

O CONTRÔLE DE LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA FRANCESA

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado da Guanabara
Membro do Ministério Público
Estadual

I — *Introdução. Importância do tema. Sistemas de controle jurisdicional.*

1 — O estudo do controle de legalidade da Administração Pública pela Justiça Administrativa da França é fundamental, no campo do Direito Administrativo Comparado. Isto se dá, não só pela prioridade que cabe, na matéria de fiscalização dos atos administrativos, àquela Justiça, mas também pela contribuição de sua jurisprudência na formação e no desenvolvimento do Direito Administrativo Francês, e pela influência que tem exercido neste ramo jurídico, em outros países, inclusive no nosso. Daí, têmos dedicado o presente estudo a tão magno tema.

2 — No Estado de Direito, que se contrapôs, historicamente, ao Estado de Polícia, constitui aspecto fundamental do problema da juridicidade da atividade da Administração Pública o controle da legalidade da ação desta, por parte das autoridades dotadas de jurisdição, controle este que se coloca ao lado do parlamentar, do popular e do exercido pela própria Administração.

Com efeito, através do assim chamado controle jurisdicional, tais autoridades julgam se os atos praticados pelo órgão do Poder Público subordinaram-se àqueles princípios básicos do Estado de Direito: a sujeição das autoridades estatais à lei que o próprio Estado criou e o respeito por este dos direitos públicos subjetivos que lhe são oponíveis pelos cidadãos.

Este controle jurisdicional tem lugar, quando as autoridades dotadas do poder de jurisdição são chamadas a resolver situações contenciosas entre a Administração e o indivíduo, solucionando conflitos, que passaram a litígios ou pleitos judiciais.

3 — Básica é, nesta matéria, a discriminação dos diversos sistemas de organização jurisdicional encontrados no Direito Positivo dos vários Estados.

Tal discriminação leva em consideração os diferentes ramos da ciência jurídica submetidos a julgamento pelos tribunais, quais sejam a matéria cível, comercial, penal, administrativa e outras, com suas possíveis subdivisões.

Encontramos, em primeiro lugar, países cada vez mais raros, em que os juízes e tribunais não são diferenciados, isto é, têm competência para julgar não importa que matéria. Tal sistema só é possível onde a massa de assuntos contenciosos seja pequena.

Em outros Estados, e este é o caso do Brasil, da Bélgica, dos Estados Unidos, da Inglaterra, os juízes e tribunais são diferenciados (v. g., juízes e câmaras cíveis, criminais e da Fazenda Pública, justiça trabalhista, militar, eleitoral, etc.), mas há unidade no sistema jurisdicional, que é assegurada, inclusive, pelo controle supremo da jurisprudência de todos estes tribunais por uma Corte Superior comum (no Brasil, p. ex., o Supremo Tribunal Federal).

Finalmente, vamos encontrar não só na França, mas também na Itália, p. ex., a assim denominada dualidade de jurisdição, com a existência de uma Justiça Administrativa autônoma. Há, assim, na França, duas jurisdições separadas, com uma Corte Suprema cada uma, absolutamente independentes, paralelas.

Destarte, existe na França, ao lado dos *juízes e tribunais judiciais*, a *justiça administrativa*.

Na prática, há, é certo, muitos sistemas jurisdicionais que se apresentam, em verdade, como mistos. É o caso dos países de unidade de jurisdição nos quais, com relação a certas matérias particulares, jurisdições administrativas plenamente independentes foram instituídas, fenômeno, aliás, que se vai tornando cada vez mais comum, como síntese da tese e da antítese.

Nesta ordem de idéias, devemos distinguir, em verdade, na expressão *contencioso administrativo*, de uso corrente, um sentido lato e um sentido estrito.

No primeiro, é a contenda ou controvérsia em matéria administrativa. De acôrdo com o segundo, é uma forma de especialização, dentro da atividade jurisdicional do Estado: é o conjunto de órgãos criados para realizar esta prestação jurisdicional. Em seu sentido lato, é a atividade no sentido material; o sentido estrito é um conceito orgânico, considerando os órgãos que exercem esta jurisdição administrativa.

4 — Dentro da discriminação entre os principais sistemas de contrôle jurisdicional da legalidade da Administração Pública, quais sejam o sistema de unidade e o de dualidade de jurisdição, contrôle pela jurisdição comum e contrôle por uma jurisdição especial, fixemos os dois Direitos que mais de perto nos interessam, o Brasileiro e o Francês, representativos que são, respectivamente, do primeiro e do segundo sistema citados.

O nosso país tem sido, tradicionalmente, de jurisdição una. A Constituição Federal, em seu art. 141, § 4.º, estatui que o Poder Judiciário conhece de tôdas as lesões de direito individual, incluindo, naturalmente, as questões contenciosas em que o Estado fôr parte.

No Império, o sistema da dualidade de jurisdição foi objeto de modesta tentativa, principalmente no tocante a questões fiscais, e com relação ao Conselho de Estado (arts. 137 a 144 da Const. de 1824; abolido pelo art. 32 do Ato Adicional de 1834; restabelecido, sob nova disciplina, pela lei n.º 234, de 23-11-1841), o qual, a par de ser órgão político auxiliar do Poder Moderador, tinha, do ponto de vista administrativo, atribuições consultivas, que o aproximaram do Conselho de Estado francês, na época da *justiça reservada*, sem caracteres marcantes e decisivos de verdadeira justiça administrativa. De qualquer forma, a República suprimiu-o, de modo definitivo, e nenhuma dúvida há de que, desde então, se tenha implantado, em nosso país, o sistema de unidade de jurisdição.

Como já acentuamos, o Poder Judiciário Brasileiro tem, em princípio, o monopólio do conhecimento das questões litigiosas, do contrôle da legalidade dos atos do poder público, apreciando, igualmente, o contencioso administrativo, através do exame dos atos da Administração Pública, efetivando anulações e impondo indenizações.

O fato de haver, no Poder Judiciário Federal e nos Estaduais, Varas, Câmaras, e até Tribunal especializados, como as Varas da Fazenda Pública, e o próprio Tribunal Federal de Recursos, não afeta a classificação do sistema jurisdicional brasileiro.

Com efeito, todos, e até mesmo as justiças especializadas (como a militar, a eleitoral e a do trabalho) pertencem ao Poder Judiciário comum, a uma só unidade de jurisdição, não apenas porque a Constituição Federal e as Estaduais assim o dizem, como também porque estão tôdas encimadas por tribunais comuns de cúpula.

O monopólio quase absoluto do Poder Judiciário Brasileiro só comporta exceções restritas e taxativas, expressamente previstas nas Constituições, mas que, tampouco, turvam a posição nítida de nosso sistema jurisdicional. Tais exceções são o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Congresso, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, a jurisdição contenciosa do Tribunal de Contas. Devem ser citadas, igualmente, as restrições no tocante à vedação do conhecimento pelo Poder Judiciário das questões exclusivamente políticas, da aplicação do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares (prisão militar) e as oriundas da decretação do estado de sítio.

Outrossim, as chamadas instâncias administrativas são órgãos administrativos e não jurisdicionais, estando sempre aberta a via judicial.

No contencioso fiscal, há os exemplos dos Conselhos de Contribuintes, o Conselho Superior de Tarifas e numerosos outros órgãos da instância administrativa em matéria fiscal.

As decisões do Tribunal Marítimo, que tem jurisdição administrativa sôbre a marinha mercante e competência para julgar os acidentes e fatos da navegação, quanto à matéria técnica referente a tais fatos e acidentes, valem como prova, presumindo-se certas. O Poder Judiciário poderá, todavia, reexaminá-las, embora apenas quando forem contrárias a texto expresso da lei, prova evidente dos autos, ou lesarem direito individual (art. 18 da lei 2.180, de 5-2-1954).

Estes e alguns outros exemplos mais, como os das Turmas de Julgamento e da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, o do Conselho de Recursos da Propriedade Industrial, e outros órgãos que emitem decisões definitivas, não alteram, como assinalamos, a classificação do sistema jurisdicional brasileiro, pois tais órgãos não pertencem a uma Justiça Administrativa: continuam sendo organismos administrativos, sem poderes jurisdicionais propriamente ditos.

Já o Direito Francês, que é o objeto central de nossos estudos, segue o sistema da dualidade de jurisdição, com duas ordens ju-

risdicionais distintas, paralelas, cada qual com seus juizes e tribunais, sem qualquer órgão comum de cúpula.

II — Histórico do Contencioso Administrativo Francês

5 — Não seria adequado, para o objetivo que aqui temos em vista, apresentar, exaustivamente, a evolução histórica do Contencioso Administrativo Francês. Cumpre-nos acentuar que tal evolução teve um caráter empírico. A princípio, como reação aos antigos Parlamentos, e em função da interpretação francesa da doutrina da separação de poderes, pela qual um Poder (o Judiciário) não poderia julgar outro (o Executivo), foi a Justiça Administrativa Francesa formando-se, tendo atravessado diferentes fases (a da Administração — juiz, a da *justiça reservada* ou *opiniativa*, a da *justiça delegada*), até chegar, após toda essa evolução, e através das reformas de 1953 e 1963, à sua estrutura atual.

Interessante é notar que foi, igualmente, o princípio da separação de poderes que levou os países de sistema de unidade de jurisdição a adotá-lo, interpretando-o de forma diferente: se há um Poder (o Judiciário) competente para conhecer das questões contenciosas, qualquer outra solução que excluísse de seu conhecimento certos litígios contrariaria dito princípio.

Outrossim, na França, JEAN RIVERO, em seu *Droit Administratif* (2.^a edição, Dalloz, 1962, págs. 121 e 122), dando o sentido atual da Justiça Administrativa Francesa, acentua que “todas as razões que determinaram sua criação, desapareceram”, assinalando, por outro lado, as desvantagens da dualidade de jurisdições. Conclui, afirmando que é a existência de um Direito Administrativo original (como o Francês), devido à criação jurisprudencial, própria do Contencioso Administrativo Francês que constitui, atualmente, a única justificação sólida para a manutenção da Jurisdição Administrativa.

6 — Faremos, agora, um rápido escôrcço histórico da Justiça Administrativa francesa.

6.1 — Alguns estudiosos identificam certos antecedentes remotos e desfigurados já no Direito Romano e, principalmente, nas dinastias merovíngias e carolíngias, entre os capetos, com Felipe, o Belo, e seu filho Felipe V, e durante todo o Antigo Regime, mas o fato é que a existência, nestas épocas, de tribunais adminis-

trativos, não era bastante para o reconhecimento da dualidade de ordens de jurisdição, no sentido já fixado.

Tal dualidade, com efeito, foi um produto histórico dos séculos XVIII e XIX.

6.2 — Os Parlamentos que exerciam a função jurisdicional, no Antigo Regime, eram contrários à criação e multiplicação de jurisdições especializadas em matéria administrativa, e principalmente à atribuição de poderes jurisdicionais aos chamados *intendentes*, pois isto lhe acarretava a perda de muitas atribuições e de importante fonte de remuneração, já que os juizes ganhavam na base da maior ou menor importância e quantidade dos casos julgados.

Formados por representantes da *noblesse de robe*, os Parlamentos mantiveram uma luta encarniçada contra a administração e o próprio poder real, chegando a greves e outras manifestações violentas.

Tal luta expressava-se, igualmente, pelos perpétuos conflitos entre os mesmos Parlamentos, os juizes e tribunais administrativos, particularmente os citados intendentes.

Os Parlamentos eram, por estes e outros motivos, muito impopulares, inclusive, por defenderem seus privilégios nobiliárquicos, opondo-se a toda reforma proposta pelo poder real para atenuar ou suprimir os privilégios fiscais. Seus juizes eram conservadores, reacionários, anti-revolucionários.

Pelas razões acima expostas e pela interpretação já indicada da doutrina da separação dos poderes, um dos primeiros atos da Assembléia Constituinte pós-revolucionária foi a de suprimir os Parlamentos. Ao mesmo tempo, para evitar que as novas jurisdições que os substituíssem, continuassem a lutar contra a administração, o que era considerado contrário ao interesse público, a Constituinte, na grande lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790, inseriu, em seu título II, o artigo 13, de suma importância, pois, ainda hoje, em vigor e base jurídica da competência da jurisdição administrativa francesa. Este artigo é o seguinte: —

“As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juizes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de

nenhum modo que seja, as operações dos organismos administrativos”.

A lei de 16 do fructidor do ano III renovou tal orientação, ao afirmar: —

“Os juizes não podem usurpar as funções administrativas, nem chamar perante si os administradores, em razão de suas funções. Proibições reiteradas são feitas aos tribunais, de conhecer dos atos da administração de qualquer espécie que sejam”.

Tais regras eram unilaterais, porquanto os administradores não estavam proibidos de julgar.

Como consequência dos referidos textos, aos tribunais era vedado expedir mandado contra a administração, condená-la, ou mesmo apreciar sua conduta.

Mas, dentro de tal sistema, que fazia o administrado vítima de ilegalidade ou de alguma falta praticada pela administração?

Tinha êle de se dirigir à própria administração, quer aos chamados *diretórios*, criados em cada distrito e departamento; quer ao próprio Rei, como chefe da administração, em virtude de lei de 7-14 de outubro de 1790.

É o denominado *sistema da administração-juiz*, também chamado de *sistema do ministro-juiz*: o cidadão apresentava um recurso ao ministro, que, transformado em juiz, julgava a questão. Em certos casos, poderia o administrado apelar da decisão do ministro-juiz para o Chefe de Estado.

Por tudo isto, tal sistema constituía débil garantia para os administrados, já que a administração era, simultaneamente, parte e juiz, competindo o julgamento aos próprios *administradores ativos* (rei, ministros, administradores de departamentos), solução em verdade paradoxal, principalmente por ter sido adotada em nome da separação de poderes. A época, tal sistema era, todavia, prático e oportuno, pois viva e favorável era a lembrança das antigas atribuições da jurisdição administrativa dos intendentés, e juridicamente aceitável, porque a idéia de separação dos poderes parecia implicar na independência da administração com referência a “tôda espécie” de juiz.

6.3 — Grandes reformas foram, entretanto, realizadas em 1799.

Com efeito, o Consulado, a partir do final dêste ano, tomou duas importantes medidas, a fim de atender às justas reclamações dos administrados.

Em primeiro lugar, criou tribunais administrativos especiais, com *jurisdição de atribuições*, ou seja, cuja competência era taxativamente prevista em lei. Tais tribunais eram, essencialmente, os *conselhos de prefeitura*, criados pela lei de 28 do pluvioso do Ano VIII, que GUIDO ZANOBINI considera como a certidão de batismo do Direito Administrativo.

Eram, todavia, ainda, periclitante garantia para os administrados, pois seus membros exerciam, ao mesmo tempo, funções administrativas, sendo, inclusive, presididos pelo prefeito, a pessoa mais interessada em que a Administração saísse vencedora. Por isto, durante todo o século XIX, os conselheiros de prefeitura, que visavam a ser prefeitos, tiveram muito pouca independência com relação à Administração.

Outra jurisdição administrativa especializada criada, no Império, em 1807, foi o *Tribunal de Contas*, sucessor das *Câmaras de Contas* da antiga monarquia.

Mas a reforma capital foi a criação do *Conselho de Estado*, pela Constituição de 22 do frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799) em seus artigos 52 e 53.

O primeiro dêstes artigos assim dispunha: —

“Sob a direção dos cônsules, um Conselho de Estado fica encarregado de redigir os projetos de leis e os regulamentos da Administração Pública, e de resolver as dificuldades que surjam em matéria administrativa”.

Tinha, assim, o Conselho de Estado uma dupla função. Era, em primeiro lugar, o conselheiro jurídico do govêrno e, nesta atividade, elaborou os grandes Códigos, inclusive o Código Civil; preparava o texto de tôdas as leis, que o corpo legislativo votava, sem direito de emenda; finalmente, aconselhava a administração, que era, muitas vezes, obrigada a ouvir seu conselho, antes de tomar certas decisões. Destarte, ao lado da *administração ativa*, criou-se uma *administração consultiva*.

Mas, além da função acima, outra, como pode ser visto do texto constitucional, foi atribuída ao Conselho de Estado, justamente a mais interessante para o presente trabalho.

É que todo administrado que se julgasse prejudicado por um ato administrativo, se o quisesse, reclamaria ao Primeiro Cônsul, na qualidade de Chefe de Estado. Este, por seu turno, encaminhava a reclamação, para estudos, a seu conselheiro jurídico, isto é, ao Conselho de Estado, que estudava o assunto e lhe dava uma solução, rejeitando a reclamação ou sendo-lhe favorável. Diante do parecer do Conselho, o Primeiro Cônsul decidia.

Não era o Conselho de Estado, assim, um verdadeiro juiz. Com efeito, não tomava êle próprio a decisão; não havia regras processuais obrigatórias, que garantissem ao jurisdicionado um procedimento e uma instrução imparciais; finalmente, não era o Conselho especializado, exclusivamente, no exame de situações contenciosas, pois tinha, também, funções puramente administrativas.

Em verdade, havia uma *justice retenue* (*justiça reservada*), porque quer em matéria contenciosa, quer mesmo na consultiva, o Chefe de Estado retinha o poder de decidir, dando a última palavra.

É o que se chama, igualmente, de *período da justiça homologável*, já que os pareceres e proposições do Conselho de Estado passaram a ser, sistematicamente, sem discrepâncias, aprovados por Napoleão, como Primeiro Cônsul, depois, pelo Rei, pelo Imperador, no Segundo Império, os quais simplesmente, homologavam, de fato, tais pareceres e proposições. Eram tais autoridades por demais ocupadas e não se criam melhores juristas do que os membros do Conselho de Estado.

Destarte, a *justiça reservada* — significando que o Chefe de Estado, detentor do poder de justiça, o delegava aos tribunais judiciários, mas o detinha com relação ao Conselho de Estado, isto é, se reservava, em matéria administrativa, a atribuição de julgar — tornou-se uma ficção.

Por outro lado, a evolução também se deu no sentido da especialização do Conselho de Estado, na função jurisdicional, pois um decreto de 22 de julho de 1806 criou, no seio do Conselho, uma comissão do contencioso, especializada, exatamente, no exame das questões litigiosas entre a Administração Pública e os jurisdicionados.

Finalmente, o mesmo decreto editou as primeiras regras de processo administrativo, dando aos cidadãos as garantias de indispensável imparcialidade no procedimento contencioso-administrativo. Tais regras foram aperfeiçoadas por ordenações reais de 1831 e pela lei de 18 de julho de 1845.

