

5

ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa¹

RESUMO

O Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais e na busca de preservar os direitos e garantias fundamentais do cidadão se necessário possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, seja este proveniente da Administração Pública em geral ou proveniente da Administração Pública Militar, União, Estados e Distrito Federal. A Constituição Federal de 1988 foi expressa ao estabelecer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, o que não significa em nenhum momento qualquer violação ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes.

Palavras Chaves: Poder Judiciário. Ato Administrativo. Mérito do Ato Administrativo. Ato Administrativo Disciplinar. Independência dos Poderes. Análise do Mérito pelo Poder Judiciário.

¹ Juiz de Direito titular da 2ª Auditoria Militar do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público; Professor de Direito Penal na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais.

ABSTRACT

The Judiciary Power in the exercise of their constitutional functions and in the search of preserving the rights and the citizen's fundamental warranties if necessary it possesses competence to analyze the merit of the administrative action, be in general this originating from one the Public Administration or originating from the Military Public Administration, Union, States and Federal district. The Federal Constitution of 1988 was expressed when establishing that any lesion or he/she threatens to right will leave of being appreciated by the Judiciary Power, what doesn't mean in any moment any violation to the beginning of the independence and of the harmony of the Powers.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 assegurou expressamente que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si, o que significa que cada Poder possui a sua esfera de atuação, o que não impede que os poderes na busca da realização dos objetivos da Nação tenham uma relação harmoniosa.

Ao mesmo tempo, o texto constitucional assegurou expressamente no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais ao cidadão que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

O legislador constituinte originário ao redigir esse dispositivo cometeu nenhum equívoco, pelo contrário, elaborou uma disposição que efetiva aplicação que alcança a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, inclusive os militares integrantes das Forças Armadas e das Forças Auxiliares.

Em face da norma constitucional não se pode admitir que um ato administrativo não tenha o seu mérito analisado sob a alegação de violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes.

O Poder Judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão se necessário para evitar a prática da injustiça e até a violação aos demais preceitos consagrados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 poderá adentrar no mérito do ato administrativo.

Esse entendimento tem sido compartilhado por julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da democracia, e também por Tribunais dos Estados, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que reconheceu essa possibilidade determinado a reintegração de policial militar demitido indevidamente, após adentrar no mérito do ato administrativo.

As normas constitucionais não podem e não devem ser interpretadas em um contexto separado e divorciado dos demais princípios que foram assegurados pelo legislador constituinte originário.

Na democracia, governo do povo, pelo povo, para o povo, como disse Abraão Linchon, a prática da injustiça em nome de interpretações que não estejam em conformidade com o poder constituinte originário e das garantias e direitos fundamentais que foram assegurados aos nacionais e aos brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

2. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Segundo a Constituição Federal, o Poder Judiciário não deixará de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito suportada pelo cidadão. Em face desse preceito, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro fez a opção pela existência de uma jurisdição única, contrapondo-se a organização de países como, por exemplo, a França, a Espanha, Portugal, e dentre outros, que escolheram o sistema de duas jurisdições, uma administrativa e outra judicial.

No Brasil, o Poder Judiciário por meio de seus Juízes e Tribunais é o responsável pelo julgamento de causas, lides, que estejam relacionadas tanto com questões judiciais como com questões de natureza administrativa, não podendo deixar de dizer o direito no caso concreto. Em um Estado de Direito, os Poderes (na verdade as funções, pois o Poder é único) exercem controle uns sobre os outros na busca da preservação da legalidade e do sistema democrático. Esse sistema de fiscalização é conhecido como sendo o sistema de freios e contrapesos, ou, “rules of the games”.

A Constituição Federal estabeleceu no *art. 2º que os Poderes são independentes e harmônicos entre si*, o que significa que cada Poder possui a sua esfera de atuação, mas isso não significa que não exista uma harmonia entre os poderes, ou mesmo que esses não possam exercer a atribuição de outro poder, mas de forma atípica dentro de sua esfera de atuação.

