

Do Direito de Recurso Contra os Atos da Administração

TOMÁS DE VILANOVA MONTEIRO LOPES

A APRECIÇÃO dos recursos contra as decisões da administração é em si um ato também sujeito ao princípio da competência.

Nesse sentido às vezes a própria lei contém disposições expressas, como era o caso do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-39) que em seu artigo 221 preceitua :

I — Nenhuma solicitação, inicial ou não, qualquer que seja sua forma, poderá:

a) ser dirigida a autoridade incompetente para decidi-la;

A competência proporciona um critério objetivo para a classificação dos recursos contra os atos da administração em suas diferentes modalidades, como veremos a seguir, ao examinar, cada um de per si, a *reconsideração*, o *recurso hierárquico* e o *recurso contencioso*.

Poder-se-á estranhar que não tenhamos incluído a *denúncia* entre as modalidades de recursos contra os atos da administração, mas se assim fazemos é porque nos parece que ela, rigorosamente falando, não constitui senão um meio de transmitir à autoridade o conhecimento de um fato ou ato irregular.

Alguns autores, como v.g. BIELSA (*Derecho Administrativo* — vol. IV), admitem a existência de denúncias que implicam recurso ou ação, mas nem por isso desprezam a idéia que repele a classificação da denúncia entre as modalidades de recurso contra os atos da administração.

E' que a denúncia pode ser usada independentemente da existência de interesse legítimo e não cria para o denunciante o direito subjetivo à decisão da autoridade; não tem forma determinada, não está sujeita a prazo e pode ser apresentada até mesmo pelas pessoas sem capacidade jurídica.

Já a *reconsideração* que foge inteiramente a essas características é um recurso na exata acepção do termo. Através dela se pede à própria autoridade da qual emanou o ato que o corrija ou revogue, no exercício do poder de que se acha investida. (1) Tudo se passa em consonância com

(1) A reconsideração pode ser promovida *ex-officio* e nesta hipótese, embora não constitua um recurso própria-

o princípio de que o ato revogatório só pode advir da pessoa competente para praticar o ato originário.

Há casos, porém, em que a simples prática do ato produz o esgotamento da competência (BIELSA — op. cit. — vol. I) e torna impossível aquela correlação entre o "poder positivo de emanar e o poder negativo de revogar" a que se refere RAFAELLE RESTA (op. cit.).

Mas, porque se processa na mesma esfera de competência, sem apêlo a um plano de autoridade mais alto, a *reconsideração* se distingue nitidamente do *recurso hierárquico*. Nela intervém uma só autoridade: a mesma de quem partiu o ato; nêlo intervém duas autoridades distintas: uma a que praticou o ato impugnado, e outra que é invocada para revê-lo, mercê da posição que ocupa na organização administrativa. (2)

Essas considerações guardam perfeita harmonia com o conceito de recurso hierárquico, traduzido por BIELSA nos seguintes termos:

"El recurso jerárquico es una reclamación promovida contra un acto o decisión de un agente administrativo, ante el superior jerárquico, para que este modifique o revogue esa decision, por considerar que lesiona un derecho o interés legítimo del recurrente, e implica una transgresión de normas legales que imperan en la actividad administrativa."

MARCELO CAETANO (op. cit.) identifica na base do mecanismo do recurso hierárquico quatro poderes distintos:

1.º um *poder de direção* que se exerce mediante ordens, portarias, circulares, instruções em que se determinam as providências necessárias ao regular funcionamento dos serviços públicos;

2.º um *poder de inspeção* em virtude do qual, através de relatórios, visitas, inquéritos, tomadas de conta e outras formas de verificação, a autoridade superior toma conhecimento das ocorrências verificadas nos serviços;

mente dito, produz os mesmos efeitos e é um ato legítimo. CARLOS MEDEIROS SILVA, com o brilho de sempre, versou a matéria em substancioso trabalho que integra o volume de "Pareceres do Consultor Geral da República" — Rio, 1951.

(2) O vínculo entre as duas autoridades que intervém no recurso hierárquico pode ou não ser estabelecido em função da escala de hierarquia. (Cf. ORESTES RANELLETTI — *Le Guarentigie della giustizia nella publica amministrazione* — 5.ª ed.) Daí a classificação do recurso hierárquico em "próprio" e "impróprio".

3.º) um *poder de superintendência* que implica a faculdade de revisão dos atos dos subordinados, a de decisão em última instância, bem como a de avocar funções de órgãos inferiores ou delegar atribuições; e

4.º) um *poder disciplinar*, que visa impor, através de medidas coercitivas, o funcionamento normal do serviço público pelo acatamento integral das normas baixadas pela autoridade superior.