Só restava, portanto, o reconhecimento por lei do caráter jurisdicional do Conselho de Estado: o fez a lei de 3 de março de 1849.

Tal lei teve, todavia, uma existência efêmera, porquanto, após o golpe de Estado de 2 de dezembro, Napoleão III, que procurava, em tudo, imitar Napoleão I, restabeleceu a *justice retenue*, através de um decreto de 25 de janeiro de 1852, entrando, então, o Conselho de Estado num período em que viveu, de certa forma, eclipsado.

6.4 — Mas, depois da queda do Segundo Império, pela famosa lei de 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado foi, novamente e, agora, de modo definitivo, oficialmente reconhecido como uma jurisdição administrativa, que estava, dêste modo, realmente criada.

Iniciou-se, assim, a era da chamada *justiça delegada*, pois, daquele momento em diante, o Conselho de Estado tornou-se um verdadeiro juiz, não mais propondo ao chefe de estado projetos de decisão mas dando êle mesmo sua sentença, com a autoridade de coisa julgada, com força executória e “em nome do povo francês”.

O Conselho de Estado tornou-se uma jurisdição, com o mesmo título dos tribunais cíveis da Côte de Apelação ou de Cassação. O Chefe de Estado não intervinha mais no exercício da função jurisdicional, tanto em matéria cível ou comercial como administrativa.

Não restaram senão raras exceções, praticamente inexpressivas, da antiga *justiça reservada*.

Consumara-se a dualidade de *ordens jurisdicionais* nos termos em que acima a focalizamos.

6.5 — A organização interna da jurisdição administrativa, obedecendo, embora a uma certa evolução, manteve-se, até 1953, e isto, com graves inconvenientes.

Em matéria administrativa, a *jurisdição de direito comum* (isto é, o tribunal cuja competência é a regra e não encontra limites, senão por uma disposição formal e expressa de lei em contrário),

primeira e última instância, era o Conselho de Estado, que se apresentava como um tribunal único para tôda a França.

Havia, em verdade, além dêle, algumas *jurisdições de atribuições* (tribunais cuja competência está taxativamente expressa em lei), de primeira instância, o que levava os processos por elas julgados, de qualquer forma, ao conhecimento do Conselho de Estado, por via de apelação.

Outrossim, o Conselho de Estado era, ainda, Tribunal de Cassação, representando, no campo administrativo, o papel da Côte de Cassação, das Côrtes de Apelação, e de todos os tribunais civis da França reunidos.

Duas eram as conseqüências de tal fato: a primeira, positiva, dotava a jurisprudência administrativa de grande unidade e de rápida evolução; a segunda, catastrófica, qual seja a de ficar o Conselho de Estado irremediavelmente sobrecarregado.

Em verdade, tal sistema só podia funcionar bem, havendo uma pequena massa de processos a serem julgados, como ocorria em 1889, quando, na decisão *Cadot*, de 13 de dezembro dêste ano, reconheceu-se ser o Conselho de Estado o *juiz de direito comum do contencioso administrativo*.

Mas o vertiginoso crescimento dêste fêz com que, em 1.º de janeiro de 1954, vinte e seis mil casos estivessem aguardando julgamento, o que faria com que só em 1960, à razão de 4.500 casos julgados por ano, pudesse estar em dia tal acêrvo, sem considerar os 6.000 casos novos anuais.

Dafí, ser a justiça administrativa por demais lenta, a ponto de, em 1948, ter decidido o Conselho sôbre as conseqüências de um acidente ocorrido em 1914, o que constituía verdadeira situação de denegação de justiça.

Por outro lado, o que era, igualmente, lamentável, criou-se a tendência, no Conselho, de êste se declarar incompetente.

A indispensável reforma de tal estado adveio com o decreto de 30 de setembro de 1953, completado por dois regulamentos, um da mesma data, e o mais importante de 28 de novembro. O aludido decreto foi editado com fulcro no dispositivo contido no artigo 7.º, parágrafo II, da lei de 11 de julho de 1953, que determinava ao govêrno realizar tal reforma. Esta entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1954.

O fundamental de tal reforma consistiu em tornar os antigos conselhos de prefeitura, agora *tribunais administrativos*, nas *jurisdições de direito comum*. O Conselho passou a julgar, em primeira e única instância, tão sômente certas categorias de casos taxativamente expressos em lei; continuou côrte de apelação dos tribunais administrativos e conselhos do contencioso administrativo dos territórios de ultramar; finalmente, permaneceu juiz de cassação nos casos julgados, em última instância, pelos diversos componentes da jurisdição administrativa.

6.6 — Recentemente, através dos Decretos ns. 63.766 e 63.767, de 30 de julho de 1963, o Conselho de Estado sofreu sua mais recente reforma.

Esta teve origem nitidamente política. Com efeito, a criação do grupo de trabalho destinado a prepará-la deu-se imediatamente após a 19 de junho de 1962. Nesta data, o Conselho anulou o decreto presidencial de 1.º daquele mesmo mês, através da qual se instituíra a Côte Militar de Justiça, que tinha por finalidade julgar os cabeças da Organização do Exército Secreto.

Em verdade, ao elaborar a reforma, o Govêrno pretendia ter um juiz administrativo mais maleável. As conseqüências daquela foram, porém, muito mais amplas, não tendo a origem política deixado, praticamente, traços.

Na realidade, o Conselho de Estado continua sendo um juiz, tem jurisdição (*juris dictio*), tendo suas decisões finais o caráter de coisa julgada. Decide, soberanamente, as controvérsias relativas à Administração, não havendo a reforma atentado, em absoluto, contra o poder jurisdicional do Conselho.

Como veremos, em pormenor, ao tratarmos da estrutura atual da Justiça Administrativa Francesa, um dos aspectos fundamentais da reforma foram as modificações produzidas no estatuto do pessoal da suprema magistratura administrativa. Procurou-se um justo equilíbrio entre os elementos que compõem a essência administrativa e a natureza judiciária do juiz administrativo.

Realmente, na sistemática do contencioso administrativo, é indispensável que o juiz seja sensível aos problemas da Administração e independente perante a mesma, o que parece, em suma, um equilíbrio difícil de ser obtido, e, até mesmo, paradoxal.

O Conselho de Estado vinha, em verdade, sendo criticado por excessivos *juridicismo* e *abstração*, com um total desconhecimento da

vida administrativa concreta, das necessidades práticas da Administração. A reforma de 30-7-63 contém, por isto, importantes dispositivos visando a realçar a essência administrativa dos membros do Conselho, estreitando os liames que os ligam à Administração ativa. Para atingir tal objetivo, procurou acentuar a osmose entre as seções administrativas e a seção do contencioso que, como veremos, compõem a Alta Côrte Administrativa.

Outro aspecto decisivo da última reforma diz respeito à independência e à autoridade do juiz administrativo.

Este, como base de tãda a sua jurisdição, tem de ser independente frente à Administração que êle julga. Não pode ser, todavia, um “juiz dentro da Administração”, que se imiscua no poder de definir o interêsse geral.

Um dos ângulos da questão de independência dos juizes é o da sua inamovibilidade, problema de que cuidou, como detalharemos, no momento oportuno, a reforma de 1963.

Esta dispôs, também, sôbre outra questão relacionada à independência dos membros do Conselho de Estado, qual seja a da promoção em seus quadros e o cuidado em evitar sua politização, o que veremos alhures, em pormenores.

Finalmente, além destas modificações no estatuto dos membros da Suprema Magistratura Administrativa, a reforma de 1963 tratou de problema de magna importância para a maior ou menor autoridade dos juizes administrativos, qual seja o da execução do julgado administrativo, o que diz respeito à própria eficácia da Justiça Administrativa.

Dada a independência dos Podêres, entende-se não ser possível a execução forçada contra a Administração Pública. Por vêzes, ocorre, todavia, na prática, má vontade do Poder Executivo, quanto à execução de um julgado da Justiça Administrativa. Era, na realidade, impossível impor à Administração a execução da decisão do juiz administrativo.

A reforma de 1963 não instituiu, em absoluto, a execução forçada da sentença do Contencioso Administrativo contrária à Pública Administração. Limitou-se a criar providências de que cuidaremos mais adiante, manifestações de um poder de investigação, destinadas a chamar a atenção do Chefe de Estado para os casos de rebeldia da Administração Pública diante de uma sentença do juiz administra-

tivo. É que, na França, muito se confia no valor intimidativo e persuasivo de medidas de tal espécie.

Êstes, em linhas gerais, os contornos básicos da mais recente reforma do Contencioso Administrativo na França.

III — O Contencioso Administrativo Francês na atualidade

7 — Focalizemos, agora, pròpriamente, a estrutura atual da Justiça Administrativa Francesa.

Principiemos pelo órgão de cúpula da aludida Justiça, qual seja, o *Conselho de Estado*.

É tão grande a sua importância, que chega a ser afirmado, e com razão, que é impossível estudar o Direito Administrativo Francês, sem conhecer o Conselho de Estado, pois, praticamente, aquêle é, em grande parte, obra dêste.

É o Conselho de Estado um organismo técnico, apolítico, no sentido de que nenhum de seus cêrca de 170 membros é eleito, ao contrário do que ocorria sob o regime da Constituição de 1848, cujo artigo 72 estabelecia a eleição dos conselheiros de Estado pela Assembléia Legislativa, o que dava ao Conselho um caráter político, tornando-o um reflexo da maioria da Assembléia Nacional, sistema que não sobreviveu, todavia, à citada Constituição.

Êsses membros (cujo número total é pequeno, tendo-se em vista os encargos que têm) distribuem-se em três categorias hierarquizadas, constitutivas de uma carreira, formada dos *auditores* (de segunda e de primeira classe), que recrutados, em parte, da Escola Nacional de Administração, estudam os processos submetidos ao Conselho de Estado, preparando os respectivos relatórios; dos “*maîtres des requêtes*”, dos quais um exerce as funções de secretário geral do Conselho, outros, os de *commissários do govêrno*, que têm de apresentar, em cada caso contencioso, as suas conclusões, que longe de refletirem o ponto-de-vista do govêrno, correspondem à solução que lhes parece mais conforme o direito; e, finalmente, os *conselheiros de Estado em serviço ordinário*, que são os que decidem; no acme da hierarquia, encontram-se cinco presidentes de seção, e o vice-presidente do Conselho de Estado.

O título de presidente é reservado, tradicionalmente, de direito, ao chefe do Poder Executivo, surgindo a dúvida de se seria o Presidente da República ou o Primeiro-Ministro. Na prática, é o Ministro da Justiça quem assume a presidência, mas, apenas nas

sessões solenes —: na realidade, a presidência efetiva incumbe ao vice-presidente do Conselho.

De qualquer forma, nem o Presidente do Conselho de Estado, nem o Ministro da Justiça tem o direito de participar das deliberações contenciosas, isto é, das sessões em que o Conselho de Estado age como tribunal.

Existem, além desse quadro permanente, conselheiros de Estado em serviço extraordinário, comissários de governo junto às seções administrativas, podendo os Ministros de Estado assistir às deliberações não-contenciosas.

Um problema ligado ao estatuto dos membros do Conselho de Estado diz respeito à promoção dos *maîtres des requêtes* e dos auditores.

Houve época em que foram nomeados muitos jovens que, hoje, ainda moços, já são conselheiros, fato que dificulta o acesso nos quadros do Conselho.

Daí, terem os artigos 8 e 10 do Decreto 63 767 estabelecido que os *maîtres* e auditores, ao final, respectivamente, de 18 e 8 anos de serviços, em suas funções, podem ser, automaticamente, promovidos a conselheiros de Estado, no primeiro caso, e a *maîtres*, no segundo.

Outrossim, pelo artigo 25 do Decreto 63 767, o governo pode aposentar qualquer membro do Conselho antes da idade normal.

8 — O Conselho de Estado tem *atribuições consultivas* e *atribuições contenciosas*. Daí, a divisão de sua estrutura em seções administrativas e seção do contencioso.

8.1 — As *funções administrativas* englobam as referentes à sua participação na função legislativa propriamente dita (pois dá o Conselho pareceres sobre projetos de leis, redige-os), na feitura de regulamentos (sobre os quais dá parecer), e as relativas à matéria administrativa (pois, por exemplo, em alguns casos, o parecer favorável do Conselho de Estado é indispensável para a prática de certos atos administrativos).

8.2 — Interessam-nos, mais diretamente, as *atribuições contenciosas*, as *atribuições jurisdicionais*.

Antes da citada Reforma de 1953, como vimos, o Conselho de Estado era o tribunal administrativo de direito comum: só aqueles casos que, expressamente, fôsem da competência de outro juiz administrativo, é que não seriam de sua alçada.

É bem conhecido, entretanto, conforme salientamos, o acúmulo de serviço que resultou daí, transformando dita Reforma o Conselho em juiz de atribuição, cuja competência vem taxativa, exaustivamente prevista em lei.

8.3 — Como tribunal de primeira e última instância, reservou-lhe o decreto de 30 de setembro de 1953 certos litígios, considerados muito importantes para serem julgados por um tribunal administrativo ou difíceis de serem distribuídos por estes, segundo os princípios da competência territorial.

São assim submetidos diretamente ao Conselho de Estado, entre outros: a) *os recursos por excessos de poder, que visem à anulação de um decreto*, e os litígios relativos à situação individual dos funcionários nomeados por decreto, o contencioso da eleição dos eleitores presidenciais e o da designação dos membros do Conselho Econômico, que são os exemplos da primeira hipótese mencionada; b) *os recursos contra os atos cujo campo de aplicação estende-se além da jurisdição de um tribunal e os litígios nascidos fora do território nacional* (como os litígios entre os Estados e os concessionários da exploração petrolífera do Saara), que são os de difícil caracterização territorial.

Por outro lado, o decreto n.º 1 509, de 27 de dezembro de 1960, estabeleceu, em princípio, que, havendo conexão entre dois litígios, um da competência do Conselho de Estado, o outro, de um tribunal administrativo, o Conselho se torna, também, competente quanto a este, tendo sido o processo organizado, de modo a permitir tal expediente.

8.4 — O Conselho de Estado age, por outro lado, como Tribunal de Apelação, sendo o correspondente, no Contencioso Administrativo, à Corte de Apelação da Justiça Comum.

Teremos ocasião de enumerar os órgãos da Justiça Administrativa que estão hierarquicamente subordinados ao Conselho de Estado, por via de apelação, dos quais se destacam os tribunais administrativos como jurisdições de direito comum. Em regra, o Conselho de Estado é, de acordo com o decreto de 30 de setembro de 1953, tribunal de apelação com relação às decisões dos tribunais administrativos e dos conselhos do contencioso administrativo dos territórios de ultra-mar, e outros. A apelação é sempre possível, aliás, por menor que seja a importância da contenda.

8.5 — É, outrossim, o Conselho de Estado, também, tribunal de Cassação (correspondente à Côrte de Cassação da Justiça Comum), com relação a tôdas as jurisdições administrativas que decidem em última instância.

Teremos oportunidade, igualmente, de enumerar aquêles órgãos hierárquicamente subordinados ao Conselho de Estado, por via da cassação, tais como o Tribunal de Contas e outros.

Tal recurso não necessita de base expressa em lei, em virtude de um princípio geral de direito: só está excluído, se o legislador o faz, expressamente. Aliás, o Conselho de Estado tem decidido que, mesmo se a lei considera as decisões de uma jurisdição administrativa, em última instância, como *definitivas*, cabe a cassação, pois esta expressão não a exclui.

O recurso de cassação cabe, igualmente, contra as decisões das jurisdições administrativas dos Estados da novel Comunidade Francesa de Nações.

8.6 — Finalmente, há atribuições contenciosas ligadas à função de *inspeção permanente das jurisdições administrativas*, também confiada ao Conselho de Estado.

9 — Vistas, assim, as atribuições jurisdicionais do Conselho de Estado, deve ser assinalado que é a sua *seção do contencioso a formação* especializada no julgamento dos recursos contenciosos, colocando-se ao lado das *seções administrativas*, cujas atribuições são as vistas anteriormente.

A seção do contencioso está subdividida, atualmente, em razão do Decreto 63 766 já indicado, em nove subseções (o número anterior era onze).

Segundo o artigo 28 daquele Decreto, a composição da seção em tela é a seguinte: um presidente, dois presidentes adjuntos, um Conselheiro de Estado presidente e dois conselheiros assessores para cada uma das nove subseções; além dos conselheiros de Estado, instrutores e auditores com suas funções típicas.

Quanto à instrução dos feitos, o órgão dedireito comum é a *subseção*. No tocante ao julgamento, já o são as *subseções reunidas*, que, pelo art. 38 do aludido Decreto 63 766, são órgãos formados de duas ou três subseções reunidas, completadas por um dos conselheiros dos que atuam, ao mesmo tempo, em seções administrativas e na do contencioso.

Houve, com a última Reforma, o abandono da distinção anteriormente existente entre o assim denominado *grande contencioso*, constituído por subseções reunidas, e o *pequeno contencioso*, formado, apenas, por uma subseção.

Atualmente, as *subseções reunidas* são formadas duas a duas, do seguinte modo: a primeira com a segunda; a terceira e a décima; a quarta com a décima primeira. As 5.^a e 6.^a subseções foram supressas; e as 7.^a, 8.^a e 9.^a constituem o *contencioso fiscal*.

Além das *subseções reunidas*, existem como órgãos de julgamento a *seção do contencioso*, como tal, e a *assembléa do contencioso*.

A *seção do contencioso*, como órgão de julgamento, tem a sua mesma composição como órgão de instrução, mais 2 conselheiros, dos que servem, ao mesmo tempo, em seções administrativas e na do Contencioso.

A *assembléa do contencioso* mudou muito com a última reforma. O artigo 41 do Decreto 63 766 diminuiu o efetivo, deixando de ser plenário. Hoje compõe-se do vice-presidente do Conselho de Estado, cinco presidentes de seção, 2 presidentes-adjuntos da seção do contencioso, do presidente da subseção, baseado em cujo relatório é julgado o caso, e de um relator.

10 — Como já assinalamos, a recente reforma de 1963 procurou, como dizem os autôres franceses, acentuar a osmose entre as seções administrativas e a seção do contencioso, para reforçar a natureza administrativa do juiz do contencioso.