A doutrina, ou melhor, parte da doutrina, como decorrência do princípio da independência dos Poderes e com base nos critérios de conveniência e oportunidade, que são conceitos indeterminados, construiu a teoria segundo a qual o Poder Judiciário não possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, sendo que esse princípio tem sido repetido em diversos julgados, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Antes do advento do atual texto constitucional, e mesmo após a sua entrada em vigência, Hely Lopes Meirelles ensinava que discricionariedade não poderia ser confundida com arbitrariedade, mas que o Poder Judiciário não possuía competência para se manifestar sobre o mérito do ato administrativo que estivesse relacionado com a conveniência e a oportunidade do administrador.²

O mérito do ato administrativo é um conceito indeterminado que permite dúvidas, controvérsias e incertezas, e que, muitas vezes, é utilizado para esconder os atos arbitrários que são praticados por aqueles que se encontram no exercício das funções de administrador. Esse entendimento foi compartilhado por parte da doutrina, na monografia denominada *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário*.³

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

³ No ano de 1996, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa apresentou a Universidade Estadual Paulista onde se encontra arquivado o original, a monografia *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário* como requisito para a conclusão do curso de especialização em Direito Administrativo. Naquela oportunidade, onde ainda não existiam julgados reconhecendo essa possibilidade, a monografia não deixava dúvidas que o Poder Judiciário em respeito em preceitos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 possuía quando necessário competência para analisar o mérito do ato administrativo. Atualmente,

Na realidade, impedir que o Poder Judiciário, *que por força da Constituição Federal deve se manifestar a respeito de qualquer lesão suportada pelo cidadão*, venha a se manifestar sobre a validade e eficácia de um ato administrativo por estar à questão *sob iudice* relacionada com o mérito administrativo é negar jurisdição ao administrado, o que fere o texto de 1988.

A análise do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, *como já acontece no ordenamento alienígena*, não é e nunca foi invasão de competência, ou mesmo uma possível ditadura desse poder. A questão é colocada como sendo controvertida muitas vezes por ser um fantasma que assusta despertando a ira daqueles que entendem que o Judiciário estaria limitando e invadindo a esfera de competência do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Legislativo, mas na verdade essa atribuição existe para dar atendimento ao preceito constitucional esculpido no art. 5º, da CF de 1988.

É importante se observar, que a função executiva tem como finalidade a administração do Estado na busca do interesse público e do bem comum da coletividade, que por meio de um contrato permitiu que uma pessoa abstrata (Estado) ficasse responsável pelo seu destino, mas desde que essa Entidade respeitasse a lei e os princípios de moralidade, impessoalidade, publicidade, dentre outros.

Ao se manifestar sobre o respeito à legalidade pela Administração Pública Celso Antônio Bandeira de Melo observa que,

próprio do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submetido aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de 'poder' discricionário.⁴

esse entendimento tem sido compartilhado pelos Tribunais Superiores e pelos Tribunais dos Estados.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 10-11.

Na busca de superar o preconceito relacionado com a análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, a doutrina vem defendendo a tese de que a norma discricionária *fica sujeita a uma finalidade que seria a busca da melhor solução*. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o administrador nos atos discricionários deve buscar entre as várias soluções aplicáveis ao caso, a solução ótima para dar atendimento a finalidade pretendida pela Lei. A escolha dessa solução ótima configura-se em um ato de legitimidade, que deve ser analisado pelo Judiciário, uma vez que quando não existe atendimento à finalidade pretendida pela Lei este é nulo. Assim, a discricionariedade estaria relacionada com a Lei e não seria uma questão de mérito.⁵

A teoria formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello possui fundamentos que permitem ao administrado, cidadão, questionar o ato discricionário por meio de provas, *para comprovar que a decisão que fora tomada pelo administrador não fora a melhor solução, a solução ótima, pretendida pela Lei*, o que configura um desvio de finalidade permitindo ao Poder Judiciário a análise da legalidade do ato administrativo. Mas, deve-se observar, que a teoria não resolve a questão da análise do mérito administrativo propriamente dito pelo juiz ou mesmo pelo Tribunal no exercício de suas funções constitucionais.

