ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTROLE JUDICIAL HOMÔNIMO E HETERÔNIMO

SÉRGIO ROXO DA FONSECA*

Introdução

O presente trabalho timbra exatamente a questão referente à natureza jurídica do controle de legalidade dos atos da Administração Pública. Estuda-se aqui se a competência dos atos administrativos é revisora ou plena, vale dizer, se se trata de um controle homônimo ou heterônimo.

1. Pressuposto de controle

Os mais significativos autores afirmam que o controle judicial da Administração Pública é fruto do aparecimento do Estado de Direito (QUEIRÓ, Afonso R. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo***.** Coimbra: Coimbra Editora, 1940). Neste sentido, todos os atos das autoridades estatais devem estar submetidos ao controle judicial, sem exceção (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. In: *Revista de Administración Pública*: Madrid, v. 38, p. 159-205, 1962).

Reafirma-se, portanto, que todos os atos exarados ou contratos travados pela autoridade pública estão sob o controle de legalidade. Se todos os atos governamentais são constitucionalizados, então há a possibilidade de serem juridicamente controlados pelo Poder Judiciário (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**.** *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 3ª ed., 1989, p. 45). Vai por terra o esforço daqueles que ainda sustentam a existência de atos governamentais residentes no patamar político, impossíveis de serem alcançados pelo controle jurídico.

* Procurador de Justiça aposentado. Professor Doutor de Direito Civil (graduação) e Direito Administrativo (pós-graduação) da Faculdade de Direito da UNESP Universidade Estadual Paulista; de Direito Administrativo e História do Direito (graduação) da Faculdade de Direito/COC Ribeirão Preto.

A Administração Pública passou então a ser denominada Administração judicializada ou normatizada. A equação é a seguinte: se há Estado de Direito então há controle de legalidade da Administração.

Variados são os conceitos de Estado de Direito. Todavia, a idéia corrente de Estado de Direito é aquela que se extrai de seu confronto com a concepção de Estado de Polícia. Estado de Polícia é aquele no qual a Administração Pública está sobre a lei e o Estrado de Direito, é reversamente aquele no qual a Administração Pública está sob a lei, segundo revelou Stassinopoulos em lição hoje universalizada (STASSINOPOULOS, Michel. Traité des actes administratifs. Atenas: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 18). Na esteira desta proposta, Estado de Direito é aquele em que as autoridades públicas são servidoras da lei, podendo agir somente secundum legem, nunca contra lege e nem mesmo praeter legem.

Mais moderno é o Estado de legisladores do que o Estado de sábios, segundo a antiga visão aristotélica, que não é desgastada pela crítica e nem pelo tempo. Não á anacrônica por não se conhecer quem conceba uma estrutura mais compatível com os interesses da sociedade civil.

No Estado de Polícia "*rex est lex,* por lo que *quod principe placuit, legis habet valorem*" (MORENA Y DE LA MORENA, Luiz. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Ciprés-Flavian, 1989, p. 58). Reversamente, no Estado de Direito *"lex est* rex"**.** Impôs-se na área do Direito Público a regra segundo a qual a Administração é disciplinada por normas criadas fora de sua área de apreciação, ou seja, pela Legislação.

Um passo dado à frente fez nascer o princípio da tripartição de poderes que consagrou o modelo constitucionalmente em vigor (CF, art. 2º) que ao atribuir ao Legislativo o poder de criar direito novo, definiu limites à atuação da Administração Pública seja positivando o princípio da legalidade como garantia individual (CF 5º, II), seja positivando o princípio da legalidade restrita no domínio administrativo (CF, art. 37, caput).

Já se demonstrou que é possível a existência de um Estado de Direito, no qual não se percebe a presença do princípio da tripartição de poderes (BÉNOIT, Francis-Paul, *Lê droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, 45). Não é certamente o caso do Brasil pós 1988.

Realmente, a Constituição de 1988, pelo seu art. 2º, converteu o princípio da tripartição de poderes em postulado omnivalente. Para se negar validade ou eficácia ao preceptivo contido no art. 2º, será preciso admitir que as normas constitucionais ora valem, ora não

valem, ou ora não valem tanto, pondo a ruir os fundamentos basais nos quais se assenta o conceito de Estado de Direito.

O modelo adotado pelo Brasil tem como pressuposto a aplicação do princípio da tripartição de poderes no qual o Legislativo cria originariamente o direito novo, o Executivo aplica tais ordens e o Judiciário controla a legalidade do sistema. O modelo brasileiro não tem a pureza da água, nem o seu equilíbrio atômico, mas vale quanto pesa. As adaptações procedidas tanto pelo constituinte originário como pelo derivado não serão aqui examinadas face à exigüidade do espaço.

