



IVAN LIRA DE CARVALHO:

Extraordinário poder de síntese, o desembargador federal e professor Edilson Nobre pôde transmitir a este seletto auditório um extrato do pensamento e da obra de Miguel Seabra Fagundes, e de como ela permanece atual, posto que o inspirou em parte da sua produção acadêmica, hoje retratada aqui nesta palestra.

Então, com os agradecimentos ao professor e desembargador Edilson Nobre, eu já transiro a palavra ao professor Vladimir da Rocha França também para fazer a sua abordagem a propósito do tema.

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA:

Bem, boa noite a todos!

Em primeiro lugar eu gostaria de agradecer à organização do evento pelo convite, e especialmente em razão do que motivou esse evento, que é o centenário do nascimento de um dos maiores administrativistas do Brasil, Miguel Seabra Fagundes.

Aliás, o Rio Grande do Norte teve muita sorte nesse aspecto porque a primeira obra no Brasil que trata de um tema fundamental no Direito Administrativo, que é a responsabilidade civil do Estado, é de um norte-rio-grandense, Amaro Cavalcanti, coincide com o início do século passado. Essas duas obras são fundamentais. E o precedente que foi citado pelo meu colega Edilson, ele é importantíssimo porque ele foi o primeiro caso no qual o Poder Judiciário se dispôs a examinar a validade de um ato decorrente do exercício de competência discricionária. Primeiro caso. Porque antes a discricionariedade funcionava como se fosse um colete à prova de balas com relação ao controle jurisdicional. A discricionariedade era uma palavra mágica para tornar imune a decisão da Administração

<sup>1</sup> Cf.: QUINTA JURÍDICA, 45, 9 set. 2010, Natal. Controle Judicial dos Atos Administrativos: Uma Homenagem ao Centenário de Miguel Seabra Fagundes. **Transcrição de áudio...** Revista FIDES, Natal, v. 2, n. 1, jan./jun. 2011. [palestra de Vladimir da Rocha França]. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/issue/view/3>>.

Pública. Essa, dentre outras razões, é que motivou o Instituto Potiguar de Direito Público, do qual eu me orgulho de fazer parte, e que hoje tem mais uma vitória. Essa, dentre outras razões, justifica a homenagem.

Eu sou de uma geração que não conheceu Miguel Seabra Fagundes. Eu sou de, pelo menos, uma geração de profissionais do direito que quando ingressou na faculdade encontrou o Direito brasileiro sem a presença física de Seabra Fagundes, mas com a sua presença espiritual, acadêmica e científica.

O primeiro contato que eu tive com a obra de Seabra Fagundes se deu em função da cadeira de Direito Administrativo que, por força e influência da professora Elke, aliás, da professora Tatiana Mendes Cunha. E quando é... e o tema que pelo menos eu escolhi para fazer essa monografia da disciplina envolvia a questão da discricionariedade. E eu me deparei com um artigo de Vitor Nunes Leal, que a Revista de Direito Administrativo 14, que ele falava dessa Apelação 1422. Como também, eu até me recordo, eu acho que foi a 6ª edição de “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, foi publicada pela Saraiva.

Bem, como o professor Marcelo Navarro aqui disse, a obra de Seabra Fagundes, especialmente “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, ela não se desatualizou. Ela foi pioneira em vários aspectos, com relação a preocupação da efetividade do controle jurisdicional, da proteção do cidadão contra os excessos e arbítrios do Estado. E a obra de Seabra Fagundes não é somente uma obra de Direito Administrativo com relação ao próprio controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Quem teve a oportunidade de examiná-la verifica que há uma preocupação do autor, de Miguel Seabra Fagundes, em analisar a tutela jurisdicional adequada para o controle do ato administrativo. Espantando várias dúvidas que existiam em matéria de processo civil em torno da legitimidade de o Poder Judiciário de invalidar o ato administrativo. Que, aliás, é uma coisa perdida dos administrativistas. Eu acho que nós no Direito Administrativo a gente está se esquecendo do processo civil. Nós falamos dos limites do controle do ato administrativo, mas a gente está se perdendo, a gente tá perdendo uma questão. Eu costumo brincar sempre que é uma questão da teoria geral da vida.