A Constituição de 1988 consagrou de forma pacífica no ordenamento pátrio a existência de uma jurisdição una, onde somente uma decisão transitada em julgado é que coloca término a uma discussão, trazendo segurança jurídica aos particulares. No Brasil, existem esferas administrativas, como, por exemplo, os Tribunais de Impostos e Taxas, as Seções de Justiça e Disciplina (S.J.D) das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, as Justiças Desportivas, os Conselhos de Contribuintes, o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros, mas as suas decisões não possuem força normativa e o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário.

Por decorrência desses preceitos, surge a seguinte premissa, *por qual motivo o mérito do ato administrativo não pode ser revisto e analisado pelo Poder Judiciário, que é o único órgão capaz de dar uma solução final ao litígio e ainda que está impedido por força da*

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit.

Constituição Federal de 1988 de deixar de apreciar qualquer lesão a direito, sob pena de violação do princípio da efetiva prestação jurisdicional.

3. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente que os poderes da União são: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, os quais são independentes e harmônicos entre si, o que significada que entre esses poderes não existe nenhuma subordinação, mas apenas e tão somente uma interligação, uma integração, uma harmonia, voltada para os objetivos nacionais, ou seja, para os objetivos necessários para o desenvolvimento da Nação e também para o desenvolvimento de cada dos nacionais e estrangeiros residentes no território nacional.

O Poder Executivo é o detentor do orçamento e o responsável pela administração pública em geral, devendo gerenciar com zelo e diligência a coisa pública, que não pertence a ninguém, *mas a todos os brasileiros, natos e naturalizados, que vivem no território nacional.* O Poder Legislativo é o responsável pela elaboração de leis que irão reger o comportamento dos brasileiros e estrangeiros que vivem no território nacional. O Poder Judiciário é o responsável pela realização de julgamentos, aplicando o direito ao caso concreto sem estar sujeito a qualquer tipo de política e pressão.⁶ O Poder Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

⁶ As garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e que são asseguradas aos Juízes de 1º e 2º graus e dos Tribunais Superiores e de Sobreposição tem por objetivo permitir que as ações judiciais sejam julgadas com independência, assegurando dessa forma ao cidadão uma prestação jurisdicional efetiva. O enfraquecimento das garantias asseguradas aos magistrados é um enfraquecimento do sistema democrático, e por consequência uma perda para o cidadão. A democracia somente pode ser efetivada com um Poder Judiciário independente

Na atualidade, afirma-se que os problemas enfrentados pelo Brasil são decorrentes da falta de uma reforma efetiva no Poder Judiciário, que já aconteceu em parte com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004⁷, o que não é verdade. Os críticos muitas vezes não costumam esclarecer a população das Unidades Federativas que muitos dos problemas enfrentados pela Nação são decorrentes da falta de infraestrutura, de uma malversação do dinheiro público, que acaba recebendo em muitos casos destinações diversas daquelas que foram estabelecidas pela lei, e ainda devido à falta de respeito para com a coisa pública.

O excesso de leis que são editadas tanto no âmbito da União como no âmbito dos demais entes federativos, a falta de uma revisão e não edição de novos Códigos, como, por exemplo, Código de Processo Civil e Código de Processo Penal, impedem a realização de uma efetiva prestação jurisdicional, acompanhado ainda da falta de uma limitação dos recursos de natureza processual, e da limitação de recursos que são destinados ao Poder Judiciário que a cada ano recebe um número maior de ações judiciais, tanto de natureza cível, criminal, como de natureza administrativa, mas que mantém, na maioria das vezes, o mesmo de número de juízes e funcionários.