A grande inovação consistiu na criação de um *peçoal misto*, membros vinculados a um só tempo, e de forma permanente e regular, à seção do contencioso e a uma seção administrativa. Antes, consoante os artigos 33 e 39 — 3.^o da ordenação de 31-7-45, o pessoal misto que havia, era limitado em número, e a sua dupla vinculação, de caráter facultativo; agora, na maior parte, a dupla vinculação é permanente, imperativa e orgânica, tendo constituído tal mudança verdadeira revolução.

O artigo 2.^o, alínea 2, do Decreto 63 766 estabelece que:

“Os conselheiros de Estado em serviço ordinário são vinculados, quer a uma seção administrativa, quer à seção do contencioso, quer, a um só tempo, a uma seção administrativa e à seção do contencioso”.

A respectiva alínea 4 prevê, de forma imperativa, a vinculação mista para a maioria dos *maîtres de requêtes* e auditores.

No total, a seção do contencioso compreende 12 conselheiros de vinculação puramente contenciosa e 24 mistos, sendo 10 do grupo obrigatório e 14 do facultativo.

Destarte, na formação dos órgãos judicantes, o *personal misto* tem um pêso preponderante do ponto-de-vista numérico, o que se reflete, por via de consequência, nas suas decisões.

11 — Visto, em linhas gerais, o Conselho de Estado Francês, como órgão de cúpula da Justiça Administrativa gaulesa, focalizemos, ainda que sumariamente, os órgãos com relação a êle hierarquicamente inferiores, no Contencioso Administrativo daquele país.

11.1 — Fixemos, em primeiro lugar, as jurisdições subordinadas ao Conselho de Estado *por via de apelação*.

11.1.1 — Nesta categoria estão os denominados *tribunais administrativos* (até 1953, *conselhos de prefeitura*), que são, atualmente, as *jurisdições de direito comum*, em primeira instância. São em número de 28 e recebem o nome da cidade em que têm a sua sede (Tribunal Administrativo de Paris; 23 da Metrôpole; 4 de Ultramar).

Focalizemos a competência dêsses tribunais administrativos.

Quanto à *competência "ratione materiae"*, é uma competência residual, pois são tribunais de direito comum.

Com a reforma de 1953, a grande maioria dos processos administrativos é julgada, em primeira instância, pelos tribunais administrativos, cabendo citar, como uma das marcantes características de suas atribuições, o princípio, no caso, absoluto, de que o juiz da ação é o juiz da exceção e das questões prejudiciais.

A *competência territorial* de cada tribunal está regulada pelo R.A.P. de 28 de novembro de 1953, representando tal questão um problema muito delicado e tendo sido a grande preocupação a de descongestionar, ao máximo, o Tribunal Administrativo de Paris.

Ao contrário do que ocorre com o processo civil comum, o R.A.P. de 1953, em seu artigo 5.º estabeleceu as seguintes regras:

“A competência territorial dos tribunais administrativos é de ordem pública; as regras de competência vinculam os tribunais administrativos, que devem opor, ainda que

de ofício, sua incompetência. Salvo em matéria de compra, contratos ou concessões, a competência territorial não pode ser objeto de derrogações, mesmo por via de eleição de domicílio ou de acôrdo entre as partes”.

Estabelecido êste princípio geral, o R.A.P. instituiu, pormenorizadamente, as regras de competência territorial dos tribunais administrativos.

Em geral, o tribunal administrativo territorialmente competente é aquêle em cuja jurisdição tem sua sede a autoridade que tomou a decisão atacada ou assinou o contrato objeto do litígio.

A aplicação desta regra principal, dada a centralização administrativa que caracteriza a França, ocasionou um resultado desastroso: o congestionamento do tribunal administrativo de Paris. O congestionamento não é ainda maior, em função da regra geral acima enunciada, relativa à ordem pública da competência territorial dos tribunais administrativos, e das regras especializadas acerca da competência com relação a certos litígios. É o caso das questões sobre imóveis, como as relativas a declaração de utilidade pública, domínio público, destinação de imóveis, urbanismo, permissão para construir, etc., casos em que a competência é dada pela situação do imóvel; das ações de responsabilidade relativas a um dano causado por um fato material, em que competente é o tribunal administrativo do lugar onde se produziu o fato lesivo; do contencioso individual dos funcionários, onde a competência é do local de afetação dêste funcionário, etc.

Tais exceções ao princípio da competência geral foram precisadas e desenvolvidas pelo decreto n.º 1 510, de 27 de dezembro de 1960.

Por outro lado, desde que dois litígios conexos estejam vinculados a dois tribunais administrativos diferentes, o decreto n.º 1 508, daquela mesma data, regulou a centralização dos dois, perante um só, designado pelo presidente da seção do contencioso do Conselho do Estado.

Além da competência contenciosa, os tribunais administrativos conservam algumas atribuições consultivas, atualmente muito raras.

11.1.2 — Encontramos, ainda, os *Conselhos do contencioso administrativo da França de ultramar*, como órgãos de cujas decisões cabe apelação para o Conselho de Estado.

São as jurisdições de primeira instância dos territórios franceses ultramarinos. Continuaram, todavia, juizes de atribuições, de competência taxativa.

Com referência à competência dêsses conselhos, devemos dizer que julgam êles o contencioso local, o que interessa às comunas, ou aos territórios de ultramar, tomados *como pessoas jurídicas*, com exclusão dos recursos dirigidos contra o Estado, dos quais os mesmos não podem conhecer, salvo nos casos em que sua competência é excepcionalmente consagrada por um texto legal.

11.1.3 — Em terceiro lugar, também subordinado por via de apelação ao Conselho de Estado, temos o *Conselho das Prêças*, que tem competência para julgamento das causas relacionadas com prêças marítimas.

11.2 — Ao lado das jurisdições aludidas, existem aquelas sujeitas ao contrôle de *cassação* pelo Conselho de Estado.

11.2.1 — Citemos, em primeiro lugar, o *Tribunal de Contas* (“*La Cour des Comptes*”), instituição que, em todos os países que a adotam, com suas vantagens peculiares, sempre provoca debates doutrinários.

Na França, o contrôle da contabilidade pública da despesa, e da aplicação da receita, evitando ou punindo as malversações, foi entregue a uma verdadeira jurisdição, o Tribunal de Contas, a fim de que garantias realmente sérias fôsem dadas ao mesmo.

Com efeito, no julgamento das contas públicas, surgem questões referentes à interpretação de atos administrativos, à apreciação da sua legalidade. Daí, natural fôsse o Tribunal de Contas francês uma verdadeira jurisdição administrativa.

O papel do Tribunal de Contas não é julgar da culpa subjetiva do responsável, mas, unicamente, examinar a regularidade objetiva das contas. Segundo um aforisma clássico, “o Tribunal de Contas julga as contas (“*comptes*”) e não seus responsáveis (“*comptables*”). Aliás, as contas públicas lhe são automaticamente submetidas, quer seja, ou não, sua regularidade contestada.

Daí, inclusive, a distinção entre as noções de *jurisdição* e de *contencioso*: pode não haver êste, isto é, não haver litígio, mas há, sempre, ato jurisdicional, pois que a decisão do Tribunal tem a autoridade da coisa julgada, sendo proferida em nome do Estado.

A jurisdição do Tribunal de Contas, em primeira e última instância, é a regra para tôdas as contas do Estado, dos departamen-

tos, etc. Em certos casos, o Tribunal atua, somente, em caso de apelação.

A competência do Tribunal é de direito comum (lei de Vichy, de 14 de abril de 1941), o que o fez estendê-la até às Câmaras de Comércio.

Quanto às decisões, deve ser salientado que são as mesmas soberanas com relação à matéria de fato. Só são suscetíveis de recurso de *revisão*, perante a própria Côte, o que é uma forma de *retratação*; e de recurso de *cassação* por vício de forma, violação da lei ou incompetência, a ser julgado pelo Conselho de Estado, e que cabe, apenas, das decisões definitivas, inclusive das dos recursos de revisão. No caso de cassação, pode haver devolução para uma outra Câmara (diferente da que julgara o caso, anteriormente) da Côte, Câmara esta que está obrigada a seguir o entendimento jurídico, a doutrina, do acórdão de cassação, a fim de evitar infundáveis cassações (decisão *Botta*, de 8 de julho de 1904); ou pode não haver devolução, se o Conselho de Estado julgar que nada há de decidir, como no caso de ser cassada a decisão da Côte de Contas, por ser esta incompetente.

11.2.2 — Ao lado do Tribunal de Contas, existem no Contencioso Administrativo Francês, como jurisdições subordinadas ao Conselho de Estado, por via de cassação: a *Côte de disciplina orçamentária*, que tem por objeto punir irregularidades orçamentárias praticadas pelos ministros, funcionários e agentes públicos, como também pelos agentes dos organismos submetidos ao contrôle do Estado ou beneficiários da ajuda financeira dêste: o *Conselho Superior da Educação Nacional e outras jurisdições universitárias*; o *Conselho de Revisão*, as *jurisdições de pensões*, as *jurisdições de danos de guerra*, o *Conselho Superior da Ordem dos Farmacêuticos*.

IV — Os Limites da Jurisdição do Contencioso Administrativo Francês

12 — Expostos os princípios gerais e a estrutura atual da *Justiça Administrativa Francesa*, compete-nos, em seguida, abordar um tema fundamental no sistema de dualidade de jurisdição: os limites do contencioso administrativo, a discriminação de sua competência com relação à chamada *Administração Ativa* e à *Justiça Comum*.

12.1 — Focalizemos, de início, a separação entre a *Justiça Administrativa Francesa* e a *Administração Ativa*, o problema que mais preocupa os juristas e estudiosos dos países de jurisdição una, quando abordam o sistema de dualidade, servindo, inclusive, para argumento contra o mesmo, se bem que, como veremos, na França, na prática, os perigos apontados por seus opositores não se apresentam.

A Justiça Administrativa caracteriza-se por sua autonomia orgânica, separada e independente que é da Justiça Judiciária e da Administração Ativa.

Na evolução histórica do contencioso administrativo francês, foi sentida a necessidade de não ser a Administração ao mesmo tempo, parte e juiz. Daí, a outorga paulatina da mais ampla autonomia da Justiça Administrativa frente àquela.

Tal autonomia teria de manifestar-se, sobretudo, na *independência* ou *separação* no tocante à *composição do pessoal* de cada um desses organismos, *no estatuto deste pessoal*, e na *especialização* na função jurisdicional da Justiça Administrativa.

12.1.1 — Na questão da *composição* do pessoal dos dois organismos, vê-se que os *administradores ativos* têm sido, progressivamente, eliminados das principais jurisdições administrativas. Tal ocorreu com o Chefe de Estado, com os ministros, com os prefeitos, que presidiam os conselhos de prefeituras, mas que desta função foram afastados, em 1926. Atualmente, apenas os tribunais administrativos de competência muito especial (jurisdições universitárias, profissionais, conselhos de revisão) não são compostos de funcionários especializados na atividade jurisdicional.

12.1.2 — *Quanto às suas prerrogativas estatutárias*, os juizes administrativos, principalmente os membros do Conselho de Estado, têm poderosas garantias de independência.

Antes da Reforma de 1963, que, como já indicamos, cuidou do problema da independência e autoridade da Justiça Administrativa, os membros do Conselho de Estado eram *quase-inamovíveis*. Tinham uma inamovibilidade de fato, reflexo de sua natureza judiciária, em sentido material; e amovibilidade de direito, corolário de sua natureza administrativa.

Os textos de julho de 1963 reforçam o critério da *inamovibilidade de fato*, embora revoguem, expressamente, o artigo 17 do de-

creto de 31-7-1945, referente à demissão dos membros do Conselho de Estado.

Os artigos 13 e 14 do Decreto 63 767 estatuem que os membros do Conselho de Estado podem ser destituídos.

Antes, porém, da sanção de demissão, o citado artigo 13 prevê uma gama de penalidades mais leves, quais sejam, a *advertência*, a *repreensão*, e a *exclusão temporária das funções*, no limite máximo de seis meses.

A advertência e a repreensão podem ser impostas, diretamente pelo vice-presidente do Conselho de Estado. A exclusão e a destituição são impostas pela autoridade investida do poder de nomeação, segundo proposição do Ministro da Justiça, após parecer da comissão consultiva, instituída pelo artigo 5.º do Decreto 63 766.

Há, é claro, ao lado do problema da independência dos membros do Conselho de Estado frente ao govêrno, o relativo à política em geral.

Assim, o artigo 2.º do Decreto 63 767 impõe àqueles membros respeito à sua dignidade e independência, na escolha das atividades científicas, artísticas, literárias, que lhes são permitidas. O artigo 4.º proíbe manifestações políticas incompatíveis com a discricção que suas funções lhes impõem.

As alíneas 3 e 5 do artigo 22 dão ao Primeiro Ministro a prerrogativa de punir qualquer membro do Conselho de Estado, colocando-o em disponibilidade, desde que sua atividade seja considerada inoportuna ou contrária ao interesse público.

Certos autores chegam a afirmar que a reforma de 1963 reforçou, acentuadamente, o dever de “discricção política”, elevando-a a um nível de verdadeira obrigação de fidelidade ao govêrno.

Em verdade, os membros do Conselho de Estado que obtenham um mandato parlamentar, são afastados de suas funções durante o mesmo, estando obrigados, outrossim, a respeitar, na medida em que seja compatível com o seu exercício, os deveres decorrentes de sua posição de membros do Conselho de Estado (artigo 3.º do Decreto n.º 63 767).

Se a atividade parlamentar dura duas legislaturas, ou nove anos, o Govêrno pode impedir a reintegração automática do membro do Conselho, colocando o ex-parlamentar à disposição de um Ministro (artigo 18 do Decreto 63 767).

12.1.3 — Por outro lado, a confusão entre a ação administrativa e a justiça administrativa restabelecer-se-ia se o juiz, além de julgar, também exercesse o papel de administrador, quer agindo em lugar da própria Administração (como se êle substituísse a decisão que anulou), quer dando-lhe ordens (como obrigando-a a dar uma autorização negada ilegalmente, tendo a recusa sido por êle anulada). Destarte, perante a administração ativa, os poderes do juiz são limitados: êste só pode anular os atos daquela, que deduz, por si mesma, as conseqüências da anulação; ou, então, condena-a a indenizar os que foram por ela ilícitamente lesados.

Finalmente, deve ser salientado que há, não obstante, uma aproximação entre o Contencioso Administrativo e a Administração Ativa, quando se trata da competência consultiva das jurisdições administrativas. Isso não compromete, todavia, a separação entre ambas, pois se trata de simples consultas ou pareceres, e não de administração ativa propriamente dita; pelo contrário, como já se fez ver, e procurou realizar a reforma de 1963, é útil tal sistema à Justiça Administrativa: com efeito, esta se torna familiarizada com os problemas da Administração Ativa, sem que se sinta, porém, solidária com a mesma.

12.1.4 — Em suma, podemos afirmar que, na realidade, mostram e festejam os estudiosos da matéria a independência e o liberalismo da Justiça Administrativa Francesa, em que os administrados franceses confiam, e que tem contribuído, de forma inestimável, para o desenvolvimento e o enriquecimento não só do Direito Administrativo Francês, como o de todo o mundo.

12.2 — Fixemos, agora, outra questão basilar: a discriminação entre as competências da *Justiça Comum* e da *Justiça Administrativa*.

12.2.1 — Salientam os autores franceses, de início, ser êste um problema realmente difícil, dada a incerteza que há quanto aos limites das respectivas competências, comum e administrativa.

Com efeito, a existência de duas ordens de jurisdição acarreta o problema da exata delimitação de suas respectivas competências, ao qual o legislador nunca deu uma resposta abrangente e definitiva: pelo contrário, vagos e negativos, predominam, ainda, os textos revolucionários de interdição de julgamento dos litígios administrativos pelas autoridades judiciárias.

Daí, os freqüentes conflitos de jurisdição, cuja disciplina veremos mais adiante.

Na presente oportunidade, versaremos as regras de delimitação da competência da jurisdição administrativa, isto é, quais são as ações que seus autores devem propor perante a mesma.

12.2.2 — Deve ser assinalado, em primeiro lugar, que a discriminação das respectivas competências tem um caráter de ordem pública, isto é, inderrogável por acôrdo entre as partes. Em segundo lugar, mister se faz seja salientado que a determinação da competência deriva da natureza da ação intentada, da causa jurídica da demanda, da pretensão do autor.

Para a delimitação, na prática, das respectivas competências, pode haver, falando-se de um modo geral, duas orientações: ou a lei enumera, expressamente, as mesmas; ou o legislador adota um princípio geral, uma *cláusula geral de competência*, reguladora da matéria, o que dá um campo maior à interpretação do juiz.

Como vimos acima, na França, o sistema da enumeração legislativa, é insuficiente, só atuando no caso das jurisdições de atribuições. Fora daí, há, apenas aquela cláusula geral de competência das leis revolucionárias de 16/24 de agosto de 1790 (artigo 13: “Os juizes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de nenhum modo que seja, as operações dos organismos administrativos”) e a lei de 16 do fructidor do ano III (“... nem chamar perante si os administradores, em razão de suas funções”).

São, portanto, as regras de competência da jurisdição administrativa complexas, de difícil precisão, mas de importância fundamental, pois constituem a base do Direito Administrativo Francês, no sentido, inclusive, de ser êle, ou o Direito Privado, o aplicável a um determinado litígio.

É que se, por sua própria definição, a competência do contencioso administrativo francês limita-se aos litígios nascidos da ação da administração, só lhe dizem respeito, dentre tais litígios, os que se regulam pelo Direito Administrativo, e não pelo Direito Privado.

12.2.3 — Os autores franceses mostram que, historicamente, houve uma evolução das regras sobre a competência da Justiça Administrativa, ora ampliada, ora restringida, em função de causas jurídicas e práticas.

Segundo a concepção inicial, na primeira metade do século XIX, a competência da Justiça administrativa francesa foi esten-

dida ao máximo, dadas as razões de ordem político-jurídica por nós salientadas e daí, serem, à época, subtraídos aos juízes judiciários todos os processos nos quais estivesse presente a Administração Pública.

No curso do século XIX, passou, porém, a ser feita a distinção entre os *atos de império* e os *atos de gestão*, só sendo o Contencioso Administrativo competente para conhecer dos primeiros, o que reduzia, sobremodo, suas atribuições.

