. Para empregá-las com êxito, urge uma educação jurídica particular, uma experiência contínua, uma prática incessante. Por aí se justifica a necessida-

(11) WALINE, Marcel — *op. cit.* págs. 45-47; SEABRA FAGUNDES — *op. cit.*, pág. 148.

(12) WALINE, Marcel — *op. cit.*, págs. 47-49.

(13) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.*, pág. 152.

(14) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.*, páginas 152-153.

(15) MENEGALE, J. Guimarães, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio de Janeiro, Borsoi, 2.^a ed., vol. 2.^o, pág. 280.

de de uma especialização das jurisdições com a missão de dizer e aplicar o Direito Público". (16)

Este é o grande argumento em favor do sistema do contencioso administrativo, que Ranelletti procura rebater, seja com a afirmação de que os juizes dos tribunais comuns, quando conhecedores do Direito Público, são melhores julgadores do que os administradores, que, embora técnicos, não são treinados para resolver questões jurídicas, ou por considerar que há maior analogia entre juizes de tribunais ordinários e de tribunais administrativos do que entre estes e os administradores ativos. (17)

Na verdade, reconhecer a necessidade da especialização não leva necessariamente à adoção do sistema do contencioso administrativo. Pode-se perfeitamente conceber uma solução intermediária, com a criação de tribunais judiciários aos quais se afetasse a solução dos litígios entre a Administração e os particulares. Seriam tribunais judiciários, mas com a competência "ratione materiae" muito limitada. (18)

c) Amparo aos Direitos Individuais.

A opinião de que as garantias de independência e imparcialidade dos juizes asseguram aos cidadãos proteção mais completa de seus direitos do que a proporcionada por órgãos jurisdicionais dependentes da Administração, é indiscutivelmente exata. Entretanto, todo o seu valor como argumento contrário ao sistema de jurisdição especial, será nulo caso a Administração não procure influenciar as decisões.

Assumir "a priori" uma atitude de desconfiança, que os fatos poderão não confirmar, não nos parece ser a melhor maneira de enfrentar o problema. Deve-se ter sempre em mente o exemplo da França. Quando Napoleão Bonaparte criou os primeiros corpos administrativos destinados a julgar os litígios em que a Administração fôsse parte, fê-lo no intuito de assegurar uma justiça complacente, o que na verdade conseguiu. Porém, com o correr do tempo, os tribunais administrativos libertaram-se completamente das influências do Poder Executivo e hoje, diz Waline, a supressão de jurisdição administrativa seria inquietante para os particulares, pois os tribunais judiciários provavelmente não os tratariam com a mesma liberalidade demonstrada pelo Conselho de Estado. (19)

(16) Apud MENEGALE, J. GUIMARÃES, *op. cit.*, vol. cit., págs. 288-289.

(17) Apud SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.*, nota 3, págs. 150-151.

(18) CAVALCANTI, Temístocles Brandão, *op. cit.*, vol. cit. pág. 436.

(19) WALINE, Marcel — *op. cit.*, pág. 48.

C — O CONTRÔLE JURISDICIONAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

1. O Sistema Brasileiro.

No Brasil vigora o sistema de controle pela jurisdição comum, cabendo aos tribunais ordinários a revisão dos atos administrativos. A Constituição Federal, dispõe, no artigo 104, n.º II, letra a, que "competem ao Tribunal Federal de Recursos julgar, em grau de recurso, as causas decididas em primeira instância, quando a União fôr interessada como autora, ré, assistente ou oponente" e no parágrafo 4.º do artigo 141, está a declaração formal de que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

2. O Sistema Norte-Americano.

Nos Estados Unidos também compete aos tribunais comuns o controle da atividade da Administração Pública. Aliás, o fundamento do controle judicial dos atos administrativos apoia-se na doutrina da "rule of law" que se desenvolveu na Inglaterra, sendo adotada nos Estados Unidos, no Brasil e em outros países.

Pela "rule of law" todo cidadão tem direito a submeter ao julgamento dos tribunais ordinários qualquer lesão de direito e a debater, naquelas côrtes, a legalidade de qualquer ato administrativo. (20)

A adoção da "rule of law", em sua pureza tradicional, significa conferir ao Poder Judiciário o monopólio jurisdicional. É o que acontece no Brasil e o que se dava nos Estados Unidos até o último século. No início deste século, entretanto, patenteou-se que o sistema de legislação detalhada e julgamento de litígios pelos tribunais comuns, não constituía mais garantia eficiente, quer dos interesses privados, quer do interesse público, porque houvera profunda mudança na estrutura econômico-social do país, o que requeria maior interferência da Administração, no sentido de regular as atividades privadas e proteger o interesse público.

Conseqüentemente, houve profunda mudança no caráter da legislação, que passou a formular os objetivos de maneira ampla, deixando os detalhes a cargo das autoridades administrativas, cujos poderes foram aumentados, sendo criados órgãos administrativos investidos de competência para ajuizar direitos de particulares. (21)

Atualmente, a primeira proposição da "rule of law", está sofrendo o embate dos órgãos juris-

(20) JOHN DICKINSON, apud HART, JAMES — *An Introduction to Administrative Law*, New York, Appleton, 2.ª ed., págs. 22-23.

(21) WHITE, Leonard D. — *Introduction to the Study of Public Administration*, New York, Macmillan, 3.ª ed., 1951, págs. 549-550.

dicionais da Administração, mas desde que, em geral, as decisões desses órgãos estão sujeitas à revisão judicial, (22) mantém-se íntegro o princípio de que compete ao Poder Judiciário a decisão final sobre a legalidade dos atos administrativos.

III — EXTENSÃO DO CONTRÔLE JURISDICIONAL

A — CONTRÔLE DA LEGALIDADE, NÃO DO MÉRITO

O princípio de legalidade se fundamenta e explica o controle jurisdicional dos atos administrativos, também indica a extensão, o limite da apreciação judicial da atividade da Administração Pública. O objetivo da revisão judicial é averiguar a jurisdição da ação administrativa e promover sua submissão às normas legais. A interferência do Poder Judiciário não pode exorbitar da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei. Não se contendo nestes limites, estarão os tribunais invadindo o campo de ação de Poder Executivo, o que, além de ser contrário ao princípio de separação e harmonia dos poderes, acarretaria graves prejuízos ao bom desempenho das tarefas da Administração, seja pela diversidade dos critérios que norteiam juízes e administradores no desempenho de suas funções específicas, ou em virtude de não possuírem os tribunais os conhecimentos técnicos indispensáveis ao eficiente tratamento da coisa pública. Por todas essas razões, a extensão do controle jurisdicional limita-se à apreciação da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe vedado o exame do mérito. (23)

B — O MÉRITO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Conceito de Mérito.