O recurso hierárquico deve ser dirigido à autoridade a que estiver imediatamente subordinada a que praticou o ato impugnado e, sucessivamente, às demais autoridades até o tópo da escala hierárquica. O princípio, entretanto, não é absoluto, já que a lei pode conferir à autoridade intermediária competência para a decisão final. E' o que sucede com o Decreto n.º 8.738, de 19-1-46, cujo artigo 12 encerra a esfera administrativa, nos casos normais de inscrição, multas e benefícios referentes aos institutos e caixas de aposentadorias e pensões com a decisão do Conselho Superior da Previdência Social, ficando o recurso ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio limitado tão-sòmente às hipóteses de decisão pelo voto de minerva, divergência com a jurisprudência assente ou violação de dispositivo expresso de lei.

Nem a reconsideração nem o recurso hierárquico tem a forma de debate contraditório, que caracteriza o *recurso contencioso*. Uma e outro pressupõem a existência, no órgão da administração, da vontade e da capacidade de corrigir a ilegalidade de seu próprio ato; por isso RANELLETTI (op. cit.) os considera "garantias imperfeitas".

O *recurso contencioso* é não sòmente o mais complexo dos meios de ataque ao ato administrativo, cuja modificação ou revogação se pretenda, como também aquêle em que o problema da atribuição da competência oferece, do ponto de vista doutrinário, aspectos mais salientes.

A quem se deve atribuir o poder de conhecer e julgar as questões contenciosas da administração? Três sistemas oferecem resposta a essa pergunta:

- a) o sistema do administrador-juiz, também chamado de administração contenciosa;
- b) o sistema dos tribunais administrativos; e
- c) o sistema judiciário.

Consoante o sistema do administrador-juiz, a decisão das questões contenciosas deve caber à própria administração.

ROSCOE POUND, decididamente contrário ao sistema do administrador-juiz, ataca-o com energia:

"Um dos mais graves aspectos da decisão administrativa consiste no fato de que os órgãos administrativos atuam como juizes de causas, nas quais são também autores, de sorte que, assim, funcionam como juizes em causa própria. Muitos desses órgãos recebem queixas, realizam investigações a respeito, promovem por assim dizer verdadeiros processos perante si mesmos, permitem que seus subordinados figurem como advogados no processo e, muitas vezes, decidem mediante consultas com esses mesmos subordinados.

.....
"Mesmo que não lhes mova o intento de serem injustos, os órgãos administrativos têm manifestado em sua

atuação uma parcialidade característica. A preocupação de executar meticulosamente a função especial que lhes foi cometida leva-os a exagerar a importância de sua tarefa específica e a considerar como indignos de atenção os direitos individuais, as garantias constitucionais e as leis do país."

Respondem-lhe os partidários do sistema, dizendo que é o próprio princípio da separação dos poderes e a natureza peculiar das questões contenciosas da administração que reclamam para esta o poder de decidir a matéria. Com efeito, dizem êles, confiar essa decisão aos juizes comuns seria não apenas permitir a invasão da esfera do executivo pelos órgãos do poder judiciário, como também deferir a pessoas mal-aparelhadas para tal fim a solução de questões que interessam de modo tão íntimo e direto à normalidade dos serviços públicos. JAMES LANDIS ao apreciar essa tese condena a amplitude da jurisdição comum, dizendo que ela tende, de certo modo, a fazer dos juizes "aprendizes de todo y maestros de nada". (E' *Poder Administrativo* — trad. de HENRIQUE BLEDEL.)

A alegada invasão da esfera do Executivo pelos órgãos do poder judiciário não nos parece argumento de impressionar. A prática tem demonstrado a possibilidade de funcionamento do sistema da jurisdição única, sem quebra da harmonia e independência dos poderes.

Em compensação, porém, julgamos muito ponderável a restrição que invoca a divergência entre a formação intelectual do juiz comum e as condições especiais com que se apresentam os problemas administrativos em nossos dias.

Realmente não se pode obscurecer o caráter avassaladoramente técnico-especializado que o intervencionismo estatal imprimiu ao serviço público, e em virtude do qual a maioria dos atos praticados nos vários setores da administração pública envolvem intrincadas questões dos mais diferentes ramos da ciência e da técnica. Disso dá uma idéia precisa a enorme quantidade de especialistas que integram o quadro do funcionalismo público e que são recrutados para que o Estado possa operar com êxito nos mais variados campos de atividade, como sejam a indústria de petróleo, a fabricação de antibióticos, a inseminação artificial de rebanhos, a fundição de metais, o transporte aéreo etc. Pelo muito que dela se exige modernamente, a administração pública é forçada a um tecnicismo cada vez mais amplo e mais profundo. De certo não seria razoável negar que, em face da maioria das questões da administração moderna, o juiz é um leigo, já que não possui o domínio da técnica e dos conhecimentos necessários à segura elucidação dos casos sujeitos a seu julgamento. Cada uma das leis, cada um dos regulamentos frente os quais êle aprecia as questões constitui a expressão final de um complicado conjunto de teorias e processos estranhos a sua formação cultural. O serviço público moderno é um daqueles campos nos quais, conforme observa JAMES LANDIS (op. cit.) "a formação da lei resulta menos de generalizações e princípios deduzidos da majestosa

autoridade dos livros de texto e dos casos judiciais, do que de um juízo prático baseado sobre tôdas as considerações disponíveis e tendente a resolver através do método mais conveniente e pragmático os casos particulares.” Isso representa uma grave desvantagem para o sistema da unidade da jurisdição, tanto mais quanto na maioria dos casos não é possível dissociar os aspectos jurídico e técnico da atividade administrativa, para examiná-los isoladamente.