Os juízes de 1ª e 2ª instâncias têm cumprido de forma efetiva as funções para quais foram investidos mediante um concurso público de provas e títulos. O país também necessita de uma reforma legislativa, onde não possam existir questões fisiológicas, impunidade, entre

e com plenas condições de exercer as funções jurisdicionais que foram estabelecidas pelo constituinte de 1988.

⁷ A Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, para o Poder Judiciário, e também o Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP, que tem se mostrado positivos na busca de uma maior efetividade tanto na prestação jurisdicional como na atuação do Ministério Público no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Devido às mudanças que vem ocorrendo com atuação dos Conselhos do Poder Judiciário e do Ministério Público talvez seja o momento em que o povo e os legisladores do poder constituinte derivado também devam estar pleiteando e criando um Conselho Nacional do Poder Executivo, CNPE, e do Conselho Nacional do Poder Legislativo, CNPL, permitindo dessa forma uma maior transparência dos atos praticados que são pelos demais poderes da República Federativa do Brasil em nome dos brasileiros natos e naturalizados que vivem no território nacional.

outras coisas, que levam ao aumento de despesas que impedem uma melhoria de suas condições estruturais, que é o grande problema que tem sido enfrentado pelo Brasil desde o final dos anos 1990 e início dos primeiros anos do século XXI.

Os jurisdicionados ou para muitos os administrados têm direito a uma efetiva prestação jurisdicional, que deve se pautar pelos princípios que foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que contrariamente a outros textos foi expressa, assegurando direitos e garantias fundamentais na construção de uma sociedade mais justa e fraterna, onde o poder econômico ou mesmo o tráfico de influências possa interferir nas atribuições que são desenvolvidas pelos poderes constituídos.

A independência dos Poderes não impede que o Poder Judiciário no exercício de suas funções que tem como fundamento a pacificação das lides possa analisar os atos que são praticados pelos integrantes da Administração Pública, Civil ou Militar, ou do Poder Legislativo, que venham a contrariar as leis que foram previamente estabelecidas, causando prejuízos aos que vivem sob o império da lei.

O Poder Judiciário não pode e não deve interferir nos assuntos *interna corporis* dos Poderes, mas quando um jurisdicionado é lesado e busca a proteção do Poder Judiciário caberá ao Juiz ou Tribunal analisar o ato praticado para verificar com base no ordenamento jurídico se o jurisdicionado suportou ou não uma lesão que deva ser reparada, mesmo que para isso seja necessário adentrar no mérito do ato administrativo, ou mesmo do ato administrativo disciplinar militar.

3.2 Mérito do ato administrativo

A doutrina ensina conforme foi mencionado em outra oportunidade que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, em atendimento ao princípio da independência que deve existir entre os Poderes, sob pena de se estar limitando os poderes atribuídos a Administração Pública, Civil ou Militar, que é a responsável pela realização e desenvolvimento dos objetivos elaborados pelo Estado.

É importante se observar, que a teoria da tripartição dos Poderes, adotada pelas Nações Ocidentais, Estados-modernos, na realidade estava relacionada com a tripartição das funções, até porque o poder é

e continua sendo único e indivisível, e na democracia como preferem alguns teóricos todo poder emana do povo, sendo que nem sempre o povo é verdadeiramente o destinatário das ações que são desenvolvidas em tese em seu nome.

O ato administrativo é prerrogativa da Administração Pública, ou como ensina o próprio Hely Lopes Meirelles é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, com os seus requisitos e pressupostos, que produzem todos os seus efeitos quando é editado. *Por força desse entendimento, o Poder Judiciário somente poderá analisar os aspectos formais do ato administrativo, como competência, finalidade e forma, vedando-se a análise do objeto e do objeto.*

Apesar deste preceito desenvolvido por parte doutrina, não se deve esquecer que o sistema que foi adotado pelo Brasil foi o de jurisdição única, o que permite que todas ações independentemente de sua natureza sejam levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, o qual não pode e não deve se afastar do exercício da prestação jurisdicional, que é uma garantia fundamental assegurada a todas as pessoas que vivem no território nacional.