Ensina Seabra Fagundes que “o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso exprime sempre um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., de cada procedimento administrativo”. (24)

2. Dificuldade de Distinguir o Mérito da Legalidade.

a) A Antiga Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

(22) WHITE, Leonard D. — *op. cit.*, pág. 576; HART, James — *op. cit.* págs. 659-714.

(23) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.* pág. 173; WALINE, Marcel — *op. cit.* pág. 161.

(24) SEABRA FAGUNDES, M. — *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, in “Revista de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, vol. 23, janeiro-março de 1951, pág. 2.

A legalidade, que tem sentido puramente jurídico, prende-se à conformidade do ato, às prescrições legais referentes à competência, manifestação de vontade do agente, ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma. (25)

A dificuldade de identificar o mérito no ato administrativo, distinguindo-o da legalidade, pode ser ilustrada, pelo ato de demissão de funcionário, a que preceda processo administrativo, ato vinculado por excelência.

Para que se possa verificar a demissão de funcionário estável, é necessário que, em processo administrativo, se apure falta previamente determinada em lei como capaz de motivar aquela punição. Submetido o caso ao Judiciário, poderá este reexaminar as provas do inquérito ou deverá limitar-se à fiscalização das formalidades externas?

Por muito tempo, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal era no sentido de limitar a indagação judicial às questões de competência e aos aspectos formais do inquérito, por entender aquela alta corte que examinar o conteúdo do processo seria entrar no mérito da decisão administrativa, campo reservado ao Poder Executivo. (26)

A tese estaria certa caso na hipótese se configurasse o exercício de poder discricionário. Entretanto, o que se verifica é que a autoridade administrativa, no caso, tem apenas competência vinculada, visto que não há margem para opção, sendo o procedimento administrativo limitado à apuração de faltas definidas em lei como capazes de determinar a demissão do funcionário. Não basta, para que a demissão seja legítima, a estrita observância das formalidades legais, é necessário que o inquérito patenteie fatos que acarretam, em virtude de disposição legal, a punição do servidor. “Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseia num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele, constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresenta”. (27)

b) A Nova Orientação do Supremo Tribunal Federal.

Em dezembro de 1944, apreciando embargos da apelação 7.037, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, mudou de orientação, afirmando o princípio de que “a apreciação de mérito in-

(25) SEABRA FAGUNDES, M. — *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pág. 174.

(26) NUNES LEAL, Vítor — *O Exame pelo Judiciário da Legalidade dos Atos Administrativos*, in “Revista de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, D.A.S.P., vol. III, janeiro de 1946, págs. 70-71.

(27) NUNES LEAL, Vítor — *op. cit.*, págs. 81-82.

terdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por "indevida aplicação do direito vigente". Não são, portanto, somente os aspectos formais do ato que autorizam o exame judicial. Essa limitação só existe em se tratando de ato discricionário, que não poderá ser o de punição disciplinar de funcionário ou a sua destituição nos casos em que esta só se autorize mediante inquérito administrativo". (28)

c) Opinião de Nunes Leal.

Comentando a decisão, entende Vítor Nunes Leal que ela interpretou bem o conceito de legalidade consagrado na Lei n.º 221, de 1894, cujo artigo 13, parágrafo 9.º, letra a, dispunha:

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

À vista deste texto legal, continua o autor citado, não pode ser válida a opinião de que "o exame da legalidade não comporta o exame do merecimento. O mérito exorbitante da legalidade é constituído justamente pelo conteúdo discricionário (conveniência, oportunidade, razoabilidade, etc.) que pode existir mesmo nos atos administrativos vinculados". (29)

d) Opinião de Seabra Fagundes.

Seabra Fagundes, que considera revogada a Lei n.º 221, discorda da interpretação do Ministro Castro Nunes e de Vítor Nunes Leal, que identificam as noções de mérito e legalidade, por entender que, mesmo na vigência daquele diploma legal, uma exegese que se ativesse mais ao seu espírito do que à sua letra, estabeleceria claramente, à vista do inciso a do parágrafo 9.º do artigo 13, que "o legislador contrapôs as razões legais às políticas. Ora, estas estão sempre onde não há um critério estrito, prefixado, e, portanto, não se terão de circunscrever ao que esteia relacionado com a conveniência e a oportunidade do ato"... mas "abrançarão o conjunto de aspectos que compõem o mérito. O legislador há de ter querido, portanto, preservar à incursão da Justiça o território extralegal (reservando-lhe, tão-só, o exame dos aspectos jurídicos, ou seja, dos que pudessem examinar-se à luz de razões jurídicas), deixando livres à Administração os aspectos políticos dos procedimentos da sua alçada. O seu intento há de ter sido, em

suma, subtrair ao exame jurisdicional tudo quanto respeitasse às repercussões políticas do ato em relação à Administração (conveniência e oportunidade no sentido estrito e usual) e ao indivíduo (justiça, equidade, etc., isto é, oportunidade e conveniência em sentido lato)". (30)

Assim diferenciados legalidade e mérito, o exame, pelo Judiciário, do conteúdo do processo administrativo é perfeitamente cabível, pois o que se controla é unicamente a legalidade do ato de demissão de funcionário, não havendo, de maneira alguma, avaliação do mérito da medida. Não se indaga da justiça ou injustiça da decisão, verifica-se apenas se a Administração, por meio do inquérito, averiguou a existência de causa definida em lei como capaz de autorizar a demissão. O inquérito tem por objeto a apuração de motivo predefinido em lei e a cuja existência está condicionado o ato de destituição de funcionário estável. Logo, a questão é puramente de legalidade, nada tendo a ver com o mérito. (31)

3. Mérito e Discricionariedade.

Do debate resulta que a opinião de Seabra Fagundes apenas aparentemente se choca com o ponto de vista do Ministro Castro Nunes e de Vítor Nunes Leal, pois, no fundo, não há divergência real entre as teses defendidas pelos eminentes juristas. Na verdade, são todos acordes em proclamar que ao Poder Judiciário é interdito o exame do conteúdo discricionário do ato administrativo. Apenas, os dois últimos entendem que não há oposição entre os conceitos de mérito e legalidade, e que, conseqüentemente, ao Poder Judiciário é dado examinar certos aspectos de mérito do ato administrativo, como parte do controle de legalidade, sendo-lhe vedada unicamente a apreciação do conteúdo discricionário do ato, ao passo que, para Seabra Fagundes, conteúdo discricionário e mérito são uma e a mesma coisa.