CASTRO NUNES (*O Problema da Segunda Instância na Jurisdição Federal*), invocando a propósito a experiência norte-americana, frisa que

“Os Estados Unidos estão se rendendo às necessidades práticas de um mecanismo mais flexível às peculiaridades dos problemas econômicos, sociais, fiscais etc., que demandam especialização de conhecimentos alheios à educação estritamente jurídica no magistrado.”

E MARCELO CAETANO (op. cit.) observa:

“Os magistrados judiciais não estão afeitos ao ambiente, às necessidades e aos processos da administração; tendem a dar sistematicamente razão aos particulares e a embarçar a ação dos órgãos administrativos; e a acumulação dos pleitos do fóro ordinário com as questões do contencioso administrativo faz protelar as decisões com prejuízo geral.”

Das soluções apresentadas para obviar tais inconvenientes a que logrou maior êxito foi a criação dos tribunais administrativos. Estes têm o caráter de órgãos jurisdicionais especializados e são integrados por juizes, com jurisdição própria ou delegada.

Titulares das mesmas garantias asseguradas à magistratura comum, os juizes dos tribunais administrativos, em virtude de sua especialização, parecem mais credenciados para o julgamento das questões contenciosas suscitadas pela atividade dos órgãos do serviço público.

Pode dizer-se que a superioridade do sistema dos tribunais administrativos é proclamada pelas vozes mais prestigiosas. O que ainda se discute com grande fervor é a posição que devem ocupar esses tribunais. Seria melhor entrosá-los no mecanismo do Poder Judiciário ou emprestar-lhes existência autônoma como órgãos de uma “justiça administrativa” à parte?

Somos decididamente a favor da primeira solução, que é preconizada, entre nós, por TITO PRADES DA FONSECA, SEABRA FAGUNDES, MENEGALE GUIMARÃES e BRANDÃO CAVALCANTI, por isso que ela, sobre atender aos motivos que contra-indicam o julgamento das questões contenciosas administrativas pelos juizes comuns, tem o mérito de resguardar a unidade e a não interferência recíproca dos Poderes. A essência do problema, a nosso ver, entende com a seleção e a contínua especialização dos juizes e não com o enquadramento destes na estrutura dos órgãos do Executivo. Os partidários

da justiça administrativa à parte incorrem, sob certo aspecto, numa contradição, pois enquanto invocam o princípio da especialização das funções para criar uma administração judicante, negam esse mesmo princípio com o pretender atribuir ao Poder Executivo atividades de natureza tipicamente judiciária.

O exemplo do contencioso francês e a influência cada vez mais vigorosa da moderna corrente dos “cientistas políticos” têm animado o movimento a favor de uma justiça administrativa não integrada no Poder Judiciário. Entretanto, mesmo nos países que vêm assimilando as idéias renovadoras dos processos de administração, certo receio ante o quase ilimitado expansionismo do Estado tem garantido a sobrevivência de algumas fórmulas jurídicas tradicionais.

Caberia aqui lembrar, por exemplo, que, entre nós, uma justiça administrativa constituída mediante delegação de funções judicantes encontra escolho no dispositivo constitucional (Art. 36, § 2.º) que veda a delegação das atribuições dos Poderes da União.

Nosso sistema é o da unidade da jurisdição, e nêle o contrôle da legalidade das decisões administrativas compete ao Poder Judiciário, sendo aliás de notar que, por força de outro dispositivo constitucional (Art. 141, § 4.º), a lei não poderá excluir da apreciação do citado Poder qualquer lesão de direito individual.

Mas é preciso que se diga, a fim de que não prevaleçam as falsas interpretações, que no Brasil o sistema da unidade da jurisdição não oferece o mesmo aspecto com que se apresenta nos Estados Unidos da América do Norte. Lá o juiz, escudado na cláusula *due process of law* não se limita à apreciação da legalidade dos atos administrativos: vai mais além, penetra-lhes no mérito, aprecia-lhes a conveniência ou oportunidade, fixa-lhes o critério. Aqui sua atuação se restringe ao contrôle da legalidade.

Logo nos primeiros anos do regime republicano, nossos legisladores procuraram traçar os limites do contrôle jurisdicional dos atos da administração, estabelecendo (Lei n.º 221, de 1894) que tais atos seriam ilegais em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito, e que a autoridade judiciária, quando invocada para examiná-los, abster-se-ia de apreciar-lhes o merecimento sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade. Esses princípios sobrevivendo às transformações operadas em nossa legislação, sofreram no curso do tempo um trabalho de aperfeiçoamento e adaptação por parte da jurisprudência, desencorajando-se, dêsse modo, as tentativas de soluções espúrias que procuravam abrir caminho com o pretexto de ser a distinção entre legalidade e mérito simplesmente artificiosa.