Neste sentido, o Poder Judiciário poderá analisar o mérito do ato administrativo, para verificar se a decisão adotada pela Administração Pública, Civil ou Militar, foi uma decisão correta, em conformidade com o ordenamento jurídico, e ainda se a decisão administrativa encontra-se pautada pelos princípios expressamente estabelecidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

O juiz de direito dos Estados e do Distrito Federal ou mesmo o juiz federal em nenhum momento deve substituir o administrador no exercício de suas funções, mas o magistrado se necessário na busca da efetiva prestação jurisdicional não deve deixar de analisar o mérito do ato administrativo levado a efeito pelo administrador sob o fundamento de que o ato estaria sob o manto dos princípios da conveniência e da oportunidade.

O próprio Hely Lopes Meirelles, referência ainda nos dias atuais na seara administrativa, ensina que a discricionariedade não é arbitrariedade, e que o administrador deve reger a sua conduta em conformidade com os preceitos legais, o que atualmente se denomina de discricionariedade regrada.

No Brasil, a análise do mérito do ato administrativo tornou-se um dogma por parte da maioria da doutrina especializada onde se busca limitar a ação do Poder Judiciário, guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 que sofre críticas desprovidas de fundamento que tem como base as dificuldades enfrentadas pelo país.

A doutrina especializada criou a teoria segundo a qual a análise do mérito do ato administrativo não cabe ao Poder Judiciário. Mas este Poder por força da CF de 1988 poderá analisar o mérito ato praticado pela Administração Pública quando o ato não tiver observado o princípio da proporcionalidade ou mesmo o da razoabilidade.

É importante observar, que ainda que a doutrina seja contrária ao entendimento que o mérito do ato administrativo pode e deve ser analisado pelo Poder Judiciário, é preciso que o art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional não fique esquecido, ou seja, deixe de ser observado quando do julgamento das ações que são levadas a apreciação do julgador no exercício da prestação jurisdicional.

O legislador constituinte originário em 1988 estabeleceu direitos e garantias fundamentais que são assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, e o guardião desses direitos e garantias fundamentais são os Juízes, Estaduais e Federais, e os Tribunais, que tem como compromisso a pacificação das lides com Justiça, com fundamento nas leis que foram previamente estabelecidas.

A mudança de paradigmas não acontecerá de um momento para outro. Exigirá estudos e reflexões na busca de um prestação que seja efetiva, que possa permitir a preservação de forma imparcial dos direitos que foram estabelecidos na Constituição Federal e nos instrumentos internacionais que foram subscritos pela República Federativa do Brasil.

4. SISTEMAS DE CONTROLE DO ATO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA

4.1 Considerações iniciais

O art. 5º, XXXV, da República, desde o seu advento em 5 de outubro de 1988, consagrou o sistema de jurisdição una, onde nenhuma

lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, que é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

É importante observar, que desde o advento da República em 1889, o país tem seguido o sistema inglês de jurisdição única diversamente de outros países do continente europeu. A Constituição Federal de 1967, modificada pela EC de 1969, e depois pela EC n. 7, de 13 de abril de 1977, em seu artigo 203, preceituava que, “poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes do trabalho (art. 153, 4º)”.

O dispositivo estabelecido no art. 203, da Emenda de 1977, era inconstitucional, uma vez que contrariava o princípio da unicidade de jurisdição que foi consagrado no sistema pátrio, tanto que os contenciosos administrativos nunca foram criados por meio de lei ordinária, haja vista que o sistema de jurisdição única é incompatível com o sistema de jurisdição dúplice.⁸

A opção por um sistema de jurisdição única possui uma extrema importância no exercício da atividade jurisdicional que é desenvolvida pelo Poder Judiciário, uma vez que somente as decisões provindas desse órgão é que estão autorizadas a fazer coisa julgada, e dessa forma colocar um término aos litígios, restabelecendo a justiça e a paz social, que são e devem ser os princípios de um Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário no Direito pátrio está legitimado a julgar as questões que versem sobre os litígios envolvendo o Estado e os administrados, ou mesmo os litígios envolvendo o Estado e os seus funcionários. No sistema de jurisdição dúplice, os litígios envolvendo o Estado e os administrados, ou mesmo o Estados e os seus funcionários são processos e julgados perante a jurisdição administrativa, como ocorre na França, na Itália, na Alemanha e em outros países europeus.