Assim no Brasil, o pressuposto de existência do controle de legalidade da Administração Pública é a constância do Estado de Direito, que tem como ponto de partida o princípio da tripartição de poderes como postulado omnivalente.

2. O controle da Administração Pública

Há pelos menos quatro espécies de controle, intercambiáveis entre si: a) controle externo e interno; b) controle homônimo e heterônimo.

Com forte comprometimento semântico, controle externo e controle interno distinguem-se ortograficamente pela definição do organismo competente para rever atos e contratos administrativos. A idéia serviu de inspiração para a doutrina da "adequação funcional", segundo a qual, tendo a Administração Pública maiores e melhores informações sobre o ato ou o contrato, deve ter maior amplitude de poderes de decisão do que as instâncias controladoras externas, especialmente a judicial. A atuação administrativa deveria ser reconhecida como mais idônea para encontrar soluções para as questões administrativas do que a judicial que, deste modo, teria mantidas suas competências limitadas ao exame do exercício das funções atribuídas à autoridade da qual foi emanado o ato ou o contrato (HERZOG, R. *Verfassung und Verwaltugnsgerichte – zurük zu mehr Kontrolldichte* em *Neue Juristische Wochenschrift.* 1992, p. 2601 e seguintes).

A dificuldade encontrada entre os defensores dessa corrente surge exatamente na perfeita definição legislativa de um conceito de difícil aclaramento dogmático como o de função administrativa e função judicial. Transformar em lei o que a doutrina não consegue dar acabamento é realmente uma missão hercúlea.

Todavia, na evolução dessa visão, sustenta-se que o exame metodológico e jurídico do controle levou o estudioso a identificar um controle homônimo e um controle heterônimo.

2.1 O controle homônimo

O controle homônimo ocorre no exercício da competência revisora do ato ou do contrato. A própria administração, examinando a decisão anterior por todos os ângulos, inclusive pelo critério da oportunidade e da conveniência, profere decisão substituindo ou não a anterior, dando concreção à norma legal autorizadora do exercício da sua função. No Brasil o recurso à instância revisora é denominado recurso hierárquico.

A instância revisora examina o ato por todos os seus ângulos exatamente porque exerce as mesmas funções atribuídas à instância originária. Em outras palavras, a instância revisora profere uma decisão que tem a mesma natureza jurídica daquela exarada pela instância originária. A instância revisora nem pode ir além e nem pode ficar aquém da lei, na mesma posição jurídica em que se encontrava a autoridade administrativa "a quo". As duas decisões estão submetidas ao regime jurídico-administrativo. As duas instâncias têm como referência o mesmo domínio normativo, razão pela qual se fala em controle homônimo.

Não é estranho, pois, ao se proceder ao controle homônimo, que se venha decidir pela substituição do ato impugnado por outro ato administrativo. A substituição do ato originário pela instância revisora não delira do sistema.

O controle procedido pelo Judiciário, diz a doutrina continental européia, nem tem a mesma extensão da instância revisora, nem a sua decisão se reveste das mesmas características dela. O controle da instância revisora é pleno e o do Judiciário é apenas jurídico.

2.2 O controle heterônimo

O controle heterônimo é realizado por outro órgão do poder, sob um regime jurídico diverso do homônimo. Tal controle depende, segundo ainda a doutrina continental européia, de se proceder a uma operação contrastando o ato ou o contrato com uma norma legal ou infralegal existente fora do seu domínio.

No passado recente, o controle do ato administrativo pelo Judiciário era decisivamente heterônimo. O magistério jurisprudencial e o doutrinário lecionavam que não cabia ao juiz substituir o administrador, ou porque não lhe eram atribuídas funções para tanto ou porque materialmente este último detinha um plexo de informações muito mais aperfeiçoado do que o primeiro.

Em face de tais considerações, afirma-se que a instância revisora não realiza nenhum controle, pois apenas revê o ato ou o contrato, no exercício das mesmas funções anteriormente aplicadas. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário realizar o controle jurídico que será externo e heterônimo.