Sim, e daí, como é que eu faço para proteger meu direito contra o ato administrativo inválido? Pelo menos, a exposição, ela tenta conjugar essas duas visões. É claro que eu estou aqui confortável por que as considerações que eu fiz em relação ao direito processual eu terei a correção eficiente do professor Marcelo Navarro, como também do professor Edilson Nobre, que eu nunca perco a oportunidade aqui de registrar que é o segundo melhor administrativista do Rio Grande do Norte. Claro que só perde para Raimundo Nonato

Fernandes, pelo menos dentre os vivos. Depois vem o resto. Mas Edilson é o segundo, o primeiro o professor Raimundo Nonato que também tem uma obra fantástica.

Bem, o que vem a ser o ato administrativo? A gente primeiro precisa delimitar qual o conceito de ato administrativo para fins visando a matéria. Adotando-se um conceito estrito, eu trabalho o ato administrativo como aquele ato jurídico unilateral da Administração Pública que insere norma individual complementar à lei, e à Constituição também. Até porque a Constituição, não raras vezes, dá uma densidade tão grande a direitos subjetivos do administrado, que o ato administrativo não é apenas a mera aplicação da lei, é a aplicação da própria Constituição.

Nesse ponto, quando Miguel Seabra Fagundes fala em administrar e aplicar a lei de ofício, e neste ponto, de certo modo a obra, fazendo uma interpretação sistemática da mesma, ela já dá base para o que eu vou dizer agora, “administrar é aplicar a Constituição de ofício!”. Embora o Poder Judiciário não seja mais o escravo da lei, ele passa a ser agora o escravo da Constituição. E isso nós não devemos perder de vista. A partir do momento que o juiz deseja romper o grilhão que ele tem com a Constituição, ele passa a comprometer a estabilidade da própria ordem constitucional e convém que ele saia da magistratura e busque outras vias.

Bem, e o controle jurisdicional do ato administrativo é o mais importante em sistemas jurídicos como o nosso, como o próprio Miguel Seabra Fagundes já defendia quando ele falava que nos sistemas presidencialistas, onde você tem uma nitidez maior da separação dos Poderes, o controle jurisdicional ele tem de ser mais efetivo. Até porque o Poder Legislativo ele tende a ficar à reboque, do ponto de vista sociológico, do Poder Executivo. Para que um chefe do Poder Executivo não tenha a maioria no Poder Legislativo, ele precisa ter uma inabilidade grotesca. Vide o caso, por exemplo, do processo de impedimento do ex-presidente, atual Senador da República e candidato a governador do Estado de Alagoas, Fernando Collor.

Foi falta de habilidade política. E dizia, Miguel Seabra Fagundes, o controle mais importante nos sistemas, em Estados que adotaram o sistema presidencialista, é o controle jurisdicional. É aquele que dá maior efetividade. Embora a nossa Constituição, do ponto de vista técnico-jurídico, tenha fortalecido consideravelmente o Poder Legislativo. Mas ainda é um controle muito fraco. Uma vez perdida o Poder Legislativo acorda como, por exemplo, ainda que não se trate de controle de ato administrativo, quando o presidente do Senado Federal mandou devolver uma medida provisória recentemente. Coisa raríssima. Bem, a inafastabilidade do controle jurisdicional do ato administrativo é um princípio fundamental do regime jurídico-administrativo brasileiro. Mas o que vai abranger a função jurisdicional? A

função jurisdicional tem o objetivo, dentro de um Estado Democrático de Direito, de resolver, de forma definitiva, os conflitos, que são levados à apreciação do Poder Judiciário. E aí há um princípio que é crucial dentro do nosso... da função jurisdicional no Brasil, que é o princípio da inércia. E aí vem a questão do direito de ação. Nas palavras de Dinamarco, uma promessa do caso que é feita pelo sistema.

Bem, a função jurisdicional hoje no Brasil ela tem de ser, digamos assim, revista, pelo menos no meu ponto de vista. Como assim? A gente trabalha tradicionalmente a função jurisdicional como a expedição de normas individuais. Claro que eu tou aqui adotando a postura normativista. Mas, se você pegar o nosso sistema constitucional, hoje a função jurisdicional também abrange a expedição de normas gerais – ou gerais e abstratas se você assim o preferir.