Parece-nos que é de se adotar a tese de Seabra Fagundes, que, por se prestar menos a confusões, e por estabelecer separação mais nítida entre os conceitos de mérito e legalidade, guia mais seguro e mais prático.

a) Atos Discricionários e Vinculados.

Quando, na sua tarefa de aplicar a lei, o administrador pode optar entre diversas soluções, sendo-lhe deferida a avaliação da conveniência, oportunidade, justiça, etc., da decisão, diz-se que ele age no exercício de competência discricionária, ou livre, e aos atos assim praticados se denominam atos discricionários.

*Muitas vezes, entretanto, o próprio legislador esgota a possibilidade de escolha, e, ao aplicar a

(28) Ministro CASTRO NUNES, Voto proferido na apelação 7.307; in "Revista de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, D.A.S.P., vol. III, jan. 1946, pág. 76.

(29) *Op. cit.*, págs. 84-85.

(30) *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, págs. 14-16.

(31) SEABRA FAGUNDES, M. — *op. cit.* na nota anterior, págs. 3-5.

lei, o poder discricionário do administrador está reduzido a nada, competindo-lhe tão-somente verificar a existência do motivo predeterminado em lei e tomar a decisão prescrita na norma legal, sem que possa guiar-se por qualquer consideração de oportunidade, conveniência, equidade, etc. Nesses casos, diz-se que o funcionário age no exercício de competência vinculada ou estrita. (32)

O mérito do ato administrativo reside exatamente na possibilidade de opção, pelo administrador, quanto ao sentido que tomará o ato, o que inclui escolha não só do motivo determinante da ação, como do objeto de atividade administrativa. Portanto, no ato vinculado não se pode vislumbrar mérito, pois "o administrador fica adstrito a constatar a ocorrência de motivo único, predeterminado pelo legislador devendo ter o procedimento administrativo por objeto uma certa e determinada medida expressamente prevista em lei", (33) só se podendo falar em mérito de ato discricionário.

b) Contrôles dos Atos Discricionários e Vinculados.

A distinção entre atos administrativos discricionários e atos administrativos vinculados é de grande importância para a determinação da extensão do controle jurisdicional.

Os atos vinculados, em virtude de só apresentarem aspectos de legalidade, são sujeitos totalmente ao exame dos tribunais, sendo o controle pleno. Quanto aos atos discricionários, o controle é parcial, porque ao lado dos aspectos de legalidade, apresentam aspectos de mérito que não estão sujeitos à revisão judicial. (34)

IV — CASOS

CASO N.º 1

Tribunal de Justiça de São Paulo.

Impetrante: Hilton Gonzalez e outros.

Mandado de Segurança n.º 46.431 — Relator: Sr. Desembargador Fernandes Martins.

Os fatos — Hilton Gonzalez e outros, impetraram, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo mandado de segurança, pretendendo que lhes fosse assegurada a nomeação ao cargo de segundos tenentes estagiários do Quadro de Dentista da Força Pública, com todas as vantagens, tanto em relação a vencimentos que deixaram de perceber, assim como a contagem de tempo para efeito de promoções e mais honorários de advogado. Em abono do pedido alegaram que, havendo concorrido ao concurso para preenchi-

mento de vagas no aludido cargo, e obtido classificação, não foram nomeados porque o número de vagas, que era de onze quando foi organizado o concurso, sofreu diminuição para seis, por determinação da Lei n.º 404, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 1949, enquanto que o resultado final do concurso foi publicado em fevereiro do mesmo ano.

A decisão — O Tribunal, por votação unânime, denegou a medida sob o fundamento de que o Estado tem a faculdade de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos para o ingresso em funções públicas; ademais, não há lei que confira a candidatos num concurso qualquer direito quanto à inalterabilidade das condições do mesmo concurso.

Comentário — A decisão acolheu a boa doutrina, pois não há dúvida que a finalidade dos concursos é proporcionar à Administração, através da seleção competitiva, a escolha, para posterior integração em seus quadros, dos melhores candidatos ao emprego público. Assim, são realizados no interesse da Administração, não dos candidatos, são um instrumento de que lança mão a Administração, "o que torna intuitivo, que o Estado pode alterar-lhes as condições, sempre que o entender, de forma a fazer a melhor escolha possível". (35)

CASO N.º 2

Tribunal Federal de Recursos.

Merand de Souza Lima vs. União Federal.

Apelação Cível n.º 158 — Relator: Sr. Ministro Alfredo Bernardes.

Os fatos — Merand de Souza Lima, ajudante de Tesoureiro da Diretoria Regional dos Correios e Telégrafos do Distrito Federal, aplicou no pagamento de despesas urgentes de seu casal, dinheiros públicos de que tinha a posse em razão de seu cargo. Sobre o desvio não pairou dúvida, porquanto o próprio autor confessou-o, reiteradamente, à Comissão encarregada de balancear a Tesouraria e à Comissão de inquérito administrativo, a que respondeu, defendendo-se com os protestos de ter agido sem dolo, uma vez que era funcionário afiançado e a sua capacidade financeira permitia, como permitiu, a reposição, em qualquer momento, do desfalque encontrado na sua "caixa". Diante dessa confissão a Comissão de inquérito concluiu pela prática a falta grave, por parte do autor, opinando pela sua suspensão.

O Presidente da República, no entanto, demitiu-o. Merand de Souza Lima recorreu à Justiça, sendo sua pretensão desacolhida em primeira instância. Inconformado, apelou.

(32) SEABRA FAGUNDES, M. — *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, pág. 6; WALINE, Marcel — *op. cit.*, pág. 134.

(33) SEABRA FAGUNDES — *Op. cit.*, pág. 6.

(34) SEABRA FAGUNDES — *Op. cit.* pág. 10.

(35) ALMEIDA CARNEIRO, ALAIM — *Comentário*, in "Revista de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, vol. 26, outubro-dezembro 1951, pág. 60.

A decisão — A Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, negou provimento à apelação, confirmando a sentença apelada. Entendeu a Eg. Turma que apesar de sugerida pela Comissão de Inquérito a pena de suspensão, podia o Presidente da República aplicar a de demissão, prevista na lei para a infração, e que a aplicação severa da pena cabível não induz ilegalidade.

Comentário — Apreciando o conteúdo do inquérito, o Tribunal nêle encontrou motivo prede-terminado em lei para demissão, embora considerasse que houve excessivo rigor na aplicação da pena.

A decisão foi tomada rigorosamente de acôrdo com o princípio de que ao Poder Judiciário só compete o contrôlê da legalidade dos atos administrativos, tanto assim, que, embora discordando da justiça da penalidade, mantiveram-na os julgadores.

CASO N.º 3

Tribunal Federal de Recursos.

União Federal vs. Luís Ramos.