O sistema de jurisdição dúplice é constituído de uma jurisdição administrativa destinada a julgar as questões que envolvam os litígios entre o Estado e os administrados, ou entre o Estado e os seus funcio-

⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 18.

nários, e de uma jurisdição judicial, responsável pelo julgamento das demais lides, sendo que esse sistema teve a sua origem na França, mas precisamente quando da Revolução Francesa, 14 de julho de 1789.

As ideias do iluminista Montesquieu que escreveu a obra o *Espírito das Leis* e que defendia a divisão das funções referentes ao Poder, em três funções, legislativa, executiva e judiciária teve grande influência sobre os revolucionários de 14 de julho que estavam preocupados com o retorno da realeza ao trono sob a invocação do poder uno e soberano dos reis, que prevaleceu até o advento do Estado moderno.

Os líderes da Revolução Francesa também não aceitavam a ideia de uma possível interferência do Poder Judiciário em assuntos relacionados com a administração, envolvendo o Estado e os administrados, e com base no sistema de divisão de funções resolveram criar um sistema de jurisdição administrativa, onde os julgadores administrativos teriam as mesmas prerrogativas dos juízes, mas somente eles estariam autorizados a solucionar os conflitos que envolvessem a Administração como autora ou ré.

O contencioso de natureza administrativa que somente existe nos Estados que fizeram opção pelo sistema de jurisdição dúplice, não existindo no Brasil, se caracteriza pela existência da coisa julgada administrativa, onde o Poder Judiciário não possui competência para se manifestar sobre as questões ali decididas, mesmo no tocante aos aspectos formal e legal do ato de natureza administrativa.

A jurisdição administrativa possui toda uma organização semelhante a da jurisdição judicial, sendo que em alguns Estados os julgadores administrativos são recrutados junto aos juízes da jurisdição judicial, como juízes de 1ª Instância, e os Tribunais Administrativos são os órgãos de 2ª Instância, sendo que o Conselho de Estado existente, por exemplo, na França, pode ser comparado ao Supremo Tribunal Federal existente na República Federativa do Brasil.

No Brasil, existem situações em que a Administração Pública por meio de seus órgãos e agentes em atividades atípicas que não podem ser chamadas de contencioso administrativo fazem julgamentos de questões de natureza administrativa. Um exemplo do exercício dessas atividades são aquelas desenvolvidas pelos Conselhos de Contribuintes, pelos Tribunais de Impostos e Taxas Municipais, e ainda os julga-

mentos administrativos de funcionários civis e militares, que não fazem coisa julgada e não impedem a apreciação do ato administrativo, seja no tocante a parte formal e legal do ato, seja na questão relativa ao mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

No âmbito do território nacional para que o atual sistema passasse a vigorar com um sistema de jurisdição dúplice seria necessário uma nova Constituição, tendo em vista que a jurisdição única encontra-se inserida no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, que por força do estabelecido no art. 62, da CF, é cláusula pétreia e não admite Emenda Constitucional, e mesmo que esta ocorresse estaria ocorrendo uma quebra com a tradição constitucional vigente desde o início da República.

5.2 Sistema de jurisdição única e os limites do Poder Judiciário em face da Constituição Federal de 1988

A adoção ou não de um sistema de jurisdição única possui relevância quando do trato da possibilidade de análise pelo Poder Judiciário do mérito do ato de natureza administrativa. Mas, não se deve esquecer que desde o advento da República em 1889 o país fez uma opção pelo sistema de jurisdição única seguindo o modelo inglês, que é diverso de todo o ordenamento adotado na Europa Continental que fez a escolha pelo sistema de jurisdição dúplice com origem na França, quando da revolução de 14 de julho de 1789.