Basta você examinar os efeitos dos provimentos jurisdicionais em sede de controle concentrado de constitucionalidade e também a figura da súmula vinculante. Que vai ter repercussão no controle do ato administrativo. Houve até uma alteração recente na Lei de Processo Administrativo que foi motivada pela legislação, da lei que dispõe sobre este instituto.

Bem, quando se fala do controle jurisdicional, o controle jurisdicional ele somente pode analisar a juridicidade do ato administrativo, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Afinal de contas, é papel do Poder Judiciário, enquanto intérprete último do direito, preservar a integridade do ordenamento jurídico como também restaurá-la caso ela seja violada. Essa é a função básica da função jurisdicional num Estado Democrático de Direito. Essa é a função básica da função jurisdicional no sistema constitucional brasileiro. Lembrando Ataliba: “é a função jurisdicional que protege as minorias contra os excessos das maiorias”. É a Constituição que garante a cada pessoa natural uma esfera de direitos e garantias intangível pelo Estado. E sem o Poder Judiciário, o indivíduo ele fica extremamente vulnerável ao sabor e à força das maiorias.

Bem, se eu trato da validade do ato administrativo, o controle jurisdicional, obrigatoriamente, vai ter de examinar a validade do ato administrativo. Vou insistir mais um pouco nesse ponto. Se o Poder Judiciário somente pode fazer uma análise de juridicidade do ato administrativo e pregar um juízo de juridicidade, e aqui eu falo juízo de juridicidade não apenas com relação à subordinação à lei, mas com relação à subordinação a todo o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição, e também aos próprios atos normativos que a própria Administração Pública expede, porque se a Administração Pública expede tais atos é porque eles precisam ser levados a sério.

Quando o Poder Judiciário trabalha no controle da Administração Pública, obrigatoriamente usa um juízo de juridicidade. Então obrigatoriamente ele vai ter que analisar se o ato administrativo é válido ou não. E a passagem do ato administrativo da categoria de válido para inválido exige um pronunciamento estatal, seja da própria Administração, no caso da invalidação administrativa, seja pelo Poder Judiciário em se tratando da invalidação judicial. E aqui eu tenho aquelas duas categorias básicas de vícios do ato administrativo que seriam a nulidade – invalidez absoluta – e a anulabilidade – que seria a invalidez relativa ou, simplesmente, sanável. Bem, eu não teria tempo aqui para fazer um panorama, para expor um panorama com relação a esses vícios. Eu vou tocar em alguns deles, a partir é... para ilustrar alguns aspectos que eu considero pertinentes no que se diz respeito à tutela jurisdicional adequada para o controle do ato administrativo.

Primeiro lugar, isso aqui claro que pode causar resistências por quem tem uma concepção um pouco mais tradicional das invalidades do ato administrativo, é imprescindível que haja uma tutela constitutiva no caso do controle do ato administrativo, é imprescindível e mais uma vez eu me socorro de Miguel Seabra Fagundes. Quando Miguel Seabra Fagundes vai tratar da tutela jurisdicional na segunda parte do seu trabalho, ele enfrenta um debate – antes até do Código de Processo Civil de 39, salvo engano, me corrija se eu estiver errado – onde se discutia se o Poder Judiciário tinha ou não legitimidade para invalidar o ato administrativo. E uma das correntes dizia que, na verdade, o Poder Judiciário só teria condições de, em algumas situações, só estabelecer condenações de obrigação de fazer ou condenações de natureza ressarcitória... de... condenações de obrigação de fazer, garantir indenizações. Mas aí Miguel Seabra Fagundes advertia: ora, se eu vou questionar os efeitos do ato administrativo, obrigatoriamente eu vou ter de analisar a sua validade. Obrigatoriamente. Em todos os casos. Se a tutela jurisdicional trabalha com a ideia de que ela é cabível havendo lesão ou ameaça a direito; se o administrado tem a pretensão de obter, digamos assim, uma obrigação de fazer por parte da Adminis... uma obrigação de não-fazer por parte da Administração Pública, e a Administração Pública, mediante um ato administrativo, determina um dever positivo por parte do administrado, não há como você, o Poder Judiciário, garantir uma tutela, digamos assim, condenatória em matéria de obrigação de fazer, seja tutela específica, salvo engano que o termo tenha sido usado sem você analisar a validade do ato. Não há como. Em se tratando da tutela jurisdicional, hoje em dia nós temos dois aspectos, temos duas dimensões: a tutela jurisdicional individual e a tutela jurisdicional coletiva que acaba dando um pouco mais de dor de cabeça.