Apelação Cível n.º 2.010. Relator: Sr. Ministro Artur Marinho.

Os fatos — Luís Ramos, depois de responder a inquérito administrativo, foi demitido e processado criminalmente, por delitos funcionais de corrupção, de par com outros colegas, sendo absolvido da acusação.

Posteriormente, alguns dos seus companheiros de processo foram reintegrados em seus cargos, sendo a reintegração de Luís Ramos negada, o que o levou a acionar a União a fim de ser reintegrado no cargo classe E da carreira de detetive do quadro suplementar do Departamento Federal de Segurança Pública, pedindo também pagamentos atrasados e gratificações. Tudo sob o fundamento de que não poderia perdurar a pena administrativa quando no Juízo Penal não se reconheceu a prática do ato ilícito que lhe foi atribuído. A União contestou, frisando que o autor fôra demitido, depois de apurada sua responsabilidade em processo administrativo, por ter ficado patenteada falta que o incompatibilizou para o cargo... O juiz julgou procedente a ação, excluindo honorários de advogado, e apelou de ofício. A União também apelou.

A decisão — A 2.ª Turma do Tribunal Federal de Recursos deu provimento às apelações, por maioria de votos, para julgar improcedente a ação, sob o fundamento de que a absolvição no juízo criminal não tem força bastante para invalidar, por si só, o ato de demissão do funcionário fundado em processo administrativo regular.

Comentário — A decisão acolheu o princípio de independência das jurisdições criminal e administrativa. Se a jurisdição administrativa fôsse dependente da criminal, as consequências seriam

desastrosas para o Serviço Público, pois todo funcionário demitido por processo administrativo, que fôsse absolvido no juízo criminal, teria direito à reintegração. Ora, como o grau de certeza necessária à condenação, nas duas jurisdições, é muito diferente, o nível moral do funcionalismo seria bastante prejudicado e a Administração ver-se-ia obrigada a tolerar o reingresso de empregados destituídos regularmente, porém absolvidos no juízo criminal, muitas vezes só por falta de prova suficiente para autorizar a condenação.

CASO N.º 4

Tribunal Federal de Recursos.

Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães, vs. Presidente do I.A.P.C.

Recurso de Mandado de Segurança n.º 446 — Relator: Sr. Ministro Henrique D'Ávila.

Os fatos — Luís Gonzaga de Sérgio Magalhães, oficial administrativo, padrão N, do I.A.P.C., requereu, no Juízo de Direito da 1.ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, mandado de segurança, para o efeito de invalidar a Portaria n.º 18.368, de 22 de dezembro de 1948, por força da qual o presidente daquela autarquia o suspendeu de suas funções pelo prazo de 90 dias, com perda integral de seus vencimentos.

Solicitadas informações à autoridade coatora, esta procurou justificar a penalidade imposta ao impetrante, com razões que podem ser assim sumariadas: que o impetrante fôra designado para processar um Inquérito Administrativo na Delegacia do I.A.P.C. na Paraíba; que no desempenho dêsse encargo deveria consumir todo o seu tempo não estando adstrito a horário normal de trabalho; que valeu-se de sua qualidade de servidor para desenvolver atividades políticas, violando, assim, não só disposição expressa do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, como também determinações categóricas da Presidência do I.A.P.C.; que, em consequência, foi o impetrante punido disciplinarmente, nos termos dos artigos 234 e 241, combinados, do mesmo Estatuto. O Juiz da 1.ª Vara da Fazenda Pública denegou o pedido. Inconformado, recorreu o impetrante e nas razões acrescentou que jamais negou o fato, que lhe foi atribuído, de ter exercido atividade política; que manifestou seu pensamento político, fora porém do período destinado às suas atividades funcionais e no exercício de um direito que lhe é assegurado pela Constituição e pelas leis do país; que o motivo determinante de sua punição está ligado ao fato de ter o impetrante distribuído, no hotel onde se encontrava hospedado, a um amigo, a caricatura do Senador Getúlio Vargas com o dístico "Ele Voltará"; que não lhe foi assegurada qualquer defesa na esfera administrativa; que não há como reconhecer, na espécie, faculdades discricionárias, que onde há ilegalidade ou

abuso de poder cabe ao poder jurisdicional intervir para reparar.

Decisão — Desprezada, por maioria de votos, a preliminar de não cabimento do mandado de segurança por se tratar de ato disciplinar, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso e concedeu o mandado, por entender que não constitui infração disciplinar a manifestação de convicções políticas por parte de funcionário, em caráter particular e fora do local de serviço.

Comentário — A necessidade de manter a neutralidade, do funcionalismo, não pode chegar ao exagêro de se exigir do servidor público a ausência de opinião sobre assuntos de política partidária, ou de se lhe vedar o direito de expressá-la particularmente. Mesmo nos Estados Unidos, bem mais exigentes do que o Brasil, a esse respeito, o funcionário federal “tem todo o direito de expressar sua opinião, particularmente, sobre todo e qualquer assunto político”. (36)

O que se pretende impedir, é a interferência do funcionário nas atividades políticas, sua participação em comícios e campanhas eleitorais, a utilização do prestígio do cargo para auferir vantagens de ordem política, nunca a expressão de opiniões em caráter particular.

CASO N.º 5

Tribunal de Justiça da Paraíba.

Estado da Paraíba vs. José Primo Viana.

Apelação Cível n.º 1.526 — Relator: Sr. Desembargador Flodoardo da Silveira.

Os fatos — Por determinação do Secretário da Agricultura, Viação e Obras Públicas do Estado da Paraíba foi instaurado inquérito administrativo para apuração de irregularidades que se dizia estarem ocorrendo na Administração do Pôrto de Cabedelo. Encaminhado o inquérito ao Governador do Estado este aplicou ao Chefe do Tráfego, padrão “F”, servindo naquela Administração José Primo Viana, a pena de disponibilidade de que trata o art. 227 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado. José Primo Viana, em ação que propôs para anular o ato alegou que a disposição em que se firmou é inconstitucional porque ofende o art. 189, parágrafo único, da Constituição Federal, sustentando que só no caso aí previsto, isto é, extinção do cargo, pode o funcionário ser pôsto em disponibilidade, obteve ganho de causa em primeira instância, apelando o Estado.