Mas tais atribuições eram, por outro lado, estendidas pela aplicação da chamada teoria do *Estado-devedor*, através da interpretação da lei de 26 de setembro de 1793, segundo a qual havia a interdição de os tribunais judiciários conhecerem qualquer ação tendente a uma condenação pecuniária do Estado (excluindo-se as coletividades locais).

Além disto, ao lado do *contencioso administrativo por natureza*, baseado no critério dos *atos de império*, havia o *contencioso administrativo por determinação legal*, fundado no arbítrio do legislador.

Foi por ocasião do famoso julgado *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, em 1873, que tais critérios foram definitivamente abandonados, substituídos, então, pelo do *serviço público*, competindo aos tribunais administrativos “tudo que concerne à organização e ao funcionamento dos serviços públicos, quer a administração aja por meio de contratos, quer proceda como autoridade” (caso *Terrier*, 1903).

A existência da jurisdição administrativa passou a justificar-se pela idéia de que era consequência do particularismo do Direito Administrativo, e de que, tratando-se de aplicar normas próprias deste Direito, deveria limitar-se ao campo dos serviços públicos, só não abrangendo as atividades privadas da Administração. Tal concepção aumentou, sensivelmente, a competência da jurisdição administrativa, pois os serviços públicos formavam a parte mais volumosa das atividades públicas, com a única restrição de que a Administração podia empregar, voluntariamente, para a gestão de ditos serviços, processos de Direito Privado.

Segundo os autores franceses, a tendência posterior à guerra de 1914-1918 tem sido a limitação da competência da jurisdição administrativa, pelo advento da concepção da gestão privada dos *serviços públicos*. Além de tal razão de ordem jurídica, deve acrescentar-se uma de ordem prática, qual seja a proliferação dos ser-

viços públicos, o que acarretou o congestionamento do contencioso administrativo francês.

As principais manifestações de tais limitações foram, a partir da, aludida Grande Guerra, a outorga aos tribunais judiciários da quase totalidade dos *serviços públicos industriais ou comerciais* e de uma parte dos serviços públicos gerida por novos tipos de organismos privados ou por organismos de caráter profissional.

12.2.4 — Os princípios dominantes, atualmente, na delimitação da competência do contencioso administrativo francês são, em verdade, complexos, mas podem ser reduzidos a algumas regras gerais.

a) — A primeira regra que pode ser enunciada é a que estabelece serem sempre os litígios entre as pessoas de Direito Privado, entre particulares, da competência dos tribunais judiciários, ou, *contrario sensu*, o contencioso administrativo só é competente para julgar os litígios nos quais haja uma pessoa de Direito Público em causa.

As exceções a tal princípio não são numerosas nem importantes. Entre as mesmas, podemos citar os litígios contra o Banco de França, pessoa jurídica de direito privado, e seus agentes (decreto de 31 de dezembro de 1936, artigo 95); litígios entre o concessionário de u'a mina e seu inventor, referentes à indenização que lhe é devida (Código de Minas, artigo 25); e, principalmente, as ações dirigidas por particulares contra os empreiteiros e concessionários de obras públicas, em função de danos causados pelas mesmas.

Quanto às pessoas privadas que gerem serviços públicos e às pessoas jurídicas profissionais, não têm ainda as mesmas a sua natureza jurídica, pública ou privada, bem precisada pela jurisprudência: os seus litígios com particulares que digam respeito à gestão do serviço a seu cargo e ponham em jôgo a aplicação do Direito Administrativo, são da competência dos juízes administrativos (julgados *Monpeurt*, de 31-7-1942; e *Bouguen*, de 2-4-1943, ambos do Conselho de Estado).

b) — A segunda regra consiste no princípio de que todo litígio que visa à anulação de um ato administrativo é da competência exclusiva da jurisdição administrativa, sendo incompetentes os tribunais judiciários para julgar da legalidade de tal ato, seja regu-

lamentar, seja individual, salvo por via de exceção, e, apenas, em matéria penal ou fiscal.

Em verdade, a possibilidade de anulação de um ato administrativo por um tribunal judiciário seria entrar em choque com os princípios das leis de 1790 e do ano III, contrários à perturbação da atividade administrativa pelos juízes.

Daí, não poder um tribunal judiciário modificar um ato administrativo.

Mas são competentes tais tribunais para julgar da existência de um ato administrativo. Aliás, foi para permitir aos tribunais judiciários o conhecimento das nulidades mais flagrantes dos atos administrativos, evitando, assim, que tais tribunais tivessem que declinar, no particular, de sua competência em favor dos tribunais do contencioso administrativo, que se desenvolveu, no Direito Administrativo Francês, a teoria da inexistência dos atos administrativos, distinguindo-a da nulidade, como um grau mais grave, evidente, extremo desta. Esta teoria, dado o nosso sistema de unidade de jurisdição, não tem cabimento no Direito Administrativo Brasileiro.

A interdição aos tribunais judiciários de apreciar a legalidade dos atos administrativos é geral, isto é, opera, mesmo quando tal apreciação fôr incidente. Com efeito, os tribunais judiciários podem ficar, em um processo, frente a uma questão, sobre a legalidade de um ato administrativo cuja aplicação lhes é pedida, e cuja legalidade a parte contrária contesta, por meio de exceção. Mas, sabemos, um tribunal judiciário não pode julgar da nulidade de um ato administrativo, o que resulta, notadamente, de uma decisão fundamental do Tribunal de Conflitos (a qual caracterizaremos mais adiante), de 16-6-1923, no caso *Septfonds*: cabe, tão somente, à jurisdição administrativa conhecer da legalidade, ou não, dos atos administrativos (salvo o caso de inexistência, que vimos acima, e que foi reconhecido pela Corte de Cassação, no caso *Peyrounet*, em decisão de 20-11-1956, onde se ressalva a competência dos tribunais judiciários, se a ilegalidade é manifesta).

Surgindo tal problema, está o juiz judiciário diante de uma questão prejudicial, espécie das *questions préviaes* (assim chamadas, porque à sua solução está condicionado, necessariamente, o julgamento de um processo), cuja resolução, no Direito Francês, escapa à competência do juiz do processo. Como tal solução é, todavia, in-

dispensável ao julgamento da ação principal, o procedimento indicado pelo Direito Francês é o seguinte: o juiz judiciário suspende o processo principal ("*surseoir à statuer*") e remete "a parte mais diligente" (a que julgue ter maior interesse em um julgamento rápido do processo, ou seja, em geral, o autor) a apresentar tal questão perante o tribunal competente, que, em o sendo, não pode recusar-se a resolver tal questão. Uma vez resolvida esta, voltam as partes à justiça comum, que retoma o curso do processo, julgando-o afinal.

Adota-se, destarte, no Direito Francês, o sistema da *prejudicialidade obrigatória*, que se opõe ao da *cognição incidental* (baseada no aforismo segundo o qual o juiz da ação é também o juiz da exceção), ao da *prejudicialidade facultativa* e ao da *remessa facultativa ao juiz competente, após prelibação da seriedade da controvérsia* (que é a usada, por exemplo, pelo Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 92).

Caso especial a ser salientado, nesta ordem de estudos, e apresentando-se como uma exceção à regra geral, segundo a qual os tribunais judiciários não podem julgar da legalidade de um ato administrativo, é o solucionado pelo julgado *Barinstein* (decisão de 30 de outubro de 1947, do Tribunal de Conflitos) e de acôrdo com o qual tais tribunais são competentes para apreciar a validade de medidas que correspondem a um atentado grave à inviolabilidade de domicílio particular, e, por conseguinte, à liberdade individual quanto ao aspecto do direito de propriedade.

A questão sobre a ilegalidade de um ato administrativo pode surgir, também, perante os tribunais judiciários repressivos, como, se uma pessoa, acusada de desobedecer a um regulamento de polícia, defende-se, alegando a nulidade do mesmo. Ao inverso do que, como vimos, ocorre no tocante às jurisdições não-repressivas, o princípio predominante, agora, é o de que o juiz da ação é o juiz da exceção. Pela própria necessidade de não retardar o exercício da repressão penal, reconhece-se a plenitude de jurisdição do juiz penal sobre todos os pontos dos quais depende a aplicação das penas. As soluções atuais resultam do julgado *Avranches et Desmarests*, de 5 de julho de 1951, no qual o Tribunal de Conflitos estendeu as regras deduzidas, anteriormente, do artigo 471-15.º do Código Penal Francês. O progresso trazido pelo julgado acima aludido do Tribunal de Conflitos foi o de que, de acôrdo com o mesmo, os tribunais re-

pressivos podem e devem, sempre, ainda que no caso de ausência de texto, apreciar êles próprios a legalidade de qualquer ato administrativo, desde que condicionante êste do julgamento a ser pronunciado.

A plenitude de jurisdição dos tribunais, mesmo judiciários, em matéria fiscal, foi igualmente afirmada pelo Tribunal de Conflitos no caso *Soc. Pannier*, em um julgado de 27 de outubro de 1931. Os tribunais podem, desta forma, apreciar a legalidade dos atos administrativos em virtude dos quais tal impôsto foi cobrado.

c) — No tocante à interpretação dos atos administrativos, prevalece a regra estabelecida pelo julgado *Septfonds*, do Tribunal de Conflitos, de 16 de junho de 1923.

Segundo tal regra, as jurisdições administrativas e judiciárias são igualmente competentes para interpretar os regulamentos administrativos, nos litígios que lhes estão afetos; apenas as jurisdições administrativas podem, todavia, interpretar os atos administrativos individuais e os contratos administrativos.

A razão da distinção está em que o regulamento é uma lei material, se bem que não formal: se os tribunais podem interpretar e, em verdade, passam o tempo todo a interpretar as leis emanadas do Parlamento, não há razão para que não tenham competência para interpretar um regulamento. Neste campo, há plenitude de jurisdição.

Mas os tribunais judiciários não podem interpretar os outros atos administrativos, prevalecendo, então, aquêle princípio a que nos referimos da prejudicialidade obrigatória, com a devolução da questão ao juiz administrativo competente.

A ressalva a ser feita em tal matéria é a de que é necessário, para que haja tal prejudicialidade, que o ato não regulamentar dê margem a uma controvérsia séria, pois se, como disse o Tribunal de Conflitos, em sua decisão de 10 de fevereiro de 1949, as cláusulas "são claras e precisas", não haverá interpretação, mas aplicação, para a qual os tribunais judiciários são sempre competentes.

A regra da plenitude de jurisdição, no campo da interpretação, opera, igualmente, no caso da interpretação dos tratados internacionais invocados pelas partes em apoio à sua pretensão, desde que somente interesses privados estejam em jôgo; se fôr uma questão de Direito Internacional Público, há a interpretação oficial do governo francês. No caso do Conselho de Estado, que não julga inte-

rêsses privados, a regra é a de que o mesmo não pode contestar a interpretação dada pelo Ministério de Negócios Exteriores, ou, se, esta não existe ainda, o Conselho deve, como questão prejudicial, provocá-la.

d) — A regra seguinte é a de que os litígios oriundos do exercício, por uma pessoa jurídica de Direito Público, de uma atividade análoga às dos particulares, são da competência dos tribunais judiciários, que os julgam com base no Direito Privado. Assim, somente com relação às atividades de tais pessoas, caracteristicamente diversas das dos particulares, é aplicável o Direito Administrativo, e competentes as jurisdições administrativas.

Abandonado, como vimos, o critério do *serviço público*, tornou-se necessária à aplicação da regra acima a fixação de outros critérios que determinassem, com maior precisão, quais as situações regidas, ou não, pelo Direito Administrativo, ou mais exatamente, quando uma atividade da Administração Pública é, ou não, análoga às atividades privadas. É o que veremos, a seguir, discriminadamente.

a') — *Atividades do Estado visando à aquisição de recursos.*

Quando se trata da atividade tributária, inexistente dúvida de não ter esta qualquer analogia com a atividade privada: daí, ser o contencioso fiscal da competência exclusiva dos tribunais da jurisdição administrativa, embora as leis prevejam exceções numerosas e importantes (impostos indiretos, p. ex.).

Com relação aos empréstimos públicos, de Estado, propriamente ditos (e não os comuns, mesmo feitos por pessoas de Direito Público), a competência é da Justiça administrativa, também.

Já no tocante à gestão do domínio público, a competência é dos tribunais judiciários, ainda que se trate de venda de bens, salvo, neste último caso, exceção prevista no artigo 4.º *in fine* da lei de 28 do pluvioso do ano VIII, que atribui aos tribunais administrativos propriamente ditos, antigos Conselhos de prefeitura, competência para o contencioso das vendas de bens imobiliários do domínio do Estado Francês Central.

b') — *Atividades não-administrativas do Estado.*

São aquêles serviços do Estado, os quais, qualquer que seja a noção adotada para serviço público, não têm, evidentemente natureza administrativa.

Destarte, tudo que se refere à organização e ao funcionamento do Poder Legislativo, das assembleias parlamentares, todos os litígios às mesmas relativos escapam à competência das jurisdições administrativas (e, aliás, também, à dos tribunais judiciários).

Não obstante, um contrato relativo ao corte de madeira destinada à construção dos Palácios Bourbon e do Luxemburgo foi considerado um contrato administrativo, tendo sido o respectivo processo de competência da jurisdição administrativa (decisões do Conselho de Estado, nos casos *Chambre des Députés*, de 19/1/1921; e *Ronsin*, de 28/1/1934).

Assim, podemos dizer que escapam à competência do contencioso administrativo os atos legislativos, ou seja, as leis em sentido formal (salvo ações de reparação de danos causados por lei, em casos muito excepcionais, quando é possível tal reparação); todos os atos que concorram diretamente para a elaboração da lei (quer emanem das assembleias ou de órgãos desta, tais como comissões parlamentares, mesa); os atos dos serviços administrativos das assembleias (com a exceção de contratos do tipo aludido acima), tendo, todavia, o decreto n.º 58 —1100, de 17/11/1958, artigo 8.º, subvertido tal regra, pois que o juiz administrativo passou a ser competente para todos os litígios concernentes aos agentes das assembleias (ações de anulação e de indenização), partilhando com o juiz judiciário, tão somente, o conhecimento dos atos de reparação de danos causados pelos serviços administrativos das assembleias; e, finalmente, escapam ao contencioso administrativo os atos do Poder Executivo em conexão com a atividade parlamentar (organização das eleições, convocação do Parlamento, envio de projetos de leis, etc.).

Também os litígios relativos ao funcionamento dos tribunais judiciários, as questões referentes à execução de suas decisões, escapam à competência do contencioso administrativo, pois tal regra é insita ao princípio da independência das duas ordens de jurisdição, não podendo as jurisdições administrativas conhecer de qualquer ato processual, mesmo praticado pela administração, nem de medida alguma de execução de decisões judiciárias, ainda que feita, por exemplo, pela administração penitenciária, embora seja esta um serviço administrativo.

É absoluta a incompetência do Contencioso administrativo, no que concerne a julgamentos, a atos de instrução, à execução, e, inclusive, à polícia judiciária, por oposição à polícia administrativa.

Não obstante, o que se refira, não ao funcionamento, mas à organização dos serviços judiciários é, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Conflitos, da competência do contencioso administrativo (caso *des avoués de Cayenne*, decisão de 27/11/1952). Tal competência abrange a criação e supressão de jurisdições, a carreira e disciplina dos magistrados, mesmo quando a decisão é do Conselho Superior da Magistratura, o qual o Conselho de Estado, à época da Constituição de 1946, reconheceu ter natureza administrativa. Se a decisão, quer relativa à organização, quer de natureza disciplinar, emana de uma autoridade judiciária, cessa a aludida competência.

Outrossim, uma decisão do Tribunal de Conflitos, de 22 de janeiro de 1931, introduziu, nos serviços públicos, uma nova distinção: aquela entre os serviços administrativos (polícia, ensino, etc.), totalmente regidos pelo Direito Público (salvo os casos de gestão privada), e os serviços públicos industriais e comerciais (caso *Colonie de la Côte D'Ivoire*), onde foi dito que, “considerando que, efetuando, mediante remuneração, operações de passagem de um rio a outro, a colônia explora um serviço de transporte, nas mesmas condições que uma indústria comum...”, ou, como se afirma, na maior parte das decisões: “serviço industrial ou comercial gerido dentro das regras de Direito Privado”.

Para o reconhecimento da natureza industrial ou comercial de um serviço público, a jurisprudência não deu uma definição nem a indicação de um critério. Deve-se, por isto, proceder por indução, partindo-se dos casos julgados, onde se encontram certas fórmulas que não devem, todavia, ser generalizadas, mas que dão uma idéia aproximada do que, para os juizes do Tribunal de Conflitos, do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, constitui o critério identificador do serviço industrial ou comercial.

Um critério parece ter sido dado pela decisão do Conselho de Estado, no caso *Stein*, em 20/10/1950: a característica estaria no fato de o funcionamento do serviço com relação aos interessados ser assegurado em condições idênticas às do funcionamento das empresas privadas que realizam as mesmas operações, levando-se em conta as condições de fato e de direito, com a reserva de que, se o vínculo Estado-usuário contém obrigações insuscetíveis de figurar nas avenças civis, ou comerciais, o serviço não é mais comercial nem industrial.

A qualidade de serviço público industrial ou comercial foi atribuída aos armazéns gerais, aos balneários, etc. Segundo os autores franceses, regras análogas devem ser aplicadas aos serviços sociais.

Uma vez reconhecida a natureza industrial ou comercial de um serviço, são, com relação a êle, julgados, com base no Direito Privado, e pelos tribunais judiciários, as respectivas ações de responsabilidade, os litígios relativos ao pessoal, ao mesmo vinculado por um contrato de locação de serviços. Também são reguladas pelo Direito Privado as relações de tal serviço com as outras pessoas de Direito Público, estando ainda sujeito ao Direito Fiscal Comum; os contratos de serviço com os usuários são de Direito Privado, salvo se tiverem, consoante decisão do Conselho de Estado, características de verdadeiros contratos administrativos; finalmente, as decisões dos administradores de tais serviços escapam, logicamente, à competência da jurisdição administrativa.

c') — *Os atos de direito civil praticados por uma autoridade pública.*

Embora gerindo serviços públicos incontestavelmente administrativos, pode a autoridade pública praticar certos atos que são de natureza civil, estando, portanto, sujeitos à disciplina do Direito Civil, como é o caso do prefeito, ou, em Paris, do diretor da Assistência Pública na qualidade de tutor de seus pupilos e na gestão do respectivo patrimônio.

d') — *A gestão privada dos serviços públicos.*

Nas conclusões do caso *Terrier*, em 1903, ROMIEU aludiu à *gestão privada dos serviços públicos*, por oposição à gestão destes serviços, segundo processos de Direito Público.