Na tutela jurisdicional individual, eu trabalho com a lesão a direito individual como ameaça a direito individual. No caso da lesão a direito individual, várias coisas podem acontecer. É perfeitamente possível que o administrado tenha interesse em se afastar dos efeitos jurídicos do ato administrativo para realizar ou deixar de realizar alguma coisa do seu interesse. E obrigatoriamente, nesses casos, o Poder Judiciário ele vai ter de ser instado a se manifestar a respeito da validade do ato administrativo. Isso não pode ser entendido como uma questão incidental. Tem que compor um dos capítulos da sentença de provimento jurisdicional de mérito. Não há como você recusar efeito do ato administrativo, como se fosse, digamos assim, um sistema similar ao de controle difuso de constitucionalidade onde você recusa a vali... onde você reconhece a validade, mas recusa a aplicação no caso concreto. Pra ato normativo até vai, mas com ato administrativo no sentido estrito não tem como. Pelo menos no meu ponto de vista. Quando se trabalha com a ideia de ameaça a direito individual – e aí há várias possibilidades –, a Administração Pública está na iminência de expedir um ato administrativo. E se o administrado quer a tutela jurisdicional para evitar que esse ato seja expedido, caberá a ele demonstrar junto ao Poder Judiciário que a Administração Pública não tem legitimidade para expedir aquele ato administrativo. Aí não seria tão somente o controle do ato administrativo, mas sim a discussão em torno da validade de um possível ato administrativo. Mas, aí existe aquele binômio que os processualistas trabalham bem, utilidade-necessidade, onde isso vai ser analisado. E aqui é imprescindível o reconhecimento da possibilidade da tutela jurisdicional inibitória quando se trata do controle da Administração Pública.

Outra possibilidade diz respeito ao silêncio administrativo. E, nesse caso, a tutela jurisdicional específica do art. 461 do Código de Processo Civil eu acho que seria prestante porque no caso não há necessidade de obrigar a Administração Pública a expedir um ato administrativo. O próprio provimento jurisdicional vai supor e compor a esfera de direitos que foi violada pelo silêncio administrativo pela omissão.

Isso com relação à tutela jurisdicional individual. E com relação à tutela jurisdicional coletiva? Bem, tem dois pontos que vão diferenciá-la: um diz respeito à legitimidade processual, outro diz respeito aos efeitos da coisa julgada. Com relação à legitimidade processual, tem dois pontos que eu gostaria aqui de examinar com os senhores. O primeiro diz respeito à iniciativa do Ministério Público. Existe um dispositivo perdido e esquecido, que é o art. 25 da Lei Federal 8.625/93, que dispõe sobre as competências do Ministério Público, que prevê uma ação declaratória de nulidade ou de anulação de ato administrativo, com relação ao Ministério Público. Inclusive, eu até encontrei uma posição curiosa de dois grandes juristas,

um é Cândido Rangel Dinamarco, outro de Adilson Dallari, negando a constitucionalidade desse dispositivo porque seria uma ação popular disfarçada, em favor do Ministério Público. Mas, se você for fazer uma interpretação sistemática, à luz do art. 127 da Constituição Federal quando diz que o Ministério Público tem legitimidade para defesa da ordem jurídica, fica difícil recusar a legitimidade do Ministério Público para fazer tal coisa.