Subindo os autos à instância superior, a 1.ª Câmara do Tribunal de Justiça suspendeu o julgamento da apelação para submeter à decisão do Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade do art. 227 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

Decisão — O Tribunal declarou improcedente a arguição de inconstitucionalidade; firmando o princípio de que não contraria o disposto no art. 189 da Constituição o preceito legal que admite a disponibilidade como pena disciplinar. Na fundamentação do acórdão, esclareceu o Tribunal que as sanções disciplinares ao funcionário público são assuntos estranhos à Constituição, que dele não cogita, deixando-o para as leis ordinárias e que o art. 189, dado como proibitivo da pena, trata de matéria absolutamente diversa. Dispõe esse artigo sobre a perda do cargo público e no parágrafo único estabelece que “extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava”.

Comentário — Este acórdão, declarando constitucional a pena disciplinar de disponibilidade, resolveu bem a questão, acolhendo a interpretação que tem informado as últimas decisões judiciais e administrativas. Anteriormente o D.A.S.P. prestigiou a opinião contrária, fundada no argumento de que não havendo a atual Constituição reproduzido a regra do art. 157. da anterior, os dispositivos estatutários prescrevendo a pena de disponibilidade são inconstitucionais, porém depois aderiu à tese sustentada pelo Ministro Raul Fernandes, de que a disponibilidade, como pena disciplinar, é anterior à Constituição de 1937. não tendo, conseqüentemente, relevância o silêncio da Constituição de 1946. (37)

CASO N.º 6

Supremo Tribunal Federal.

Requerente: Luís de Castro Leitão.

Mandado de Segurança n.º 880 — Relator: Sr. Ministro Orozimbo Nonato.

Os fatos — Luís de Castro Leitão, médico puericultor classe K do Quadro Permanente do Ministério da Educação e Saúde, por força do Decreto n.º 8.397, de 18 de dezembro de 1945, adquiriu, em 31 de dezembro do mesmo ano, direito à promoção, por antiguidade, da classe J para a classe K da carreira de médico puericultor, por ser o funcionário número um da escala. Como, entretanto, a promoção deixou de verificar-se, o funcionário reclamou nas vias administrativas, sem êxito. Finalmente, em virtude do Decreto n.º 9.617, de 2 de agosto de 1946, foi o Dr. Luís de Castro Leitão promovido, por antiguidade, à classe K. Por isso, entendendo que tinha direito líquido e certo a essa promoção desde 31 de de-

(36) REINING JR., Henry — Curso de Administração de Pessoal, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1951, mimeografado, apostilha 3.23, pág. 11.

(37) ALMEIDA CARNEIRO, Alaim, *A Disponibilidade Como Pena Disciplinar*, in “Revista de Direito Administrativo”, Fund. Getúlio Vargas, vol. 19, jan.-março 1950, págs. 55-56.

zembro de 1945, impetrou mandado de segurança para haver a diferença de vencimentos de 31 de dezembro de 1945 a 31 de dezembro de 1946 e para que lhe fôsse contado tempo de serviço na classe K desde 31 de dezembro de 1945.

A decisão — Por unanimidade de votos, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido, sob o fundamento de que o chamado direito à promoção não vincula a Administração a preencher as vagas imediatamente e nem ainda em prazo determinado, salvo se êste dever constar de lei expressa.

Comentário — Sendo vedado ao Poder Judiciário o exame do mérito do ato administrativo, não poderia o Supremo Tribunal Federal conceder a segurança, pois isso importaria em tomar o lugar da Administração na apreciação da oportunidade ou conveniência da promoção de funcionário.

Se tivesse havido preterição de direito do impetrante, como no caso de ser outra pessoa promovida para o cargo vago, então sim, estaríamos diante de evidente ilegalidade, desafiando correção judicial.

CASO N.º 7

Supremo Tribunal Federal.

Requerente: Carlos Meissner Júnior.

Mandado de Segurança n.º 963 — Relator: Sr. Ministro Lafayette de Andrade.

Os fatos — O cônsul Carlos Meissner Júnior foi aposentado compulsoriamente, em julho de 1948, em virtude de haver atingido, em 11 do mesmo mês, a idade limite para permanência na classe K da carreira de diplomata. Anteriormente, com o falecimento do diplomata Fernando Sabóia de Medeiros, em 24 de maio de 1948, abria-se vaga na classe L, que devia ser provida por antiguidade, sendo o cônsul Carlos Meissner Júnior o funcionário mais antigo na classe K. Mas foi aposentado compulsoriamente, em vez de promovido, e, por isso, impetrou mandado de segurança para, anulando o ato de aposentadoria, obter a promoção ao cargo imediato.

O Ministério das Relações Exteriores, informando, declarou que a promoção por antiguidade constitui um direito, conforme a doutrina, e, em especial, o texto do Estatuto dos Funcionários Públicos, no art. 57: Será declarado sem efeito, em benefício daquele a quem caiba de direito, a promoção, o ato que promoveu indevidamente o funcionário. Dispõe ainda o art. 46: A promoção por antiguidade recairá no funcionário mais antigo da classe. Entretanto, embora patente o direito do cônsul Carlos Meissner Júnior à promoção, restava examinar o problema de quando teria sido êle adquirido, pois as promoções no Ministério das Relações Exteriores são regidas pelo Decreto 24.646, não pelo Estatuto dos Funcionários Públicos. Mas o Decreto n.º 24.646 estabelece, no seu art. 6.º: A promoção por antiguidade recairá no

funcionário que tiver maior tempo de efetivo exercício na classe, na data da vaga originária. E está estatuído, no art. 11: A antiguidade, o interstício e a condição de estar o funcionário compreendido nos dois primeiros terços da classe, serão apurados na data da abertura da vaga. À vista desses textos, concluiu o Itamarati que o cônsul Carlos Meissner Júnior tinha direito à promoção desde a data em que se deu a vaga. Entretanto, o artigo 39 do Decreto n.º 24.646, para o fim de regularizar o processamento das promoções dividiu o ano em quatro trimestres e o art. 40 dispôs: Nas promoções a serem realizadas em março, junho, setembro e dezembro, serão providas tôdas as vagas verificadas, respectivamente, até o último dia dos meses de janeiro, abril, julho e outubro.

Dada a existência de conflito entre os dispositivos que dizem respeito à aposentadoria compulsória e os textos regulamentares referentes à promoção por antiguidade, o Itamarati fez consulta ao D.A.S.P., o qual, confirmando orientação antiga e uniforme, opinou pela aposentadoria do cônsul Carlos Meissner Júnior.

A decisão — Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal concedeu a segurança impetrada, porque o direito à promoção por antiguidade é adquirido desde o dia em que ocorre a vaga e não pode ser prejudicado pela observância da época própria para ser expedido o decreto. A regra de que as promoções sejam feitas por trimestres é de natureza regulamentar e atende à ordem e conveniência dos serviços; não pode, entretanto, ferir o direito à promoção por antiguidade.