É que a Administração Pública pode firmar contratos que se denominam administrativos, com *cláusulas exorbitantes do Direito Comum*, regidos pelo Caderno de Obrigações, com condições puramente potestativas, contratos estes regidos, portanto, pelo Direito Público.

Mas quem pode o mais, pode o menos: a Administração pode, em um caso determinado, preferir não usar de tais prerrogativas e firmar um contrato de Direito Privado.

Para se reconhecer tal contrato, é preciso que, em primeiro lugar, não haja qualquer cláusula exorbitante do Direito Comum; preenchida tal condição, deve ser considerada a denominação dada

ao contrato pelas partes, ou verificada a existência de uma cláusula referindo-se a um ramo do Direito Privado, ou uma cláusula atributiva de competência às jurisdições judiciárias.

e) — *A autoridade judiciária é a guardiã das liberdades públicas.*

É a fórmula usada pelo Tribunal de Conflitos e pelos tribunais judiciários, em um grande número de decisões, e reproduzida pelo artigo 66 da vigente Constituição Francesa, de 1958. É a quinta regra.

Com relação às chamadas liberdades públicas individuais, sempre houve certa prevenção contra a jurisdição administrativa, pelo temor de ser ela tendenciosa em favor da Administração, embora, na prática, tal não ocorra.

Mas o fato é que as liberdades individuais são protegidas pelos juízes e tribunais judiciários.

Daí, não haver competência da Justiça Administrativa em matéria penal, como forma de proteção à mais essencial das liberdades públicas: a liberdade pessoal de ir, vir e ficar.

Há uma exceção, neste campo, referente às chamadas *contra-venções de "grande voirie"* (relativas ao domínio público), que dizem respeito à integridade do patrimônio público, como as consistentes em danificar uma obra pública, mesmo involuntariamente, usurpar o solo de uma rua, etc. A competência do contencioso administrativo, quanto a tais infrações, justifica-se pelo cuidado em proteger o domínio público constitucional, tendo as condenações pronunciadas, em tal matéria, a natureza, ao mesmo tempo, de pena e reparação.

Outra garantia das liberdades públicas, protegidas pelos tribunais judiciários, é a exceção de ilegalidade perante os tribunais repressivos e que já foi por nós estudada.

Uma terceira manifestação (muito importante) do princípio de que os tribunais judiciários protegem as liberdades públicas é a teoria dita das *vias de fato*, teoria esta difícil e curiosa.

Diz-se que houve *vias de fato*, quando a Administração Pública atentou, de modo grave, contra uma liberdade individual, contra o direito de propriedade de uma pessoa, por um ato manifestamente ilegal, ou, para empregar a expressão usada em muitas das decisões recentes do Tribunal de Conflitos, por um ato "manifestamente insuscetível de estar vinculado à aplicação de algum texto de lei."

A teoria das vias de fato é obra da jurisprudência, tendo alcançado, consoante já salientamos, uma considerável importância prática.

A Administração Pública, no exercício de suas prerrogativas, pode violar os direitos individuais, a liberdade pessoal ou a propriedade. Dispõem, em tais casos, os administradores dos recursos de anulação e de indenização para o juiz administrativo. Mas, ultrapassado um certo grau de irregularidade, considera-se que a Administração afastou-se do cumprimento de suas funções: daí, ser tida a sua atuação, no particular, não como o exercício irregular de suas atribuições, mas como um simples fato material, despido de qualquer significação jurídica. Não poderá, portanto, a Administração prevalecer-se do princípio da separação da jurisdição administrativa, pois o ato perdeu tôdas as características de ato administrativo; foi de tal maneira desnaturado, que é ao juiz judiciário que compete assegurar a proteção do jurisdicionado.

Para que fiquem caracterizadas as vias de fato, três elementos mister se faz estejam reunidos: *uma operação material de execução*, não bastando existir uma decisão, admitindo, todavia, a jurisprudência a *ameaça precisa de execução*; *uma violação*, em decorrência de tal operação, à propriedade imobiliária ou mobiliária, ou a uma liberdade fundamental, dentro do princípio geral que está sendo por nós, neste instante, estudado, qual seja o de que está reservada ao Poder Judiciário a proteção da propriedade e dos direitos individuais fundamentais; *um vício jurídico, suficientemente grave* para desnaturar a operação, tirando-lhe o caráter administrativo, não bastando para isto uma simples irregularidade. As vias de fato podem resultar quer da execução de uma decisão manifestamente irregular (que deve ser *manifestamente insuscetível de estar vinculada à aplicação de um texto legislativo ou regulamentar*), quer da execução manifestamente irregular de uma decisão, relacionando-se com a teoria da *execução forçada*, pela qual as vias de fato podem resultar da ausência total de decisão anterior, da desproporção entre a medida tomada e o fim visado, etc.

Circunstâncias excepcionais (caso *Dame de la Murette*, decisão do Tribunal de Conflitos, de 27 de março de 1952), podem evitar o reconhecimento das vias de fato, passando a existir tão somente uma simples ilegalidade, da competência do Contencioso Administrativo.

Os efeitos da ocorrência das vias de fato são de tríplex aspecto: o juiz judiciário é o único competente para reconhecê-la e reparar-lhe as conseqüências indenizáveis; para tal, dispõe êle de plenitude de seus poderes jurisdicionais: ordenar a indenização, fazer cessar a materialidade de turbação dos direitos (por expulsão, restituição, demolição, etc.); finalmente, o Direito Civil é aplicado a todos os aspectos do litígio: a vítima pode propor sua ação quer contra a Administração, como preponente, quer contra o agente desta, na qualidade de preposto, sem vinculação à distinção, própria do Direito Administrativo, entre *faltas do serviço* e *faltas pessoais*.

Outra teoria fundamental neste campo de estudo, esta referente, exclusivamente, à propriedade privada imobiliária, é a assim chamada *teoria da ocupação* (“*emprise*”).

Por *ocupação* (“*emprise*”) entende-se a tomada da posse pela Administração, a título provisório, ou definitivo, de uma propriedade imobiliária privada. É regular, se resulta de um procedimento legal, tais como desapropriação, requisição, cabendo aos tribunais judiciários fixar o valor da respectiva indenização. É irregular, se não se baseia em um título legal, sendo, também aqui, da competência do juiz judiciário, na qualidade de *guardião da propriedade*.

Os elementos caracterizados da *imissão irregular* são: o aposamento de um imóvel pela Administração, não abrangendo, portanto, as simples turbações de gozo nem as violações à propriedade mobiliária; o título da imissão tem de ser ilegal, embora mesmo sem a gravidade da necessária à caracterização das vias de fato.

Como conseqüência da *imissão irregular*, temos a assimilação da mesma à regular, no que se refere à competência do juiz judiciário: êste efetiva, sem base em nenhum texto, no primeiro caso, o que a lei lhe confere no segundo, isto é, a fixação da indenização destinada a reparar as conseqüências indenizáveis do desapossamento. Os poderes do juiz judiciário não vão, aliás, além, pois, em caso de contestação, é o juiz administrativo que resolve da legalidade do ato-base da imissão. Tampouco pode fazer cessar a imissão por meio de um mandado, mas apenas condenar a Administração à citada indenização.

O Tribunal de Conflitos precisou a diferença entre as *vias de fato* e a *imissão irregular*, em duas decisões de 17-3-1949 (casos *Sté de l'Hôtel du Vieux Beffroi*, e *Sté Sébastopol*). A segunda só

se aplica à propriedade imobiliária; requer, apenas, uma simples ilegalidade, sendo, com relação à mesma, muito mais estrita a competência judiciária. Mas as duas noções podem coincidir, desde que o vício diga respeito à violação a uma propriedade imobiliária e ultrapasse a simples ilegalidade: em tal hipótese, a noção das vias de fato predomina sobre a primeira, determinando o alargamento da competência judiciária.

f) — Dentro desta mesma ordem de idéias, ainda são da competência dos juízes e tribunais judiciários as seguintes matérias:

I) *As questões de estado civil* (nome, filiação, casamento, etc.), pois segundo o que diz, expressamente, o artigo 326 do Código Civil, todas as ações em matéria de estado devem ser julgadas por um tribunal civil (embora o estado civil seja constatado e consignado, nas registros oficiais, por agentes públicos, os *oficiais do estado civil*).

II) *As questões de nacionalidade*, que são questões julgadas, exclusivamente, pelos tribunais judiciários, sendo as jurisdições administrativas competentes, tão somente, para a apreciação da regularidade das naturalizações e dos decretos revocatórios desta. Mas a nacionalidade das pessoas jurídicas pode ser apreciada, incidentalmente, pelas jurisdições administrativas.

III) *As questões relativas ao eleitorado* das eleições políticas e administrativas.

Já as questões de *elegibilidade* têm um caráter diferente: são da competência das jurisdições administrativas, pois constitui aquela menos um direito, do que o reconhecimento de habilitação para uma função pública, no caso, eletiva. A exceção são as questões de elegibilidade para uma assembléia parlamentar, porque a Constituição dá competência, em tais casos, ao Conselho Constitucional, salvo em se tratando dos conselhos municipais ou gerais, pois, neste caso, a questão cai na órbita das jurisdições administrativas.

IV) *As questões de domicílio*, que são, também, de competência judiciária, salvo se não se tratar de domicílio civil, mas sim de certos domicílios especiais em matéria administrativa, como os fixados pelo Código Florestal, etc., quando, então, a competência é do contencioso administrativo.

g) — A sexta regra estabelece a inocuidade das anteriores frente a um texto expresso de lei formal em sentido contrário.

As regras de competência têm o caráter de ordem pública, exigindo, portanto, uma lei formal (e não um simples regulamento), para fixar e modificar a competência jurisdicional. Tampouco, pode a competência de cada uma das ordens de jurisdição ser derrogada por acôrdo, por contrato entre as partes.

Mas ao legislador é lícito ratificar ou subverter os princípios até aqui enunciados, na determinação da competência de cada uma das ordens de jurisdição.

1) *Competência administrativa por determinação de lei*

Os casos são, realmente, raros. Há, por exemplo, a hipótese, já assinalada, do artigo 4.º da lei de 28 de julho do ano VIII (o contencioso das vendas dominiais, operações, portanto, de Direito Privado, é da competência dos tribunais administrativos), bizzarria de base histórica, reduzida, ao mínimo, pela jurisprudência.

Uma outra hipótese é a prevista no artigo 1.º do decreto-lei de 17 de junho de 1938 (competência dos tribunais administrativos para o conhecimento de todos os processos oriundos de contratos que autorizem a ocupação de uma parcela do domínio público).

2) *Competência judiciária por determinação de lei*

São mais freqüentes, em verdade, as hipóteses de atribuição, pelo legislador, de competência aos tribunais judiciários para decidir questões, no fundo, de Direito Administrativo.

Entre os exemplos que poderiam ser citados, destacam-se:

I) — As causas de acidentes do trabalho ocorridos com o pessoal operário do Estado (lei de 9 de abril de 1898 e lei de 30 de outubro de 1946);

II) — causas de acidentes sobrevindos nas escolas públicas;

III) — em matéria fiscal, todas as reclamações sobre impostos indiretos;

IV) em matéria de seguro social, as causas sobre contribuições de funcionários, etc.

h) — Numa tentativa final de síntese tem sido assinalado que a característica que extrema a atividade administrativa, das atividades privadas, é o exercício da autoridade pública, do poder público. Mas tal critério não é absoluto, nem inteiramente satisfatório, pois há evidentes exceções, tais como as regras especiais sobre a responsabilidade administrativa.

Um único princípio parece ser comum a todos os casos de aplicação do Direito Administrativo e de competência de jurisdições administrativas: a infelizmente muito vaga idéia da *utilidade pública*.

13. — Do estudo feito, até aqui, sobre os limites do contencioso administrativo francês frente à jurisdição judiciária, vê-se que a própria existência de duas ordens de jurisdição e as dificuldades na delimitação da competência de cada uma delas originam os chamados *conflitos de atribuição* entre as mesmas.

Diferente é o *conflito de jurisdição*, que pode ocorrer entre tribunais de u'a mesma ordem, solucionado pelo tribunal superior, não oferecendo problemas dignos de nota.

Quanto aos *conflitos de atribuição*, apresentaram-se eles, desde que, em 1790, proibiu-se o julgamento dos casos que dissessem respeito à Administração pelos tribunais judiciários.

Durante a Revolução, a solução escolhida foi a de atribuir ao governo, a uma autoridade política, portanto, o poder de interditar o julgamento, pelos tribunais comuns, de um determinado processo.

Segunda fase adveio, quando uma decisão de 5 do nívoso do ano VIII estabeleceu que o Primeiro Cônsul (ainda, portanto, um órgão governamental), mas, segundo parecer do Conselho de Estado, em cada caso concreto, determinava se os tribunais podiam, ou não, conhecer de um caso, o que representava um progresso na evolução do problema.

Mas, se o Conselho de Estado transformava-se, cada dia mais, numa jurisdição administrativa, o conflito desta com a comum não devia continuar-lhe afeto.

Por isto, a Constituição de 1848, em seu artigo 89, estabelecia que:

“Os conflitos de atribuições entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária serão regulados por um tribunal especial composto de membros da Côte de Cassação e de Conselheiros de Estado, designados para cada período de três anos, em número igual, pelos respectivos órgãos. Esse tribunal será presidido pelo Ministro da Justiça”.

É que, conforme já salientamos, de 1849 a 1852, tivemos uma breve fase de *justiça delegada*. Com a volta ao sistema da “*justice*

retenué”, determinou um decreto de 28 de fevereiro de 1852 o retorno ao julgamento dos conflitos em questão, pelo Chefe de Estado, ouvido o Conselho de Estado.

A solução definitiva do problema deu-se com a lei de 24 de maio de 1872, que reconheceu a necessidade de atribuição de caráter jurisdicional ao órgão que decidia os conflitos e a autoridade de coisa julgada às suas decisões, criando-se, então, um tribunal especial: o *Tribunal de Conflitos* (já por nós muito citado), que é competente para determinar as respectivas competências das duas ordens de jurisdição, sendo, ao contrário, absolutamente incompetente, para lhes impor sua própria interpretação, no que diz respeito à matéria de fundo.

O Tribunal de Conflitos tem uma composição paritária, pois é constituído por três conselheiros da Côte de Cassação, e de três conselheiros de Estado, eleitos por três anos pelas respectivas Côrtes. Estes seis membros elegem, por sua vez, dois outros membros, geralmente, mais um conselheiro de cada uma daquelas Côrtes.

Sendo par o número de componentes do Tribunal, haveria a possibilidade de empate. Daí, ter a lei de 24 de maio de 1872, no seu artigo 5.º, estatuído que, em tal hipótese, o Tribunal pediria ao Ministro da Justiça para presidí-lo e para dar o voto de Minerva, tendo sido de sete, apenas, desde 1872, os casos de empate no aludido Tribunal.

Além disto, junto ao Tribunal de Conflitos, há um Ministério Público.

13.1 — Os conflitos podem ser *positivos* e *negativos*.

Ocorre o *conflito positivo de atribuição*, quando uma jurisdição judiciária, procurada por um autor, declara-se competente, e a Administração contesta tal competência, por achar ser o juiz administrativo o competente. Ou, então, por ser invocada a *teoria do ato de governo*, quando a Administração declina da competência judiciária, não em prol da competência administrativa, mas em virtude de uma imunidade total de jurisdição (decisão do Tribunal de Conflitos de 2-2-1950, no caso *Radio diffusion française*).

Daí, ter o conflito positivo um aspecto protetor, não da jurisdição administrativa, mas da Administração, possuindo um caráter unilateral.

O seu processo compreende duas fases: a suscitação do conflito (sòmente o prefeito do departamento onde o litígio nasceu tem legitimação para fazê-lo) e o seu julgamento.

Os *conflitos negativos* ocorrem, quando um autor propõe sua ação perante um tribunal judiciário, e este se declara incompetente, pois acha que é o juiz administrativo o competente; dirige-se o autor a este, que também se julga incompetente, ocorrendo uma verdadeira denegação de justiça.

Neste caso, o último tribunal a julgar-se incompetente (e não o autor da demanda) devolve, obrigatoriamente, ao Tribunal de Conflitos a decisão sòbre a competência, ficando a demanda suspensa até o pronunciamento do mesmo.

13.2 — É o Tribunal de Conflitos o regulador supremo das competências, não lhe dizendo respeito resolver as contradições que possam existir entre as jurisprudências administrativa e judiciária, sòbre os problemas de mérito dos vários litígios. Assim, o juiz administrativo, por ocasião de um recurso por excesso de poder, pode considerar legal um regulamento de polícia, que o juiz judiciário repressivo, chamado a julgar as violações ao mesmo, ache ilegal. Não há, no sistema francês, nenhum meio de remediar tais incongruências.

Mas há duas exceções.

Em primeiro lugar, no próprio exercício de sua missão de juiz de competência, é, por vèzes obrigado a decidir questões de mérito: se o conflito é, por exemplo, suscitado em uma ação de responsabilidade dirigida contra um funcionário, a decisão em favor da competência administrativa significa a irresponsabilidade pessoal do funcionário.

Por outro lado, de modo direto, a lei de 20 de abril de 1932, aplicada inicialmente no famoso caso *Rosay*, de 8 de maio de 1933, estatuiu que, em caso onde a contradição de fundo fòsse por demais gritante, era concedida ao Tribunal de Conflitos competência para decidir sòbre o mérito do litígio.

A hipótese concreta que deu lugar à votação da lei e à sua aludida primeira aplicação, foi a seguinte: um particular que ficou ferido, em uma colisão entre uma viatura privada e uma do Estado, pediu reparação pelo dano, perante um tribunal civil, ao proprietário da viatura particular, por êle considerado responsável pelo acidente. O tribunal competente para a decisão de tal litígio entre

os dois particulares julgou-o improcedente, deixando entender que o acidente era atribuível ao veículo oficial. A vítima dirigiu-se, então, ao juiz administrativo, acionando o Estado. Este, por seu turno, julgou a ação improcedente, por ter considerado que o motorista do Estado não teve qualquer culpa.