Isso uma ação, um processo previsto apenas para discutir a validade do ato administrativo. Nas ações civis públicas que envolvam obrigações de fazer ou não-fazer, e se isso concorrer, por exemplo, à discussão, como por exemplo, perdão da redun... reformulando melhor, a discussão entorno da validade de um licenciamento ambiental ou de um licenciamento urbanístico, obrigatoriamente o cerne da discussão de mérito não é uma questão incidental tem de envolver a validade do licenciamento ambiental e a validade do licenciamento urbanístico. Isso tem de ser um dos capítulos da sentença do provimento jurisdicional de mérito. Não tem como se afastar disso. Não é uma coisa, digamos, meramente incidental. E há outro mecanismo que vem a ser a ação popular. Na tutela jurisdicional individual, eu tenho a impressão de que faz-se necessário que haja a demonstração de uma lesão ou ameaça a direito individual do administrado para que haja discussão em torno da validade do ato administrativo. A discussão em abstrato vai ter que... pode ser provocada pelo cidadão através da Ação Popular. E com relação ao Ministério Público, será que ele vai poder arguir toda e qualquer invalidade? Com relação às nulidades, sim. Mas, o Ministério Público, pelo menos eu tenho uma tendência a acreditar nisso, ele somente vai ter legitimidade de provocar o Poder Judiciário para a invalidação do ato administrativo se isso envolver matéria de interesse difuso ou coletivo. E, com isso, tratando de direitos individuais que envolvam tão somente os direitos individuais de pessoas que, obrigatoriamente, ficam sob a tutela do Ministério Público como, por exemplo, a criança e o adolescente. E aí, na ação de invalidação judicial de iniciativa do Ministério Público, aí você tem como discutir a anulabilidade do ato administrativo. Mas a questão da anulabilidade somente vai poder ser discutida de forma mais desembaraçada na tutela jurisdicional individual onde o administrado demonstrar que é de interesse dele. Outro ponto, e aqui... seriam os efeitos da coisa julgada, porque na tutela jurisdicional individual você tem uma eficácia *inter partes*. Em boa parte da tutela jurisdicional coletiva você tem o efeito *erga omnes* ou *ultra partes*, seguindo... tendo com base o disposto no Código de Defesa do Consumidor e a sistemática em si adotada pelo sistema de ações civis públicas.

Bem, caminhando pro final, quais são os limites desse controle jurisdicional do ato administrativo? Certamente, a base de todos os limites do controle jurisdicional do ato

administrativo, sem exceção, e aqui eu me arrisco a cometer um equívoco, mas pelo menos a gente tem de arriscar, é o princípio da Separação dos Poderes, que é uma garantia contra o arbítrio do Estado. E o princípio da Separação dos Poderes garante, nesse sentido, à Administração Pública, a desenvoltura necessária indispensável à concretização do interesse público que está sob sua responsabilidade. Mas o princípio da Separação dos Poderes ele não pode ser usado como desculpa para se afastar da tutela jurisdicional lesão ou ameaça a direito. E aqui eu me socorro do... dum grande administrativista nordestino, brasileiro, que é Francisco Cavalcante, quando ele fala do art. 5º, XXXV, diz: lesão e ameaça a 'direito'. Não diz direito individual, diz: 'direito'. Então envolve os direitos difusos e coletivos. Mas, aí tem a tutela jurisdicional coletiva que vai se adequada para a proteção da tutela desses direitos.

Vários pontos com relação... e são pontos sensíveis no que diz respeito ao controle jurisdicional do ato administrativo foram já enfrentados pelo professor Edilson e pelo professor Marcelo também. Que pontos seriam esses? E acrescentando alguns pontos adicionais? O, digamos assim, um aspecto que não há como se afastar da matéria diz respeito à discricionariedade administrativa e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Por influência do pensamento Luhmaniano – via Marcelo Neves e João Maurício Adeodato – eu tenho a tendência a ver a discricionariedade administrativa como um dos canais de comunicação que o ordenamento jurídico tem com a sociedade. É através da discricionariedade administrativa que o direito positivo recebe as demandas sociais, políticas, econômicas e culturais, e viabiliza a oferta de respostas jurídicas a essas demandas. É por isso que se dá a discricionariedade: para garantir a agilidade decisória e capacidade de adequação do Estado à complexidade social e às demandas decorrentes de tal complexidade. Não deixa de ser um canal de comunicação entre o direito e os subsistemas cultural, político, econômico. E a Separação de Poderes é que dá estabilidade e preserva essa esfera de competências. Agora, enfatizando-se sempre, o princípio da Separação dos Poderes não pode servir de desculpa para deixar descoberto a lesão ou ameaça a direito do administrado. Direito.