Comentário — Como o Regulamento do Ministério das Relações Exteriores prescreve a idade compulsória para aposentadoria dos funcionários da classe K da carreira de diplomata em 55 anos e a dos funcionários da classe L em 60 anos, a decisão resultou na reversão do cônsul Carlos Meissner Júnior ao serviço ativo, não apenas em melhoria dos proventos da aposentadoria.

Também neste caso o Supremo Tribunal ateve-se ao exame da legalidade do ato administrativo. Aliás a questão é puramente jurídica, resumindo-se em dirimir conflito entre dispositivos regulamentares. Pode-se questionar o acerto da solução encontrada, que realmente não se adapta muito bem à decisão proferida no caso n.º 6, mas não se vislumbra invasão do Poder Judiciário na área de ação reservada às autoridades administrativas.

V — A EXTENSÃO DO CONTRÔLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

A — CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nos Estados Unidos não há um critério legal ou doutrinário que norteie os tribunais na apreciação dos atos administrativos. Predomina o empirismo, a casuística, tão peculiar aos anglo-ame-

ricanos. Por isso não existe limite predeterminado à intervenção judicial, notando-se, antes, uma enorme variação.

Segundo James Hart, "a extensão da revisão judicial da atividade administrativa é mais uma variável do que uma constante. Essa variável, na prática, é função de vários fatores, quatro dos quais merecem menção especial. São eles: 1) o tipo de função governamental examinada; 2) o tipo de atividade administrativa controlada; 3) o grau de confiança que as cortes depositam na autoridade administrativa cuja ação está sendo controlada, em razão da sua natureza e procedimento; 4) o remédio processual adequado para a obtenção do pronunciamento do Tribunal. (38)

Por outro lado White informa que a extensão do controle jurisdicional da Administração varia de Estado para Estado, havendo, em consequência, quarenta e oito diferentes sistemas de revisão, além do sistema federal. Além disso há diferenças conforme a época, motivadas por tendências gerais e pelas atitudes de alguns juizes. Todas essas razões tornam praticamente impossível o estabelecimento de conclusões gerais a respeito da extensão ou dos limites da revisão jurisdicional da atividade administrativa. (39)

Portanto, não se pode tratar o assunto de maneira geral, sendo necessário estudá-lo tendo em vista que a extensão do controle não é a mesma com referência aos diversos campos de atividade administrativa. E como a finalidade principal do nosso trabalho é examinar o problema do controle jurisdicional da Administração Pública tendo em vista principalmente as atividades da Administração de Pessoal, ficaremos adstritos a este setor.

B — O CONTRÔLE JURISDICIONAL DAS ATIVIDADES DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL

1. *Expansão da Revisão Judicial.*

A Administração de Pessoal, nos Estados Unidos, é um dos campos da atividade administrativa menos sujeitos ao controle dos tribunais, não só porque estes se mostram pouco propensos a rever determinações administrativas nesse setor, como porque as leis em geral concedem aos administradores amplos poderes.

Entretanto, Hart nota que a extensão do controle judicial nesse setor foi aumentada em virtude de provisões legislativas que impuseram restrições ao poder discricionário da Administração, fazendo surgir "vested interests" reconhecidos por lei. (40)

Assim, no Estado de Nova Iorque, é admitida a revisão judicial da classificação de cargos como

competitivos ou isentos, realizada pela "Civil Service Commission". Inicialmente a "Court of Appeals" entendeu que essa era uma função de natureza quase-judicial, conseqüentemente, poderia ser revista pelos tribunais por meio de um remédio processual extraordinário, o "writ of certiorari". Isso em 1903. Alguns anos de experiência serviram para demonstrar que a "Court of Appeals" tinha assumido a função da "Civil Service Commission", toda decisão daquele órgão podia ser revista pela "Court of Appeals" como uma questão de direito. Por isso a "Court of Appeals", em 1906, resolveu mudar de orientação e declarar que a função é mais de natureza legislativa ou executiva do que judicial ou quase-judicial, só podendo ser revista pelo "writ of mandamus", o que restringiu a extensão do controle jurisdicional à apreciação da atividade vinculada da Comissão, que só poderia ser compelida a classificar um cargo como competitivo ou isento quando este fôsse o seu dever em virtude de lei, sendo mantida toda decisão, mesmo que o tribunal divergisse do seu acerto, desde que houvesse razoável possibilidade de diferença de opinião. (41)

O caso PRATT v. ROSENTHAL, que embora interpretando lei do Estado da Califórnia, é típico, estabeleceu a norma de que a autoridade nomeante pode escolher dentre os nomes constantes da lista de elegíveis que lhe é apresentada pela "Civil Service Commission", após as provas de seleção, aquele que vai nomear. Entretanto a determinação das qualificações necessárias para a inclusão na lista, bem como a escolha das provas para verificação da existência dessas qualificações são assuntos da competência da Comissão, não interferindo os tribunais a menos que tenha havido abuso de poder, da parte da Comissão. (42)

No caso FINK v. FINEGAN, que indica o controle exercido pelos tribunais sobre provas de seleção para o serviço público num Estado, como Nova Iorque, que tem o sistema do mérito estabelecido em sua Constituição, decidiu-se que num exame de seleção para um cargo da classe classificada, é permitido provar, por exame não-competitivo (inclusive exame oral) qualidades que a "Civil Service Commission" considera essenciais para o cargo, se a Comissão achar que essas qualidades não podem ser provadas objetivamente e se fôr anunciado que essas qualidades vão ser aferidas por exame subjetivo. (43)

No caso SLOAT v. BOARD of EXAMINERS ficou decidido que provas orais e outras semelhantes podem ser muito utilizadas sem que por isso se saia dos limites de uma prova objetiva que deve ser normalmente empregada nos exames para cargos da classe competitiva e que cabe à "Civil Service Commission", baseada em seus conhecimentos

(38) HART, James — *op. cit.* pág. 12.

(39) WHITE, Leonard D. — *op. cit.* pág. 577.

(40) HART, James — *op. cit.* pág. 661.

(41) Apud HART, James, *op. cit.* págs. 172-174.

(42) HART, James — *op. cit.* pág. 174.