Ambos os juizes concordavam em que a vítima tinha direito a uma indenização, mas seus julgamentos levaram a uma situação em que a reparação do dano se tornava impossível, uma vez que suas conclusões sòbre a responsabilidade pelo evento eram contraditórias.

A lei de 20 de abril de 1932 foi votada para permitir a solução de tal situação, tendo encontrado, ainda, várias aplicações desde aquela época (como no caso *Thomasson*, decisão do Tribunal de Conflitos, de 12 de dezembro de 1955).

V — As ações perante o Contencioso Administrativo francês

14. — Focalizaremos, agora, outro aspecto basilar de nosso estudo, qual seja o dos recursos, das ações de que dispõe o administrado, na França, para dirigir-se à Justiça Administrativa e provocar-lhe o contròle sòbre a Administração Pública.

É, exatamente, por este modo, que o Direito Administrativo francês tem aperfeiçoado o contròle de legalidade da ação da Administração Pública; mercê, inclusive, do isolamento de novas formas de ilegalidade dos atos administrativos, o que tem permitido o policiamento não só da legalidade extrínseca daqueles atos, mas igualmente de sua legalidade intrínseca. E, daí, a grande influência que o Direito Administrativo francês tem exercido sòbre os outros sistemas jurídicos, mesmo aquêles que, como o nosso, não têm uma Justiça Administrativa autônoma.

Vejamos, assim, os ramos e recursos do contencioso administrativo francês.

15. — O têrmo *recurso* (*recours* ou *requête*) tem entendimento amplo, significando “todo meio pôsto pelo Direito à disposição de uma pessoa, para pedir a correção de uma situação, por uma autoridade pública, enfim, todo sistema de reclamação jurídicamente organizado”.

Compreendem os *recursos*, em matéria de Direito Administrativo Francês, dois grandes grupos: os *recursos administrativos*, di-

rigidos à Administração ativa; e os *recursos contenciosos*, dirigidos a um juiz administrativo.

Destarte, a primeira distinção entre os dois tipos de recursos baseia-se na autoridade à qual é o mesmo dirigida. No caso do recurso administrativo, é um *administrador*, que tanto pode ser o próprio autor do ato sobre o qual versa a reclamação (*recurso gracioso*), ou seu superior hierárquico (*recurso hierárquico*). Já os recursos contenciosos são sempre dirigidos a uma jurisdição administrativa.

Por outro lado, nos recursos administrativos, o jurisdicionado pode invocar um fundamento jurídico, ou mesmo uma razão de oportunidade, podendo pedir, inclusive, um favor. Já os recursos contenciosos fundam-se sempre em violações de direito.

Ainda mais: o recurso administrativo é livre de formalismos e de regras procedimentais, enquanto com os recursos contenciosos ocorre o oposto.

Por outro lado, o *administrador* tem todos os poderes, no sentido de que pode não dar qualquer resposta, rejeitar o recurso, aceitá-lo totalmente, ou em parte, etc. Quanto aos recursos contenciosos, estes obrigam o juiz a decidir, tendo este, todavia, seus poderes limitados, porquanto, por exemplo, não pode julgar *ultra petita*.

Finalmente, os recursos administrativos dão lugar a uma *decisão administrativa*, sujeita ao regime dos atos administrativos unilaterais; já os recursos contenciosos dão origem a uma *decisão jurisdicional*, com a autoridade de coisa julgada.

Assim, podemos ver, embora haja, na França, a Justiça Administrativa, existem, como no Brasil, os recursos às autoridades administrativas propriamente ditas.

JEAN RIVERO apresenta, baseado nos elementos acima expostos, a seguinte definição de *recurso contencioso*: “é aquêlo pelo qual alguém submete a um juiz, segundo as formas legais, uma pretensão jurídica, tendo em vista obter uma decisão jurisdicional”.

Por outro lado, convém assinalar que, embora juridicamente distintos, do ponto-de-vista prático os administrados, uma vez lhes estejam abertas as duas vias, perguntam-se sobre as vantagens de uma e de outra.

O recurso administrativo apresenta as seguintes vantagens: é possível, mesmo após o término do prazo para o recurso contencioso; permite invocar fundamentos mais amplos; e, finalmente, possibilita a obtenção de uma satisfação mais completa.

São suas desvantagens: o administrado não pode estar certo de obter uma decisão; e não apresenta as mesmas garantias de imparcialidade.

Dai, a utilidade de se combinarem os dois recursos, abrindo-se ao administrado as duas vias, e, principalmente, a possibilidade de, em caso de fracasso do recurso administrativo, ir ao juiz.

15.1 — Focalizemos, agora, mais diretamente, os diversos tipos de *recursos contenciosos*, no sistema da Justiça Administrativa Francesa.

O restabelecimento de uma situação conforme o Direito, solicitado pelo autor ao juiz, pode assumir formas variadas: anulação de um ato, condenação a pagar ou a fazer, reconhecimento de uma qualidade jurídica, etc.

Quando se trata de ação da competência do juiz judiciário francês, o fim não implica na mudança dos caracteres da ação proposta.

Perante o juiz administrativo, muito ao contrário, tal unidade não existe, porquanto aos fins objetivados pelo autor correspondem vias próprias, com particularidades processuais obrigatórias, sob pena de rejeição do recurso. Tais vias são os diferentes recursos contenciosos.

A classificação tradicional dos recursos, baseada nos *podêres do juiz*, por ocasião da decisão jurisdicional que tem êle de preferir, agrupa sob quatro rubricas principais as diversas ações que podem ser propostas perante o juiz administrativo, correspondendo cada *espécie de recurso* a um verdadeiro *ramo do contencioso administrativo francês*.

Assim, temos:

a) *Contencioso de anulação*

Pode pedir-se ao juiz administrativo a declaração da ilegalidade de uma decisão administrativa, e, conseqüentemente, sua anulação. A tal objetivo correspondem os *recursos de anulação*, dos quais o *recurso por excesso de poder* é o principal, e cujo conjunto forma o *contencioso de anulação*, detalhadamente estudado mais adiante.

b) *Contencioso de plena jurisdição*

Pode ser pedido ao juiz administrativo que utilize, em prol do restabelecimento de um direito, o conjunto de seus poderes juris-

dicionais — aplicando, inclusive, condenações pecuniárias — e não, apenas, a sua faculdade de anular: é o *contencioso de plena jurisdição*, assim chamados porque põe em ação a plenitude dos poderes do juiz administrativo, na forma pela qual a lei os delimitou.

Este contencioso será estudado, um pouco mais pormenorizada-mente, ao ser comparado com o *contencioso de anulação*.

c) *Contencioso de interpretação*

Um terceiro grupo de recursos está vinculado ao mecanismo das questões prejudiciais, o que se dá, quando um tribunal judiciário se vê obrigado a sustar um processo por uma destas questões: o juiz administrativo é então solicitado, por um *recurso de interpretação*, a analisar um ato administrativo obscuro, ou por um *recurso de apreciação de legalidade*, a dizer da legalidade do ato taxado de ilegal por uma das partes.

Estes dois grupos de recursos constituem o chamado *contencioso de interpretação*.

Para que o recurso seja recebido, é necessária a devolução do conhecimento da questão (sempre de direito), pela autoridade judiciária, não podendo o juiz administrativo recusar-se a responder, desde que seja competente.

O poder do juiz administrativo é, no caso, limitado, pois reduzido a mera constatação.

Admissível é um *recurso direto de interpretação* (ao lado do *recurso de interpretação por devolução*, acima indicado), de caráter, em verdade, excepcional, e submetido a uma série de requisitos.

d) *Contencioso de repressão*

Finalmente, o juiz administrativo pode exercer uma função repressiva, sendo competente para condenar, penalmente, as pessoas que infringirem regras relativas à conservação de certos bens imóveis do domínio público: é o *contencioso de repressão*, limitado a certas *contravenções relativas ao domínio público* (*contraventions de grande voirie*), a que já aludimos. São fatos que podem comprometer a conservação do domínio público ou perturbar o uso legítimo do mesmo por outrem. Tal é o caso da extração indevida de areia das praias (já o excesso de velocidade de um automóvel é uma contravenção a um regulamento de polícia, da competência dos tribunais judiciários).

Todo processo por contravenção deste tipo tem por ponto de partida um procedimento verbal iniciado por uma autoridade competente, prosseguindo perante o Tribunal Administrativo, de cuja decisão cabe apelação para o Conselho de Estado.

Para a condenação, não é necessária a *intenção criminosa*, bastando o fato material configurador da contravenção, salvo caso de força maior ou culpa da Administração.

As aludidas contravenções dão lugar a três espécies de condenações, alternativas ou cumulativas: multa, reparação do dano, pagamento das custas do processo verbal.

15.2 — *Contencioso objetivo e subjetivo*

Tentativas da doutrina existem para classificar os recursos contenciosos, não em função dos poderes do juiz, mas segundo a natureza da situação jurídica na qual se baseia o recurso. Daí, a distinção dos recursos que visam ao restabelecimento da legalidade geral, ou objetiva, e aqueles fundados sobre um direito subjetivo, e visando ao restabelecimento de uma situação pessoal lesada. No primeiro caso, o autor defende o direito; no segundo, *seu* direito. O recurso por excesso de poder é do tipo dos recursos objetivos; o recurso de pleno contencioso em sentido estrito é um recurso subjetivo.

Destarte, há *contencioso objetivo*, desde que o requerente invoque a violação de uma regra de Direito ou direitos constitutivos de uma situação jurídica impessoal e geral, objetiva. Ao contrário, há *contencioso subjetivo*, se invocada for uma situação jurídica individual, subjetiva, como a que se refere a direitos oriundos de um contrato.

Tal distinção tem interêsse prático, inclusive do ponto-de-vista dos limites da coisa julgada; absoluta, quando se trata de contencioso objetivo; restrita às partes em litígio, no caso do contencioso subjetivo.

O contencioso objetivo abrange todos os recursos de anulação dos atos administrativos, de apreciação de legalidade, a maior parte dos recursos de cassação, o contencioso de repressão, o eleitoral e o fiscal. O contencioso subjetivo compreende o contencioso dos contratos ou quase-contratos, o contencioso de reparação. O de interpretação ora é objetivo, ora subjetivo, conforme a natureza do ato cuja interpretação é pedida ao juiz administrativo: o contencioso

de interpretação de um regulamento é objetivo; o de um contrato, subjetivo.

15.3 — O *contencioso de repressão* é de importância diminuída. Um pouco mais importantes são os *recursos de interpretação e de apreciação de validade*, não requerendo, porém, um estudo especial: basta assinalar que tais recursos são interpostos perante a jurisdição que seria competente para decidir sobre um recurso de anulação contra o ato em causa (por exemplo, competente é o Conselho de Estado para julgar um recurso de validade referente a um decreto).

Os dois grandes grupos de recursos entre os quais se divide a maior parte da atividade do juiz administrativo, são os recursos de anulação e os de plena jurisdição, dos quais passaremos, agora, a tratar mais pormenorizadamente.

16. — Fixemos, portanto, os dois contenciosos mais importantes, o de *anulação* e o de *plena jurisdição*, fazendo-se, inicialmente, um confronto entre os mesmos.

Há um certo número de recursos de anulação, previstos em textos especiais, limitados a uma categoria muito restrita de atos administrativos, e com suas regras próprias: é o caso do recurso de anulação das decisões dos prefeitos, concernentes à autorização e regulamentação de certas categorias de estabelecimentos perigosos ou insalubres.

Mas a importância prática do *contencioso de anulação* vem do *recurso por excesso de poder*, que é o recurso comum contra toda decisão administrativa unilateral, tendo por base o princípio da legalidade.

Já o *contencioso de plena jurisdição* é formado por recursos díspares: ao lado dos *recursos em matéria contratual e de responsabilidade* — os mais característicos —, engloba, ainda, os *recursos em matéria de eleições para órgãos administrativos*, pois que o juiz, em tais casos, tem o poder não só de anular a eleição que julga irregular, mas também de proclamar os verdadeiros resultados e, conseqüentemente, os eleitos. Por idênticas razões, inclui-se, igualmente, o *contencioso das contribuições diretas*, nesta categoria.

Do que foi exposto acima, conclui-se que o problema da distinção entre os contenciosos de anulação e de plena jurisdição limita-se na prática, à diferenciação entre o *recurso por excesso de po-*

der e o *recurso de plena jurisdição em sentido estrito* (*recursos em matéria de contratos e de responsabilidade*).

O administrado deve lançar mão do *recurso por excesso de poder* sempre que pretenda que o juiz administrativo confronte uma decisão da administração com as regras de direito às quais está submetida; constate a não-conformidade da decisão a tais regras; e anule a decisão reconhecida como ilegal.

É adequado o recurso de *plena jurisdição* se o administrado pretende que o juiz administrativo reconheça a existência de um direito a seu favor; constate que tal direito foi violado; e ordene as medidas necessárias ao restabelecimento da situação com base neste direito.

Resultam, daí, sensíveis diferenças referentes ao regime dos dois recursos, quais sejam:

a) O *recurso de plena jurisdição* só pode ser interposto pelo titular do direito violado, enquanto o *recurso por excesso de poder* pode sê-lo por todos que tenham interesse na anulação da decisão ilegal.

b) O primeiro visa à condenação de uma pessoa; já o segundo, à anulação de algum ato.

c) Ao primeiro o autor poderá juntar um pedido de anulação do ato ilegal que lhe causou prejuízo; já o segundo só comporta pedidos de anulação.

d) De ordem processual algumas diferenças existem, tais como as que dizem respeito à dispensa de advogados, custas reduzidas, no caso do segundo, que visa à proteção da legalidade.

e) A decisão, no segundo, é absoluta; no primeiro, tem a autoridade relativa da coisa julgada, segundo o direito comum.

Não obstante tais diferenças, persistem certas semelhanças, que se têm, aliás, desenvolvido, nos últimos anos, o que tem levado certos autôres a prognosticar a unificação dos dois recursos, os quais conservam, porém, até agora, sua autonomia.

17. — Trataremos, inicialmente, em separado, do *recurso de plena jurisdição*.

Como já foi salientado, a causa jurídica de tal recurso tem de ser a violação de um direito pessoal, de um direito subjetivo, relativo a uma situação jurídica individual. Só pode ser interposto pelo

titular da situação jurídica subjetiva em causa, ou seja, do direito lesado.

Aliás, o recurso de plena jurisdição (processo entre partes, espécie do contencioso subjetivo, em que é necessária a intervenção de advogados) é o recurso contencioso ordinário, análogo às ações interpostas perante os tribunais judiciais, não só no tocante à natureza da ação, como aos poderes do juiz: este, em se tratando do contencioso pleno, julga de direito e de fato, não tendo seus poderes outros limites que os resultantes das regras gerais de Direito Público.

O aludido recurso, também chamado de *indenização*, permite ao titular de um direito pecuniário, negado pela Administração, obter a condenação desta ao competente ressarcimento.

É o caso, por exemplo, de um contratante de obras públicas, que não tenha recebido o pagamento a que tem direito. É a hipótese, igualmente, da vítima de um acidente causado por veículo oficial, e que tem, destarte, direito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos.

O autor deve invocar um direito que lhe foi negado pela Administração. Daí, a necessidade de o administrado, antes de se dirigir ao juiz administrativo, fazê-lo à própria Administração, provocando, por parte desta, uma decisão denegatória, a qual pode, entretanto, ser dada, espontaneamente, pela mesma.

O recurso deve ser interposto no prazo máximo de dois meses após tal decisão (*décision préalable*). Se a Administração não responde ao administrado, seu silêncio, ao fim de quatro meses, é tido como uma decisão denegatória.

A regra da *decisão prévia* é, desde a reforma de 30 de setembro de 1953 (artigo 3.º), aplicável a todas as jurisdições administrativas, e não só ao Conselho de Estado.

Como consequência de tal regra, o juiz administrativo, ao julgar procedente o recurso, anula, em primeiro lugar, necessariamente, a citada decisão. Não se limita, porém, a isto, porquanto, em seguida, ele a substitui por uma outra decisão dizendo qual a verdadeira dívida da Administração, e condenando-a a pagá-la.

Evidentemente, o autor, além de, conforme salientamos acima, invocar seu direito, deve produzir a prova dos fatos que expõe, competindo-lhe, ainda, evidenciar o prejuízo sofrido e o montante da indenização pretendida.

A Administração comunica-se o pedido, abrindo-se-lhe a oportunidade para a apresentação de sua contestação. Seguem-se as diligências e perícias, e o julgamento da questão, através da livre apreciação dos fatos e do direito.

Se a Administração fôr condenada, deverá pagar a indenização fixada pelo juiz administrativo e as custas processuais.

17.1 — Não há, como já salientamos, execução forçada contra a Administração, pois, segundo o Direito Administrativo Francês, as instituições públicas sempre se reputam de boa-fé, estando implícito que executam, espontaneamente, as decisões dos tribunais, embora, na realidade, tal cumprimento demore muito, por vezes.

A última Reforma de 1963 instituiu um relatório anual do Conselho de Estado, em que é feito o balanço das atividades administrativas e contenciosas daquele órgão.

O artigo 3.º do Decreto n.º 63 766 estatuiu que o relatório deverá assinalar as dificuldades encontradas na execução das decisões das jurisdições administrativas.

Tal relatório, que tem caráter secreto, é elaborado por uma comissão cuja composição é dada pelo Vice-Presidente do Conselho, submetido ao *Bureau*, e aprovado pela Assembléia Geral, sendo em seguida, remetido ao Presidente da República.

Os artigos 58 e 59 do Decreto 63 766 determinam que, quando o Conselho de Estado anula por excesso de poder um ato administrativo, ou rejeita, no todo ou em parte, a defesa apresentada, por uma coletividade pública, em litígio de plena jurisdição, os Ministros interessados têm a faculdade de pedir ao Conselho que esclareça a Administração Pública sobre as formas de execução de sua decisão. Outrossim, o próprio Conselho de Estado pode chamar a atenção da Administração Pública sobre a execução de sua decisão.

Por outro lado, os recorrentes podem, uma vez transcorridos, ao menos, 6 meses da data de um pronunciamento aos mesmos, ainda que parcialmente, favorável, comunicar ao presidente da Comissão de Relatório as dificuldades em obter a execução da decisão. O presidente pode designar, então, um dos membros daquela para fazer uma investigação mais profunda sobre a matéria, afim de julgar da oportunidade de assinalar o inadimplemento em pauta, no relatório anual indicado.