Pede-se licença para transcrever-se extenso texto de Bacigalupo (BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura, control judicial y límites constitucionales de su atribución.* Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 68-70):

> En este sentido, es generalmente compartida la premisa jurídico-metodológica según la cual no es lo mismo *decidir* que *controlar lo previamente decidido por otro*. Así, puede ocurrir que la instancia llamada a *decidir* carezca de criterios o parámetros de decisión (heterónomos). En tal caso es ella misma quien ha de establecerlos (autónomamente). Por el contrario, *controlar* solo es posible si existen previos parámetros de decisión (como señalan B. Peroth y S. Krenn (Beuerteilungsspielraum und verwaltungsgerichitliche Kontrolldichte, p. 780) *el control de una decisión es algo distinto de la decisión (...), solo que habiendo intercambiado sus papeles las instancias decisora y revisora (...), es decir, no consiste en adoptar una decisión primaria, sino en un control secundario cuyo único parámetro son la Ley y el Derecho*). Con otras palabras, si no existe en el ordenamiento jurídico parámetro alguno para la adopción de una determinada decisión administrativa, no es posible *controlarla* jurídicamente, supuesto que no hay *control* sin *parámetro* (es decir, *normas de control [Kontrollnormen].* Por lo tanto, si aun en ausencia de todo parámetro de decisión — y, correlativamente, de control — un tribunal contencioso-administrativo anula (o, incluso, sustituye) una decisión administrativa, no ejerce un *control* en Derecho de la misma. Hace algo distinto, a saber: comparar la decisión adoptaba por la Administración con la que él mismo hubiera adoptado en el supuesto de haber sido él órgano llamado a *decidir*. Eso, sin embargo, no es *controlar*, sino (*volver a*) *decidir* – aunque solo sea negativamente – o, lo que equivale a lo anterior, *sustituir una decisión por otra*.

Insiste-se em dizer que para a doutrina continental européia o controle jurídico e restrito, procedido pelo contencioso administrativo, é o único compatível com o princípio da tripartição de poderes e coerente com os postulados do Estado de Direito. É escusado dizer que tal sistema vem sendo alterado, hoje em dia, sob a influência do direito americano, que sempre admitiu o controle judicial não só dos atos e contratos administrativos, como também da constitucionalidade das leis, sem que se perceba qualquer atropelamento ao princípio da tripartição de poderes.

2.3 O controle administrativo nacional

Já se ressaltou que anteriormente o controle jurídico e restrito da Administração era consagrado no Brasil tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Portanto, o controle era hermeticamente heterônimo.

A crise do sistema surgiu com a Constituição de 1988 e uma de suas importantes alterações.

Garante-se ao cidadão que a Administração somente poderá lançar injunções contra a sua esfera privada se autorizada pela lei (CF, art. 5º, II), razão pela qual lhe é garantido o acesso ao Judiciário com a positivação do postulado da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Pelas mesmas razões, e por singela dedução lógica, o constituinte novamente foi forte no sentido de que o princípio da legalidade sobrepõe-se à Administração Pública (CF, art. 37, caput).

As duas regras estampam com clareza as exigências do Estado projetado pelo Iluminismo. Mas o constituinte originário e o constituinte derivado acrescentaram dados diferentes e estranhos aos modelos tradicionais: o princípio da moralidade e o da eficiência.

A Constituição jurisdicizou a moralidade e a eficiência, transformando-as em princípios constitucionais insuperáveis para a Administração Pública. Aqui se encontra a dificuldade para se definir o controle heterônimo.

Não me convencem duas afirmações correntes a respeito do assunto.

A primeira: afirma-se equivocadamente que o constituinte colocou tais palavras no caput do art. 37 por amor à frivolidade, pois para nada prestam no mundo jurídico. Os mais avançados constitucionalistas consideram que todas as palavras contidas no discurso constitucional são suscetíveis de aplicação jurídica. Sem exceção. A mais disso, considera-se que o juiz não tem o poder de retirá-las do mundo jurídico porque não lhe é outorgada competência legiferante, não estando autorizado a proceder à ablação de palavras dos textos constitucionais, o que, em síntese, seria legislar em sentido contrário: cabe-lhe interpretar a ordem normativa e aplicá-la metodologicamente. O postulado da moralidade e da eficiência, se são constitucionais, constitucionais são, tal como no conhecido verso de Calderón de la Barca que afirma que “sonhos, sonhos são”.