(43) HART, James — *op. cit.* pág. 178.

especializados sobre técnicas de exame, determinar se uma certa qualidade pode ser apreciada objetivamente ou se deve ser verificada subjetivamente. (44)

No caso *HALE v. WORSTELL*, a revisão judicial impediu que fosse postergado o dispositivo constitucional que exige, no Estado de Nova Iorque, o sistema de exame competitivo para promoção, o qual estava sendo contornado muito simplesmente dando a denominação de transferência à promoção concedida a Worstell, que ocupava o lugar número 7 na lista de candidatos elegíveis para promoção, enquanto Hale era o número 3. O tribunal decidiu que embora seja necessária ou útil uma transferência, ela só poderá ser realizada se de fato não constituir uma promoção, pois se não fosse assim a transferência tornaria sem efeito a previsão constitucional que exige, para promoção, demonstração de merecimento. (45)

No caso *BLUMENTHAL v. MORTON*, a "Civil Service Commission", examinando candidatos à promoção ao posto de sargento do Departamento de Polícia da Cidade de Nova Iorque, propôs-lhes noventa questões de múltipla escolha, com quatro respostas possíveis para cada questão e a instrução de que deveria ser escolhida a melhor das quatro respostas. Depois de realizada a prova, a Comissão, após publicar uma lista provisória de respostas certas e receber os protestos dos interessados, resolveu que para nove das noventa questões, haveria duas ou mais respostas certas e de acordo com essa resolução graduou as provas. Os candidatos prejudicados pela decisão recorreram à Justiça e a "Court of Special Term" decidiu que aceitando mais de uma resposta para algumas questões a Comissão não se portou de acordo com a norma que estabelecera, nem com as instruções que fornecera, e determinou à Comissão que se pautasse pela norma e pelas instruções, selecionando uma resposta para cada pergunta. Houve apelação, sendo finalmente decidido que a Comissão deveria eliminar as perguntas que considerasse incapazes de receber uma só melhor resposta, devendo fazer o necessário reajustamento no valor de cada uma das respostas remanescentes. (46)

2. Restrições ao Contrôlo Jurisdicional.

Apenas nesses casos em que provisões legislativas, visando instituir o sistema do mérito, determinaram a diminuição do poder discricionário das autoridades administrativas, criando e garantindo direitos individuais, é algo extensa a revisão, pelos tribunais, das atividades de Administração de Pessoal.

Assim, os tribunais recusam controlar a exoneração e rebaixamento não disciplinares, mas visando maior eficiência ou economia do serviço, a

menos que fique demonstrada má fé por parte da autoridade que determinar a medida. (47) Quanto às medidas disciplinares, também não são revistas pelos órgãos judiciais, que se limitam a averiguar se as disposições legais referentes à notificação e oportunidade de defesa foram cumpridas. (48)

O caso *EBERLEIN v. UNITED STATES* demonstrou que mesmo quando a acusação que determinou a demissão do funcionário fôr posteriormente reconhecida como não verdadeira, mesmo este fato não dá direito a reintegração. (49)

Nos Estados a situação varia. Em alguns, há muito poucas restrições legais ao poder ilimitado de disciplinar ou demitir funcionários, por qualquer razão ou mesmo sem razão, que é conferido aos chefes de repartição ou departamento. Este sistema prevalece nas jurisdições em que não foi adotado o sistema do mérito. (50) Na maioria dos Estados, entretanto, a situação é semelhante à deferat, controlando os tribunais o aspecto formal do procedimento administrativo e averiguando se a penalidade foi motivada por discriminação religiosa, racial ou política. (51) Entretanto, no Estado de Massachusetts, os tribunais podem rever os motivos determinantes da medida, inquirir testemunhas, devendo manter a decisão da autoridade administrativa, a menos que ela se tenha baseado em causa injustificada, ou seja, inquinada de má fé. (52)

C — COMPARAÇÃO ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO E O AMERICANO

A diferença de extensão do controle jurisdicional dos atos de Administração de Pessoal, no Brasil e nos Estados Unidos, parece ser resultante de duas concepções absolutamente diversas da maneira de encarar o problema. Os americanos levam em consideração principalmente a eficiência do serviço, por isso investem as autoridades administrativas de amplos poderes, concedendo-lhes larga margem para o exercício de atividade discricionária.

No Brasil, ao contrário, a preocupação dominante é estabelecer e garantir os direitos do funcionalismo, que são detalhadamente expressos em lei, estando os atos administrativos sujeitos ao amplo controle do Poder Judiciário, em virtude de ser bem estreita a margem de opção que as disposições legislativas permitem à Administração.

A diferença ressalta ainda mais nos casos de imposição de medida disciplinar. Nos Estados Unidos as autoridades administrativas têm um

(44) HART, James — *op. cit.* pág. 182.

(45) HART, James — *op. cit.* págs. 187-191.

(46) HART — *op. cit.* págs. 191-196.

(47) HART — *op. cit.* pág. 196.

(48) HART — *op. cit.* págs. 211-212.

(49) Apud HART — *op. cit.* págs. 213-214.

(50) WHITE, Leonard D. — *op. cit.* pág. 424.

(51) HART, James — *op. cit.* págs. 214-223.

(52) WHITE, Leonard D. — *op. cit.*, págs. 431-432.

poder praticamente irrestrito, na maioria das jurisdições, no que tange à imposição de penalidade disciplinar. Desde que sejam cumpridos os procedimentos formais, a autoridade poderá impor a pena mais grave, a de demissão, sem possibilidade de controle jurisdicional. E como, em geral, os tribunais não podem ou recusam examinar as causas das penalidades, fica aberta a porta para a aplicação de medidas arbitrárias. (53)

O nosso sistema, muito rígido, com exigências de ordem formal e o estabelecimento em lei dos motivos que podem acarretar a imposição de penalidades torna muito difícil a prática de injustiças, mas dificulta a disciplina. contraria a eficiência e enfraquece a hierarquia, porque "colocando em julgamento, perante os tribunais, antes a autoridade que impõe a penalidade do que o seu subordinado, desencoraja a manutenção do sistema disciplinar e confere ao funcionário direito ao lugar, sem base no seu mérito. (54)

De maneira geral, pode-se dizer que o sistema americano atende melhor ao interesse público, pois, baseando-se no propósito de conseguir a máxima eficiência do funcionalismo, está certamente habilitado a proporcionar ao povo melhores serviços. Mas não se deve perder de vista que, embora os direitos dos funcionários devam estar subordinados ao interesse público, o próprio interesse público requer que o pessoal administrativo obtenha certas garantias de estabilidade, justiça e equidade de tratamento, capazes de proporcionar um ambiente de trabalho tendente a elevar o moral e conduzir, em consequência, a um aumento da produção. (55)

CONCLUSÕES

A — O SISTEMA DE CONTRÔLE

Da análise que tivemos oportunidade de realizar, a respeito dos sistemas de controle jurisdicional da Administração e da interferência dos tribunais brasileiros na revisão dos atos administrativos, contrastando-a com o que acontece nos Estados Unidos, podemos, agora, tirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar que no Brasil a função jurisdicional é monopólio do Poder Judiciário, sendo adotado, em nosso país, o sistema de controle pela jurisdição comum, em sua forma mais ortodoxa, e que é a própria Constituição Federal que assim determina, no art. 141, parágrafo 4.º,

Dentro desse sistema, a Constituição investiu o Tribunal Federal de Recursos de competência para "julgar em grau de recurso as causas decididas em primeira instância, quando a União fôr

interessada como autora, ré, assistente ou oponente" (56) o que já constitui uma certa especialização desse órgão do Poder Judiciário, ao qual cabe rever todas as decisões proferidas pelos órgãos inferiores sobre os atos praticados pela Administração Pública. Embora a especialização não seja completa, pois cabe ao Tribunal Federal de Recursos julgar também feitos de natureza diversa, e escape à sua competência o julgamento de mandados de segurança contra ato do Presidente da República (57) já constitui um progresso em relação aos regimes anteriores.