17.2 — Finalmente, convém ressaltar que, pelas suas características e pela sua própria natureza, o recurso de plena jurisdi-

ção, à semelhança da ação ordinária perante o juiz judiciário, tem sua decisão protegida, tão somente, pela autoridade relativa da coisa julgada, não produzindo efeito, senão entre as partes e não podendo portanto ser invocada por estranhos ao litígio.

18. — Focalizemos, agora, o *recurso por excesso de poder*.

Já foi abundantemente assinalado que o contencioso de anulação compreende, como sua forma principal e mais abundante, o recurso por excesso de poder, que tem sido, no Direito Administrativo Francês, o principal instrumento de controle da legalidade da Administração, tendo, através dele, adquirido consistência científica a teoria do ato administrativo.

Cumpra assinalar, outrossim, que a idéia de excesso de poder é um exemplo de construção jurisprudencial que prova como o Direito Administrativo Francês é o que o Conselho de Estado diz ser. Com efeito, não existe, no *jus positum*, qualquer regra determinante dos limites deste recurso, cuja noção foi integralmente estruturada nas decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflito.

O recurso por excesso de poder constitui o recurso contencioso-administrativo para anulação dos atos administrativos ilegais. Daí, desde que um administrado considere um ato administrativo ilegal, para anulá-lo perante a Justiça, deve ele lançar mão do recurso por excesso de poder, salvo se um texto especial prevê um outro recurso. É, pois, um recurso de direito comum, na qualidade de sanção do princípio da legalidade.

Existem, em verdade, certos recursos de anulação por ilegalidade, previstos em textos expressos, e referentes a certas categorias especiais de decisões, mas que têm um campo de aplicação muito restrito. Já o recurso por excesso de poder, ao contrário, é geral: cabe contra todas as decisões executórias.

Por outro lado, o recurso por excesso de poder faz desaparecer o ato ilegal, *ex tunc* e com relação a todos.

Visa, portanto, o recurso por excesso de poder, unicamente, à anulação de um ato administrativo contrário à legalidade, não envolvendo, em si mesmo, nenhum efeito pecuniário.

Autôres há que o aproximam do nosso *mandado de segurança*, se bem que produza efeitos muito mais poderosos, pois, conforme acentuamos acima, a anulação proferida em razão do recurso de excesso de poder é válido *erga omnes*, e mesmo em relação aos efei-

tos anteriores, considerando-se tal ato como se nunca tivesse existido.

Excesso de poder significa, em verdade, *não-conformidade com o direito*: é o reverso do princípio de legalidade da Administração Pública.

O respectivo recurso francês constitui, por excelência, a sanção do princípio de legalidade. Daí, porque o Conselho de Estado considera-o um princípio geral de direito, só podendo ser afastado para certa categoria de atos administrativos, pelo legislador, através de texto expresso e formal, não sendo tal recurso abrangido, por seu turno, por uma disposição que, simplesmente, exclua *todos os recursos* com relação a uma determinada decisão (decisão do Conselho de Estado, de 17-2-1950, no caso *dame Lamotte*).

O recurso por excesso de poder tem, em suma, como características gerais, conforme já assinalamos, o de ser de direito comum, sua origem jurisprudencial e, ainda, o caráter evolutivo, ou seja, é uma instituição que se tem desenvolvido profundamente. O Conselho de Estado tem-no tornado cada vez mais abrangente e eficaz, o que constitui, aliás, um dos fatos marcantes do Direito Administrativo Francês e uma das razões de sua orientação no sentido liberal.

18.1 — A origem do recurso por excesso de poder filia-se ao preceito da lei de 7-14 de outubro de 1790, que interditou ao juiz judiciário o conhecimento das reclamações administrativas.

“As reclamações por incompetência, com relação aos organismos administrativos, não serão, em caso algum, da alçada dos tribunais; serão dirigidas ao Rei, chefe da Administração em geral”.

O recurso por excesso de poder, em sua origem, confundiu-se com o problema da incompetência, que constituiu a forma original do mesmo, o qual se limitava a anular a decisão administrativa pela falta de qualidade legal do agente, quer por incompetência absoluta *ratione materiae*, quer por incompetência *ratione loci* ou *temporis*, quer, finalmente, quando o agente, erroneamente, declinasse de sua competência legítima.

Durante o período revolucionário, na ausência de jurisdição administrativa organizada, era o recurso de anulação verdadeira-

mente hierárquico, isto é, para a autoridade superior. Depois do ano VII, o poder de anulação passou ao Primeiro Cônsul e, posteriormente, ao Imperador, que o exercia com a intervenção do Conselho de Estado, o qual transformaria, progressivamente, o recurso hierárquico em contencioso.

A primeira etapa nesta transformação foi efetivada, após a reorganização, do Conselho em 1831, e encontrou uma justificativa legal para a sua competência na lei acima citada, à qual, como dissemos, está filiada a origem do recurso por excesso de poder. Embora tal lei parecesse, igualmente, instituir um recurso puramente hierárquico, foi considerada o fundamento jurídico do recurso, o que constituía solução aceitável no período da *justiça reservada*.

Na evolução do recurso, ao lado da incompetência, um segundo meio de anulação passou a ser admitido: o vício de forma substancial, isto é, o que, por sua natureza, afetasse o conteúdo da decisão final.

O Segundo Império mostrou-se favorável ao recurso, por motivos políticos. Daí, a expedição do decreto de 2-11-1864, que dispensou a intervenção do advogado, obrigou os juizes a distinguirem melhor o recurso por excesso de poder do de plena jurisdição; acrescentou, outrossim, mais uma forma de controle da legalidade, qual seja o de violação da lei e dos direitos adquiridos, abrangendo, como causas de nulidade, o erro de direito e o de fato que contrariassem a execução da norma jurídica, ou ainda, a coisa julgada; finalmente, tornou-se gratuito o recurso.

Finalmente o desvio de poder (desde o caso *Lesbats*, em 25-2-1864 e 7-6-1865), isto é, a violação de finalidade da competência, passou a constituir um motivo de nulidade dos atos administrativos, o que tornou o recurso por excesso de poder um meio de controle da legalidade dos mesmos sob todos os seus aspectos.

A lei de 1872, pondo fim à *justiça reservada*, deu ao recurso uma base nova que aperfeiçoou sua evolução, ao dizer que “o Conselho de Estado decide, soberanamente, os litígios de anulação por excesso de poder, contra os atos das diversas autoridades administrativas”. Esta fórmula passou para a ordenação de 31 de julho de 1945, em seu artigo 32.

A mais recente etapa da evolução histórica do recurso por excesso de poder foi constituída pela reforma de 1953, pois, em função dela, afora algumas hipóteses expressamente previstas, o recurso passou a ser, em primeira instância, da competência dos

tribunais administrativos, aplicando-se-lhe, portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição.

18.2 — A fim de que o juiz administrativo possa examinar o mérito do litígio, isto é, se o ato impugnado é, ou não, legal, necessário se faz que sejam preenchidos os quatro *requisitos de admissibilidade do recurso por excesso de poder*: os relativos à natureza do ato, à qualidade do requerente, ao respeito às regras de competência, forma e prazo; e à ausência de um recurso paralelo.

a) *Natureza do ato impugnado*

O recurso por excesso de poder só é cabível contra as *decisões administrativas*, isto é, atos administrativos unilaterais, decisões executórias que prejudiquem o recorrente (*décisions faisant grief*).

É indispensável que o ato seja um ato jurídico administrativo (artigo 32 do decreto de 31-7-1945), emanado de uma autoridade administrativa (do Presidente da República, do Presidente do Conselho de Ministros, destes, do Prefeito, de funcionários subordinados).

Estão, pois excluídos do campo de abrangência do recurso por excesso de poder os seguintes atos:

I) os atos das pessoas privadas:

II) os atos das autoridades públicas não administrativas, isto é, não só os atos do poder legislativo, tomada a função legislativa em seu sentido formal (inclusive decisões de órgãos do Parlamento, tais como do presidente, comissões parlamentares, ressalvando-se, porém, as decisões que digam respeito aos serviços administrativos das assembleias), como também os atos do poder judiciário;

III) os atos das autoridades estrangeiras.

O aspecto formal da decisão não é, todavia, importante, tanto que o recurso é admissível:

1) contra o *silêncio da administração*, desde que equivalha, por lei, a uma decisão denegatória;

2) contra as disposições de circulares e instruções que constituam decisões;

3) contra uma decisão puramente verbal;

4) contra as medidas de execução que aduzam um elemento novo à decisão inicial.

Também assimiladas pela jurisprudência aos atos administrativos são as decisões unilaterais tomadas por pessoas privadas encarregadas da prestação de serviços públicos.

Igualmente, tratando-se de atos unilaterais da Administração Pública propriamente dita, a admissibilidade do recurso é muito ampla, abrangendo, por exemplo, atos regulamentares, regulamentos de administração pública (embora editados por indicação legislativa), e decretos estabelecidos em aplicação do artigo 38 da Constituição de 1958.

Mas, como exceção à admissibilidade do recurso contra as decisões administrativas, temos as *medidas de ordem interna*, que compreendem uma série de decisões de importância mínima tomadas no tocante ao funcionamento do serviço (sanções militares, escolares, fixação de horários, etc.).

Como já foi salientado, os contratos administrativos e as medidas tomadas para sua execução são objeto do recurso de plena jurisdição, e não daquele por excesso de poder. Mas existe a teoria do *ato individualizável (détachable)*, que assim pode ser resumida: no curso da elaboração de um contrato, um certo número de decisões tomadas pela autoridade administrativa são consideradas como tendo individualidade com relação ao contrato propriamente dito; *destacam-se* do mesmo e, assim, podem ser objeto de recurso por excesso de poder, não incidindo, todavia, a anulação diretamente sobre o contrato em si (decisão *Martin* do Conselho de Estado, de 4 de agosto de 1905).

Tampouco cabe dito recurso contra os atos que preparam uma decisão administrativa, etapas de seu processamento (tais como instruções e circulares da autoridade superior à inferior, encarregada da decisão), nem contra as medidas que se seguem à decisão, sem nada lhe acrescentar (notificações, por exemplo).

b) *Legitimação para o recurso*

O recurso por excesso de poder não é uma *ação popular* (como a prevista no parágrafo 38 do artigo 141 da Constituição Federal Brasileira).

Como condição de admissibilidade, temos, além da *capacidade de estar em juízo*, a que se aplicam as regras do Direito Comum, o *interesse de agir*.

É, pois, necessário que o requerente tenha um interesse pessoal na anulação do ato administrativo (sendo muito liberal a orientação jurisprudencial no reconhecimento deste interesse), interesse que não precisa ser material ou pecuniário, podendo ser apenas moral, como o interesse de fiéis à celebração de seu culto (no caso *abbé Deliard*, decisão do Conselho de Estado, de 8-2-1908).

O interesse, embora pessoal e direto, não precisa ser exclusivo (por exemplo, a qualidade de usuário de um serviço público, o de contribuinte de uma comuna, de eleitor, etc.).

Outrossim, pode o interesse ser público, como o de coletividades públicas, prefeitos, membros de um conselho, que podem interpor o recurso contra as decisões que atentem contra os interesses da coletividade. Os funcionários hierarquicamente inferiores não podem fazê-lo, todavia, no tocante às decisões de seus superiores, salvo, naturalmente, no que concerne às suas carreiras.

O interesse deve ser, porém, suficientemente relevante, para que o recurso seja admissível.

Também as pessoas jurídicas legalmente constituídas podem defender, através do recurso por excesso de poder, seus interesses materiais e morais próprios ou da coletividade que representem, como o de uma associação profissional contra as medidas modificadoras do estatuto da profissão, etc. Um grupo de funcionários pode interpor o recurso não só contra uma decisão regulamentar, modificadora de seu estatuto, mas, igualmente, contra uma nomeação individual contrária a este. Mas as associações não poderão fazer as vezes de um de seus membros para irem contra uma medida individual que lese estes, mas que, ao mesmo tempo, não atente contra os interesses coletivos.

c) *Competência e prazo*

O recurso, a partir da reforma de 1953, é dirigido a um tribunal administrativo, com apelação para o Conselho de Estado, o qual, todavia, é competente, em primeira instância, nos casos de recursos contra decretos, decisões referentes à carreira de funcionários nomeados por decretos, etc.

Quanto ao prazo de sua interposição, é este de dois meses a partir da data em que o ato foi oficialmente levado a conhecimento do interessado, isto é, o dia de sua publicação, no tocante aos atos regulamentares, e da notificação, nos atos individuais.

Na hipótese de silêncio, o decreto de 31 de julho de 1945 estabelece que o prazo de dois meses começa a correr a partir de quatro meses de duração do silêncio.

O prazo do recurso, breve, para que a ameaça de anulação não pare, por muito tempo, sobre o ato administrativo, pode ser suspenso, interrompido ou prorrogado, como se o interessado interpôs um recurso hierárquico ou gracioso, caso em que o *dies a quo* é o da rejeição deste recurso.

d) *Ausência de um recurso paralelo*

Diz-se que existe um *recurso paralelo* ao recurso por excesso de poder, quando o administrado, para obter a anulação do ato que lhe é prejudicial, tem a seu dispor, em função da lei, uma outra ação além do mesmo, de modo que poderia, teoricamente, escolher entre essas duas vias contenciosas.

Mais exatamente: ocorre a hipótese do *recurso paralelo*, quando um particular, lesado por um ato administrativo por ele julgado ilegal, dispõe, além do recurso por excesso de poder, de um outro que lhe satisfaça, permitindo-lhe evitar as consequências do ato. Tal *recurso paralelo* pode ser da competência de um tribunal judiciário ou de outro juiz administrativo, ou o recurso de plena jurisdição perante o próprio juiz competente para o julgamento do recurso por excesso de poder.

É o caso de um funcionário público a quem a Administração se recusa a pagar uma indenização, o qual poderia demandar aquela, quer através de um recurso de pleno contencioso, a fim de obter o pagamento da quantia devida, quer, pelo recurso por excesso de poder, visando à anulação da decisão denegatória.

Nestes casos, duas considerações de ordem histórica — a primeira, de que, sendo, originariamente, o Soberano o juiz do recurso por excesso de poder, não se iria sobrecarregá-lo, se havia possibilidade de satisfação por outra via; a segunda, de que, sendo o Conselho de Estado, antes de 1953, o competente para o citado recurso e os Conselhos de Prefeitura, para outros, se não houvesse uma regra em contrário, todos lançariam mão daquele primeiro recurso, saltando, assim, o primeiro grau de jurisdição — justificam a regra da inadmissibilidade do recurso por excesso de poder contra os atos com relação aos quais o requerente dispõe de um outro recurso contencioso. Aliás, é esta uma aplicação da regra *specialis generalibus derogant*.

A solução do problema tem sido objeto de uma evolução jurisprudencial, a qual tem consistido em admitir, cada vez mais, o recurso por excesso de poder, apesar da existência de um recurso paralelo, o que tem aproximado, em certos casos, aquele recurso, do de plena jurisdição, quanto aos interesses que visam a proteger.

O rigor inicial foi abrandado, levando em consideração, atualmente, o Conselho de Estado várias distinções.

Em verdade, torna-se necessário distinguir, inicialmente, as hipóteses concernentes à jurisdição competente para o recurso paralelo. Assim, se é a mesma do recurso por excesso de poder, a jurisprudência vem admitindo, facilmente, este recurso. No caso oposto, a jurisprudência é no sentido inverso, salvo, por exemplo, se o recurso por excesso de poder dá uma satisfação mais completa (como é o caso da criação de um impôsto, cuja impugnação através do contencioso fiscal, por imposição irregular, seria menos completa) e na hipótese do ato *détachable* já vista.

18.3. — Vejamos, agora, os casos de cabimento do recurso por excesso de poder, justamente uma das partes fundamentais de nosso estudo, pois nela estudaremos os vários vícios da ilegalidade dos atos administrativos, matéria em que tem sido profunda a influência do Direito Administrativo Francês no Direito Brasileiro.

São os chamados *cas d'ouverture* ou *moyens d'annulation*, que constituem as diversas formas de ilegalidade dos atos administrativos, e que lhes acarretam a anulação, através da interposição do recurso por excesso de poder.

A ilegalidade, segundo a classificação tradicional, pode revestir quatro modalidades, quais sejam a *incompetência*, o *vício de forma*, o *desvio de poder* e a *violação da lei*.

Tal classificação tem uma origem e um surgimento histórico paulatinos. A sua importância prática e sistemática é muito grande, e as outras tentativas de classificação, sempre, por mais lógicos que tenham procurado ser seus autores, dela se aproximam.

a) *Incompetência*

Sendo a competência um elemento vinculado, não-discrecionário do ato administrativo, parte do aspecto de legalidade deste, e não de mérito, é a incompetência um vício radical, pois as regras de competência, sempre previstas em normas legais, são a base

do Direito Público, constituindo um caso de anulação, de ordem pública, isto é, que pode ser reconhecida, de ofício, pelo juiz.

Duas formas existem de incompetência.

Em primeiro lugar, há *usurpação de função*, que compreende as hipóteses em que o autor do ato não tem nem sequer a qualidade de agente público, sendo inexistente o ato, em tais circunstâncias. Sempre se ressalva a *teoria do funcionário de fato (da função de fato)*, que é uma pessoa não, ou irregularmente, investida ou mantida na função pública e cujos atos, a tal título, são, entretanto, considerados válidos. Tal teoria baseia-se, nas épocas normais, na noção de aparência de legalidade, aspecto da teoria do *error communis facit jus*, servindo-se melhor ao interesse público, em se mantendo tal ato. Nas épocas anormais, a base da referida teoria é a noção de *necessidade*, pois, durante um período revolucionário, é preciso que se mantenha a continuidade do funcionamento dos serviços públicos e, assim, são considerados válidos os atos praticados, durante tal período, por aqueles que, dentro deste espírito, exerceram as funções, embora sem investidura legítima.

A hipótese da *usurpação de função* mister se faz seja aduzida a do *abuso ou invasão (empiètement) de função*, na qual o autor do ato é um funcionário, mas cuja esfera de atribuições não inclui a da prática daquele ato.

Tal invasão pode ocorrer com relação a autoridades de natureza diferente (p. ex. órgão deliberativo e executivo); a autoridades de mesmo nível, mas com diferente competência *ratione materiae* (dois ministros de pastas diferentes), *ratione loci* (dois prefeitos de departamentos vizinhos), ou *ratione temporis*; e a autoridades entre si hierarquizadas.