A segunda: é inaceitável a idéia segundo a qual o princípio da moralidade pode ser objetivado pelo juiz em sua sentença. Ou seja, que há uma moral objetiva. A ordem moral,

como a finalidade da ética, após os iluministas, passou a ter um sentido "espiritual" em oposição à lei, que é objetivada ou revelada pelo Estado. "A moralidade consiste, ao contrário, em assumir como móvel da ação a própria idéia do dever" (ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 2ª ed., p. 652). Os defensores da existência de uma moral objetiva afirmam que seus opositores pugnam até mesmo pela validade de um ato ou de um contrato administrativo imoral, porém legal. Estão errados. Todo o sistema jurídico, seja privado ou público, está entretecido pela moralidade. Ou quase todo. Todavia, uma coisa é afirmar que o estofo do sistema jurídico é a moralidade; outra coisa, tal como fez o constituinte, é dizer que a regra moral é regra legal e, mais do que isso, é regra constitucional. Se a regra moral é constitucional, então é jurídica. É óbvio o sentido proposicional, mas necessário, frente aos argumentos daqueles que sustentam que o postulado da moralidade é constitucional, mas sem conseqüência jurídica.

O mesmo deve ser dito com relação ao princípio da eficiência. Permito-me um exemplo. Na história pátria, nenhum outro projeto foi mais escandaloso do que a construção da Ferrovia do Aço, onde se derramou perdidamente mais de US$2 bilhões para construir uma ligação fantasma entre Belo Horizonte - São Paulo - Rio, abrindo-se túneis imensos e viadutos faraônicos, para mantê-la em linha reta, mesmo cortando os altíssimos ermos da Serra da Mantiqueira. A Ferrovia do Aço jamais foi transitada por um único comboio ferroviário, salvo para ligar a desconhecida estação de Jeceaba com a cidade de Barra Mansa (informação disponível em: terra.com.br/istoé/confere/index_confere_5.htm). Se em vigor em 1974 o sistema constitucional agora adotado, o Judiciário estaria munido de instrumentos suficientes para proceder ao controle não só da legalidade do projeto, mas também de sua eficiência.

Se há um controle constitucional da moralidade e um controle da eficiência, como diagnosticá-los homônimos ou heterônimos? Busca-se resposta na lição de Bacigalupo antes transcrita: para que seja possível adotarem-se esses controles, a Constituição se vê impelida a outorgar ao Judiciário a específica competência para revelar autonomamente o que para ele, Judiciário, representa ser moralidade e eficiência. Se se deslocar tal competência para o Legislativo, então terá ele o dever de especificar o que é moralidade e o que é eficiência. Se assim o fizer, o postulado deixará de ser o da moralidade ou o da eficiência para converter-se no *princípio da legalidade*: o postulado da moralidade e eficiência é o que a lei diz que é. Se assim não for, há que se reconhecer que o constituinte reconheceu poderes *administrativos* para o Judiciário controlar a Administração Pública. Desnecessário dizer que o constituinte, mais uma vez (provavelmente não a última) atropelou o modelo da tripartição de poderes ao

outorgar competência administrativa ao Poder Judiciário. Eis uma questão pendente referida a um potencial conflito normativo residente no domínio constitucional.

É possível encontrar uma solução para o problema que exigirá o deslocamento do Direito brasileiro para o sistema do *common law*, no qual o juiz tem o poder de revelar a existência do direito, extraindo-o dos costumes imemoriais do seu povo, não da lei ou não só da lei. Trata-se de uma tendência que vem sendo espargida por todo o sistema jurídico brasileiro.

O raciocínio leva ao reconhecimento de que é heterônimo o controle judicial dos atos e contratos administrativos, com exceção dos acessos abertos pelos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência que autorizam a revisão homônima.

Conclusões

a) a revisão hierárquica dos atos e contratos administrativos é homônima porque exercida no âmbito da mesma função estatal, portanto sob o regime jurídico-administrativo, ensejando um exame pleno que autoriza até mesmo a substituição de uma decisão por outra;

b) o controle judicial de legalidade, restrito aos aspectos jurídicos, não é homônimo, mas, sim, heterônimo;

c) o controle da moralidade e da eficiência é pleno e homônimo, cabendo ao juiz revelar a norma a ser adotada, segundo o critério por ele eleito como sendo a sua idéia do dever e o seu componente de oportunidade e de conveniência;

d) se couber ao Legislativo dizer o que significa moralidade e eficiência, tais princípios deixam de ser de moralidade ou de eficiência, pois convertidos então em princípio de legalidade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 2ª ed.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura, control judicial u límites constitucionales de su atribución.* Madrid: Marcial Pons, 1997.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**.** *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 3ª ed., 1989.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. *Revista de Administración Pública*: Madrid, v. 38, p. 159-205, 1962.

HERZOG, R. *Verfassung und Verwaltugnsgerichte – zurük zu mehr Kontrolldichte* em *Neue Juristische Wochenschrift,* 1992.

QUEIRÓ, Afonso R. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo***.** Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

MORENA Y DE LA MORENA, Luiz. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Ciprés-Flavian, 1989.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Atenas: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.