B — A EXTENSÃO DO CONTRÔLE

Quanto à extensão do controle, verificamos que os tribunais têm interferência na atividade dos órgãos administrativos para vinculá-la à ordem jurídica, exercendo controle sobre a legalidade dos atos emanados da Administração, não sobre o seu mérito. Os casos que apreciamos, embora em número muito reduzido, são típicos e demonstram que os órgãos jurisdicionais têm-se mantido dentro dos limites traçados pela doutrina corrente tanto no Brasil como na França, recusando-se invariavelmente a rever os aspectos do ato que envolvem o exercício de poder discricionário pela autoridade administrativa.

A comparação da extensão do controle jurisdicional das atividades de Administração de Pessoal, no Brasil e nos Estados Unidos mostrou que o nosso sistema permite uma intervenção muito maior do que a que seria desejável, por parte dos tribunais.

Em consequência dessa situação a ação administrativa é tolhida e perturbada, pois os órgãos jurisdicionais, em virtude do nosso sistema de legislação detalhada, praticamente constituem uma instância revisora das decisões das autoridades administrativas, pois estas quase não têm oportunidade de praticar um ato que não esteja sujeito, em sua totalidade, ao escrutínio dos tribunais. E como os juízes não são especialistas em Administração de Pessoal, nem têm em vista a eficiência do Serviço Público, sendo sua função precípua dizer o direito, dirimir litígios, a diversidade do critério empregado pelos julgadores, na revisão das atividades de pessoal da Administração, não pode contribuir para que o público seja melhor servido pelo funcionalismo.

Por outro lado, a legislação detalhada é um sério entrave a uma boa Administração de Pessoal, não só porque impõe normas rígidas onde mais se faz necessária a liberdade de ação, como porque quanto mais minuciosas forem as leis, maior será a extensão do controle jurisdicional.

Em virtude de todas essas razões, urge que se processe uma mudança em nosso sistema, de

(53) HART, James — *op. cit.* pág. 217.

(54) Idem, *idem*.

(55) WHITE, Leonard D. — *op. cit.* pág. 433.

(56) C.F. — art. 104, n.º II, a.

(57) C.F. — art. 101, n.º I, i.

modo a permitir maior flexibilidade às atividades de pessoal, impedindo que este importante setor da Administração Pública fique asfixiado pelo duplo embate que vem sofrendo do Legislativo e do Judiciário.

Provavelmente uma legislação mais geral, que estabeleça as bases de um sistema de pessoal e deixe os detalhes por conta dos especialistas de que dispõe a Administração, resolverá bem o problema, pois as autoridades administrativas ganharão liberdade de ação e assim terão possibilidade de adaptar uma atividade a circunstâncias mutáveis e poderão acompanhar com muito maior facilidade o desenvolvimento das técnicas mais modernas.

Em consequência dessa mudança na elaboração legislativa, a Administração ficará desafogada e a interferência judicial diminuirá, em virtude de se tornar maior o campo cujo exame lhe é vedado. Cumpre deixar bem claro que não advogamos a instituição de um sistema em que ao funcionário faleçam garantias. Longe de nós tal pensamento. O que pretendemos é exatamente valorizar e garantir o servidor eficiente, cumpridor de seus deveres, pois se isso não fôr feito, se ele ficar à mercê do arbítrio de seus superiores, o interesse público poderá ser postergado em benefício de outros interesses bem menos legítimos. Mas cumpre reconhecer que o povo não será beneficiado com a permanência, no Serviço Público, de funcionários incompetentes, relaxados, descorteses, ou ineficientes. E é a isso que conduz o sistema atualmente em vigor, o que tem contribuído para diminuir o prestígio do emprego público e do funcionalismo.

Entendemos que se o controle jurisdicional em excesso é maléfico, por tolher a Administração, sua ausência talvez ocasione piores consequências, por dar margem a arbitrariedades e à irresponsabilidade, principalmente num país em que o controle exercido pelo Congresso sobre o Poder Executivo é praticamente nenhum.

BIBLIOGRAFIA

A — Livros e Monografias :

ALMEIDA CARNEIRO, Alaim — *A Disponibilidade Como Pena Disciplinar*, in "Revista de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Vol. 19, janeiro-março de 1950.

— Comentário, in "Revista de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Vol. 26, outubro-dezembro de 1951.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão — *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, "Freitas Bastos".

HART, James — *An Introduction to Administrative Law*, New York, "Appleton", 2.^a ed.

MENEGALE, J. Guimarães — *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio de Janeiro, "Borsoi", 1950.

NUNES LEAL, Vítor — *O Exame pelo Judiciário da Legalidade dos Atos Administrativos*, in "Revista de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, "D.A.S.P.", Vol. III, janeiro de 1946.

REINING JR., Henry — *Curso de Administração de Pessoal*, Rio de Janeiro, "Fundação Getúlio Vargas, 1951, mimeografado.

SEABRA FAGUNDES, M. — *O Contrôlo dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, "Konfino", s/d., 2.^a ed.

— *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, in "Revista de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, "Fundação Getúlio Vargas", vol. 23, janeiro-março de 1951.

WALINE, Marcel — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, "Sirey", 1951, 6.^a ed.

WHITE, Leonard D. — *Introduction to the Study of Public Administration*, New York, "Macmillan", 3.^a ed., 1951.

B — Casos :

CASO n.º 1 — *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, "Fundação Getúlio Vargas", vol. 26, páginas 60-63.

CASO n.º 2 — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 24, págs. 140-143.

CASO n.º 3 — idem, ibidem, págs. 130-134.

CASO n.º 4 — idem, ibidem, págs. 153-160.

CASO n.º 5 — idem, vol. 19, págs. 61-63.

CASO n.º 6 — idem, ibidem, págs. 125-134.

CASO n.º 7 — idem, ibidem, págs. 134-137.