A todas estas hipóteses os autores costumam acrescentar outros casos possíveis de incompetência, como o de estar o ato fora das atribuições de todas as autoridades públicas, ocorrendo, no caso, *vias de fato*; a de o administrador invadir a competência do legislador ou do juiz; e, finalmente, o de ficar o administrador aquém dos limites de sua competência, recusando-se, por julgar-se incompetente, a praticar um ato para o qual era, em verdade, competente.

A incompetência é um dos casos de vícios relativos à legalidade externa do ato administrativo.

b) *Vício de forma*

A omissão ou irregularidade das formas e procedimentos prescritos pela lei, para a prática dos atos administrativos, constitui o segundo caso de cabimento ao recurso por excesso de poder, ainda dentro da legalidade externa da ação da Administração Pública.

Mas, embora o formalismo seja, inclusive, um meio de garantia dos direitos individuais, nem todas as regras concernentes a este aspecto têm igual valor, havendo uma hierarquia entre as mesmas, quer em função da fonte (lei, regulamento, etc.) de onde provêm, quer pela sua eficácia e importância concreta, real.

Daí, ter a jurisprudência, para não obrigar a Administração Pública a um formalismo estiolante, distinguido entre as várias hipóteses, só reconhecendo certos vícios de forma como constitutivos de ilegalidade e capazes de produzir a anulação dos atos administrativos.

Assim, distinguem-se as *formalidades substanciais*, cuja omissão ou irregularidade produzem a anulação; e as *formalidades acessórias*, que não têm influência sobre a validade do ato.

Também tem importância a finalidade, o objetivo da formalidade: só os administrados, em cujo interesse foi estabelecida a formalidade, podem invocar a contrariedade das mesmas. Não há anulação, se a formalidade foi estabelecida no exclusivo interesse da própria Administração Pública.

Inexiste, igualmente, motivo de anulação, se o vício de forma não tem qualquer influência sobre a decisão; se foi materialmente impossível à Administração observar a formalidade; quando haja um suprimento posterior da falta, contanto que se trate da reparação de uma omissão puramente material e não de uma regularização retroativa; e se foi o próprio administrado interessado que obsteu o respeito à obediência da formalidade, por parte da Administração (por exemplo omissão do próprio endereço, impedindo, destarte, uma notificação).

c) — *Violação da lei*

Dos casos de cabimento é este o mais amplo, abrangendo — com exceção dos casos de incompetência, vício de forma e desvio de poder — todas as violações que vinculam o autor do ato, isto é, as que dizem respeito ao conteúdo do mesmo, ou seja, ao

objeto do ato administrativo, e aos *motivos*, antecedentes de fato e de direito, do mesmo ato. Abarca, portanto, a legalidade do ato administrativo, em seu conjunto.

Se o *desvio de poder* é, em geral, considerado a hipótese mais original, a *violação* da lei é tida como a mais importante e a mais freqüente, abrangendo os casos em que a Administração só tenha um poder vinculado e o contrarie, ou exceda os limites de seu poder discricionário.

Por *lei*, nesse particular, entendem-se as regras contidas na Constituição, nas leis orgânicas e ordinárias, nas ordenações, nos tratados internacionais promulgados, nos regulamentos (obedecida a sua hierarquia) e nas disposições de natureza regulamentar constantes, embora, de atos que não assumem a forma, própria-mente, de regulamento, como circulares, disposições regulamentares do caderno de obrigações, etc.; e nos princípios gerais de direito, tais como a autoridade da coisa julgada, o princípio da ir-retroatividade dos atos administrativos, o da intangibilidade dos atos criadores de direitos, o da igualdade perante a lei, etc.

A violação da lei pode dar-se, em primeiro lugar, no caso de a Administração agir, como se a regra não existisse, ou seja, ignorando-a totalmente.

Outrossim, pode ocorrer a violação por falsa ou errônea interpretação da regra. Sempre que a norma em que se baseou a Administração para a prática do ato não se aplicava à hipótese, a jurisprudência usa, muita vez, a expressão *carência de base legal* (*manque de base légale*).

Os casos de violação da lei compreendem, destarte, como causas de nulidade, o erro de direito e o erro de fato que maculem a execução da norma jurídica.

Acentuamos, de início, que a *violação da lei* abrange como casos típicos, a ilegalidade relativa ao *objeto* e aos *motivos* do ato.

O *objeto* do ato administrativo é o resultado, o efeito visado pelo agente. Além de lícito, o objeto do ato administrativo deve estar relacionado com a competência específica da autoridade administrativa e o grau de opção que lhe tenha sido dado. Assim, em se tratando de competência vinculada, o objeto estará pré-determinado na norma legal; na hipótese de competência discricionária, cujo núcleo é, justamente, a livre fixação, a livre determinação do objeto do ato administrativo, dentro dos limites legais da maior ou menor liberdade de apreciação concedida à Administração, po-

derá esta agir ou deixar de agir, e, no primeiro caso, decidir o que fazer.

Entre os casos de violação da lei acrescentou-se o relativo aos *motivos* do ato administrativo, chegando a considerar por alguns autores como uma hipótese de cabimento autônoma, tendo sido, cronologicamente, a última a aparecer.

Os *motivos* de um ato administrativo são os antecedentes de fato e de direito que levam o administrador a praticá-lo, que condicionam a emissão de vontade do agente. São os fatos objetivos anteriores e exteriores em relação ao ato em questão, e cuja existência levou o autor a praticá-lo.

A existência dos motivos é, pois, condição de legalidade, sendo a inexistência dos mesmos uma hipótese de cabimento do recurso por excesso de poder.

A teoria da inexistência dos motivos abrange a sua ausência material e a legal, isto é, não somente podem inexistir, na realidade, os fatos argüidos pela Administração, como serem indiferentes ao Direito. Daí, aludir-se à inexistência material ou jurídica dos motivos, não podendo o administrador, em qualquer das duas hipóteses, valer-se dos motivos inexistentes como justificativa do ato praticado.

Destarte, se o autor do ato motivou a prática do mesmo, baseando-se em fato materialmente inexato (erro de fato) ou juridicamente errôneo (erro de direito), o ato é ilegal.

Outrossim, faz-se mister assinalar que não é necessário ter a lei previsto os *motivos* (caso em que existe vinculação), nem mesmo que esteja o agente obrigado a enunciá-los. Ainda que a motivação não seja obrigatória, se a Administração expressa a mesma, passa a estar a ela vinculada.

Aliás, a jurisprudência (Conselho de Estado, 28 de maio de 1954, caso *Barel*) tem decidido que, mesmo nas hipóteses não-vinculadas, a Administração está obrigada a indicar ao juiz administrativo, no recurso por excesso de poder, desde que este lhe exija, os motivos reais de sua decisão.

d) — *Desvio de poder*

Chegamos, finalmente, ao último caso de cabimento do recurso por excesso de poder: o *desvio de poder* (*de finalidade*), o *détournement de pouvoir*.

A Administração Pública, ao contrário do que ocorre com os particulares, não pode escolher, livremente, a finalidade dos atos que pratica. Na expressão consagrada, a competência dada à Administração Pública não é um cheque em branco: a sua finalidade está sempre na lei, é aspecto vinculado, sendo sempre um fim de interesse público determinado; não qualquer um, nem, muito menos, um fim de interesse particular.

Há, portanto, *desvio de poder*, quando a Administração pratica seu ato com finalidade que não é aquela de interesse público determinado, prevista em lei como sendo a da competência que lhe foi também pela lei dada para a prática daquele ato.

A identificação do *desvio de poder* como forma da ilegalidade da atividade administrativa, conforme já acentuamos, correspondeu a um grande progresso no campo do controle da legalidade dos atos administrativos, já que constitui, em verdade, uma sutil ilegalidade intrínseca dos mesmos.

Os dois arestos pioneiros do Conselho de Estado, na matéria, foram os proferidos no famoso caso *Lesbats* (25 de fevereiro de 1864 e 7 de junho de 1865) e que anularam as decisões do Prefeito de Fointainebleau negando ao requerente a autorização para atender ao serviço de transporte dos passageiros da estrada de ferro, decisões aquelas que, embora tomadas no exercício do poder de polícia, tinham, em verdade, o propósito de garantir a exclusividade do serviço para outra empresa, o que, evidentemente, não era um fim de interesse público.

Desde então, o desvio de poder tem constituído um dos casos mais comuns de cabimento do recurso por excesso de poder.

É preciso assinalar, apenas, que, uma vez que o agente observe a finalidade legal de sua competência, não importa que haja concorrência com outras razões (de animosidade, de favorecimento, etc.) alheias à sua competência (casos do *Syndicat de Lyon*, de 1910; de *Sagobs*, de 1948, etc.).

Assim, ampla tem sido a aplicação da noção de desvio de poder, como com relação aos atos administrativos praticados por motivos de inimizade pessoal, paixão política ou ideológica, interesses particulares; ou mesmo, no caso de usar o prefeito de seus poderes de polícia, não com o fim de assegurar a salubridade, a segurança públicas, mas sim, para aumentar os recursos da comuna; há, ainda, o *desvio de procedimento*, que ocorre quando a

Administração dispõe de um processo legal para atingir a um fim, e utiliza outro, indevido.

18.4. — Estes, os famosos casos de cabimento do *recurso por excesso de poder*, que, outrossim, têm influído na doutrina e na jurisprudência de outros países, inclusive do Brasil, onde, paulatinamente, têm sido postos em prática os conceitos aqui expendidos a respeito.

19. — Gostaríamos, finalmente, de apresentar alguns aspectos gerais do processo perante as jurisdições administrativas.

As regras disciplinadoras do processo (postulação, instrução e julgamento) das ações no Contencioso Administrativo Francês são diferentes, embora influenciadas pelas mesmas, das normas procedimentais das jurisdições judiciárias. É que a autonomia do Direito Administrativo afirma-se não só quanto aos aspectos substantivos, mas também quanto ao processo.

Este varia de acôrdo com a jurisdição administrativa perante a qual é proposto o recurso e conforme o mesmo.

Com relação ao Conselho de Estado, o texto básico é o decreto de 31 de julho de 1945; no tocante aos tribunais administrativos, a lei de 22 de julho de 1889, grandemente modificada pelos decretos de 30 de setembro de 1953 e 19 de abril de 1959. Todos estes textos são completados por importantíssimos princípios de ordem jurisprudencial.

19.1 — O processo é contraditório, escrito, simples, pouco formalista. É, outrossim, de natureza inquisitória, isto é, o juiz dirige a instrução, ao contrário do que ocorre com o de caráter acusatório, em que as partes têm a iniciativa da mesma.

O processo inicia-se por uma petição escrita, dirigida ao juiz administrativo, onde o autor expõe o seu pedido; é o *memorial introdutor da instância*.

Deve o mesmo ser redigido em papel timbrado, e conter, por outro lado, as conclusões do autor e suas razões, e estar acompanhado do texto da decisão malsinada ou da prova da decisão impleta.

Em princípio, o autor não pode apresentar, ele próprio, seu recurso, tendo de ser representado por um auxiliar da justiça, mas não há, ao contrário do que ocorre na instância judiciária,

necessidade da duplicidade de a parte se dirigir a um *avocat* e a um *avoué*.

Perante o Conselho de Estado a representação das partes é monopólio dos *avocats* do Conselho de Estado.

No tocante aos tribunais administrativos, as partes podem ser representada pelos mesmos advogados, pelos *avocats des Côrtes* e tribunais e pelos *avoués*, que não estão, entretanto, autorizados a litigar.

Para reduzir as despesas, importantes categorias de recursos dispensam advogado, como é o caso dos recursos por excesso de poder.

Em geral, os recursos não têm efeito suspensivo. Mas, em razão do *periculum in mora*, há, excepcionalmente, a medida da *suspensão da execução (sursis à execution)*.

19.2 — A petição, dirigida ao cartório do tribunal ou à secretaria do Conselho de Estado, é devidamente registrada. São, então, designados um relator e um comissário do govêrno.

O recurso é comunicado à outra parte, que responde por um memorial. A troca de razões, dentro de determinado prazo, se sucede, cada parte tentando provar a prevalência de seus direitos. Assim que o juiz se considera suficientemente informado, determina a conclusão da instrução.

Com referência aos tribunais administrativos, a lei de 22 de julho de 1889 estabelece o regime dos diversos meios de prova admissíveis perante os mesmos (perícias, inquirições). Perante o Conselho de Estado a prova é livre.

Na prática, jamais se recorre a testemunhas e, raramente, à perícia.

O juiz forma, livremente, sua convicção, diante dos elementos que as partes espontaneamente lhe fornecem ou que êle próprio lhes pede. O ônus da prova incumbe ao autor, mas o juiz pode solicitar da administração que esta dê os motivos do seu ato, o que provoca a inversão do ônus da prova.

Assim que o caso está apto a ser julgado, é designada a audiência, que é pública.

Nesta, é lido o relatório, resumo objetivo das conclusões e argumentos das partes.

O momento culminante da audiência é a leitura, pelo comissário do govêrno, de suas *conclusões*, propondo uma solução do

ponto-de-vista jurídico, sempre com tôda a independência. No Conselho de Estado, o gabarito intelectual dos comissários tem assegurado grande autoridade às suas conclusões, algumas das quais tornaram-se célebres.

Terminada a audiência, o caso é pôsto em deliberação, sendo a sentença lida em audiência posterior.

A decisão (*arrêt*, para o Conselho de Estado; *judgement*, para os tribunais administrativos) consiste em um único período, como: "O Conselho de Estado, visto..., considerando..., decide:", acompanhado da solução, articulada, que se chama *dispositivo*.

Os *vistos (visas)* contêm o resumo das várias peças do processo e a indicação dos textos legais a serem aplicados. Os *consi-deranda (motivos)*, tradicionalmente concisos, são a exposição dos argumentos que justificam sua solução.

19.3 — Contra as decisões existem *recursos* ou *vias de reforma (voies de réformation)*, que levam a questão a uma nova instância (*apelação e recurso de cassação*), e as de *retratação (voies de rétractation)*, perante a mesma instância (a *oposição*, a *oposição de terceiro*; o *recurso de revisão* perante o Conselho; e, por motivos de ordem formal, o *recurso de retificação de erro material*).

VI — Conclusão

20. — Chegamos, assim, ao fim de nosso estudo sôbre a justiça Administrativa na França, a qual tanto tem contribuído para o desenvolvimento do Direito Administrativo, além de sua importância fundamental como baluarte no contrôle da legalidade da Administração Pública dentro das características indicadas no desenvolvimento do presente estudo.

Podemos concluir, dizendo que tem ela cumprido, com brilhantismo, sua função.

Outrossim, não acreditamos que possa, em nosso país, ser criada uma Justiça semelhante, embora seja possível a criação de uma Justiça Administrativa especializada, mas dentro do Poder Judiciário comum, que tem, no Brasil, sabido exercer o contrôle que lhe cabe, quanto à legalidade da atividade administrativa.

A conclusão a que se chega é que os sistemas surgem de acôrdo com as necessidades e as contingências históricas e locais, e

que são bons e eficientes, desde que os homens que os apliquem estejam à altura de sua missão.

BIBLIOGRAFIA — J. M. AUBRY e R. DRAGO: *Traité de Contentieux Administratif* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris, 1962 (3 tomos); RAYMOND ODENT — *Contentieux Administratif* (3 vols.) — 1953-1954 — (Université de Paris — Institut D'Études Politiques); MARCEL WALINE — *Droit Administratif* — (Sirey) — 9.^a edição — Paris — 1963; JEAN RIVERO — *Droit Administratif* — (Daloz) — 2.^a edição — Paris — 1962; ANDRÉ DE LAUBADÈRE — *Manuel de Droit Administratif* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) — Paris — 1963; ANDRÉ DE LAUBADÈRE — *Traité Élémentaire de Droit Administratif* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) — Paris — 1953; FRANÇOIS GAZIER — *A Justiça Administrativa na França* (Cadernos de Administração Pública — F.G.V., n.º 15 — Rio; CAIO TÁCITO — *Desvio de Poder* — Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro — vol. 16, p. 93 — Rio; CAIO TÁCITO — *Desvio de Poder em Matéria Administrativa* — Tese apresentada ao Concurso para Livre Docente de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro — 1951 — Rio; CAIO TÁCITO — *A inexistência dos motivos nos atos administrativos* — R.D.A., 36, p. 78; CAIO TÁCITO — *Contrôle dos motivos nos atos administrativos* — R.D.A., 38, p. 350; CAIO TÁCITO — *A Administração e o controle da legalidade* — R.D.A., 37, p. 1; R.F. 156, — p. 23 — Rio; PIERRE SANVEDOIR — *Le Conseil d'État et la réforme de 1963* — in *La Revue Administrative*, 1963, pgs. 455/460 e 574/583; PIERFRANCESCO-CASULA — *Autorità e indipendenza del Consiglio di Stato: la Recente Esperienza Francese in Amministrare*, n.º 7, 1964.

A IMPLANTAÇÃO DO PLANO HABITACIONAL NOS MUNICÍPIOS

MARIO LARANGEIRA DE MENDONÇA
Arquiteto — Urbanista em São Paulo

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2. PROBLEMAS DE EXPANSÃO URBANA NO BRASIL: *Baixa densidade; falta de equipamentos; ausência de vida coletiva; deficiências habitacionais.* 3. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO: *Atribuições federais; atribuições estaduais; atribuições municipais; serviços executados por vários níveis de governo.* 4. A POLÍTICA FEDERAL DE HABITAÇÃO: *Diretrizes adotadas; órgãos criados e suas atribuições; atuação do Governo Federal.* 5. PROGRAMA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO: *Conceito e área de atuação; roteiro do Programa; etapas da programação; relações entre o Programa Municipal de Habitação e o Plano Diretor; implantação do Programa.*

I — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Este artigo procura apresentar sucintamente alguns aspectos da expansão das áreas urbanas no Brasil e, tendo em conta a distribuição de funções entre os vários níveis governamentais e a definição da política federal sobre habitação contida na Lei n.º 4 380, sugerir as características essenciais de um processo de programação habitacional. As diretrizes e soluções específicas somente serão abordadas para justificar ou esclarecer o método sugerido.

Uma das premissas do trabalho é que a melhoria das condições de habitação abrange não apenas a construção de habitações, mas também a execução de toda uma infraestrutura de equipamentos e serviços urbanos, bem como a criação de condições para uma vida