Pra resumir o máximo possível a história: primeiro lugar, conceito jurídico indeterminado é base para a competência discricionária? Depende. Não sempre. Quando a lei usa conceitos jurídicos indeterminados para a determinação de competências administrativas, inicialmente, o que você vai aplicar é um juízo de juridicidade. Agora, se o Poder Judiciário não conseguir fazer cessar a incerteza, aí tem de se respeitar a decisão da Administração Pública. Pelo menos eu tenho entendido assim.

Eu não tenho a posição de que isso, na verdade, seria uma forma de abstratamento prevista em lei e outorga de competências discricionárias, mas também não sigo a ideia de

que o Poder Judiciário pode esgotar, exaurir completamente a matéria. São quatro... são três pontos hoje que eu acho que precisam ser discutidos.

Primeiro aspecto diz respeito à decisão técnica. Se houver incerteza do ponto de vista técnico no estado da arte, vai ter de se respeitar a Administração. E infelizmente, se existem duas ou mais técnicas adequadas, certamente a autoridade administrativa escolheu aquela mais conveniente e oportuna para sua política governamental. Não deixa de ser, digamos assim, uma escolha discricionária. Sem o... indiferentes técnicos. Agora é possível que no estado da arte se chegue à conclusão de que somente aquela medida técnica vai ser a mais adequada, levando-se em consideração o contexto do caso concreto.

Outro aspecto que eu acredito que mereça reflexão envolve as sanções administrativas. E quando há sanção administrativa eu me recuso a reconhecer espaço para a discricionariedade. Me recuso completamente a isso! Não é caso de discricionariedade. Se trata de uma infração que pressupõe-se previamente tipificada em lei. Não há espaço para o juízo de conveniência e oportunidade com relação à aplicação da sanção administrativa. Se houve a sanção administrativa, se houve a infração administrativa, que se apure e aplique a correspondente sanção. E se a sanção administrativa for discutida em juízo, é que se analise a sua validade a partir da moderna teoria do ato administrativo. Aí alguns podem dizer: mas aí entra a questão da insignificância. Não é análise de discricionariedade questão de insignificância, é análise de juridicidade. Então, com relação às sanções administrativas a gente precisa ter cuidado com conceitos indeterminados. Pelo menos aqui, não devem ser entendidos como fonte de discricionariedade. Aliás, eu me recuso a entender o exercício do poder sancionatório com discricionariedade.

Por fim, a questão da razoabilidade e proporcionalidade precisa ter certa... aliás, que precisa ser vista com muita cautela pelo Poder Judiciário. Porque, do contrário, o juiz pode acabar se tornando o próprio gestor, e ele vira o prefeito da cidade. Inclusive não é um caso hipotético. É um caso concreto que um juiz estadual me revelou que ele, como deferiu todas as medidas liminares que lhe foram destinadas pelo Ministério Público, chegou a um ponto que o prefeito não podia comprar um caixa de clips ou de grampo: ele tinha de pedir autorização ao juiz. Ele olhou prum lado, outou pro outro, e disse: “atualmente agora eu sou o prefeito”. Então é preciso que haja cautela com relação a isso.

Bem, aqui eu encerro essas considerações. É... e não há como se estudar o ato administrativo, o Direito Administrativo, o Direito Público, sem o exame da obra de Seabra Fagundes. Ela é fundamental, atemporal e que orgulha muito, tanto o Estado do Rio Grande do Norte como todo o Brasil. Infelizmente, eu sou daquela geração que não conheceu Seabra

Fagundes em vida. Mas, um homem que teve tanta influência assim, influencia até hoje, está vivo nas mentes e trabalhos, está presente no Direito, e vai continuar presente durante muito tempo. Quiçá pela eternidade se a eternidade nos for legada, pelo menos enquanto nação, enquanto país, enquanto povo.

Obrigado!