Na jurisdição dúplice, as questões referentes aos conflitos envolvendo o Estado e os administrados, ou mesmo o Estado e os seus funcionários, somente podem ser apreciadas e julgadas pelos juízes administrativos, que possuem as mesmas garantias dos juízes da jurisdição judicial, que são bacharéis em Direito, ingressam na carreira por meio de um concurso público de provas e títulos, e as suas decisões fazem coisa julgada, coisa julgada administrativa.

Além disso, o administrado, ou mesmo o Estado, inconformados com a decisão de 1ª instância possui uma segunda instância para recorrer, toda organizada por meio dos Tribunais Administrativos, onde é assegurado, tanto em 1ª instância quanto na 2ª instância, o devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório e todos os recursos a ela inerentes.

No sistema de jurisdição dúplice não se concebe que o Poder Judiciário venha a interferir nos julgamentos praticados pela Administração Pública, porque isso poderia ferir o princípio da separação de poderes. Mas, é importante observar que nos países, como, por exemplo, a França, a Jurisdição Administrativa surgiu exatamente com o intuito de evitar a interferência do Poder Judiciário nos assuntos do Poder Executivo.

No país, as tradições jurídica e cultural são diferentes do sistema inglês, uma vez que os julgamentos praticados pela Administração Pública na maioria das vezes são realizados por pessoas que não são bacharéis em Direito, e o duplo grau de recurso é quase inexistente. Além disso, a Constituição Federal de 1988 foi bem clara ao autorizar o Poder Judiciário a analisar toda e qualquer lesão ou ameaça a Direito, sob pena de se estar negando a prestação jurisdicional aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Portanto, o atual sistema constitucional permite que o Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional possa se necessário analisar o mérito do ato administrativo sem que este procedimento possa ser entendido como uma quebra ao princípio da independência dos Poderes prevista na Constituição Federal de 1988.

6. FUNDAMENTOS PARA A ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República de 1988 estabeleceu que no Brasil não existe uma jurisdição administrativa cujas as decisões tenham força de natureza vinculante fazendo dessa forma coisa julgada, como ocorrem em outros países, como França e Espanha, que escolheram o sistema de jurisdição dúplice.

No âmbito da administração pública, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, nem todos os seus integrantes que ingressam na carreira por meio de concurso público são bacharéis em Direito. Ademais, uma decisão proferida pelo agente administrativo mesmo que baseada em critérios de conveniência e de oportunidade poderá ser injusta, ferir os princípios consagrados no ordenamento jurídico como a moralidade, a impessoalidade, a razoabilidade e a finalidade.

O fato de um ato estar perfeito na sua forma (aspectos legais) não significa que esse seja válido, pois esse ato poderá ser imoral, pessoal, ferindo ainda outros princípios de direito. Nesse sentido, surge a seguinte indagação, poderá o Poder Judiciário deixar de julgar àquele ato de natureza administrativa injusto, porque esse estaria protegido e fundamentado nos critérios de conveniência e oportunidade?

Para se entender melhor a questão referente ao ato administrativo basta observar a seguinte premissa. Quando um particular sofre uma lesão, por exemplo, um dano em seu veículo que tenha como fundamento um ato ilícito, este ingressa junto ao Poder Judiciário por meio de uma ação de indenização buscando a reparação do dano sofrido, suportado. Ao proferir uma decisão (procedente ou improcedente), o juiz com fundamento no Código de Processo Civil terá julgado o mérito da ação judicial. Essa decisão de mérito (justa ou injusta) poderá ser mantida ou reformada pelo Tribunal competente.

No tocante as questões administrativas, como, por exemplo, em um processo administrativo onde o réu, funcionário público, é acusado da prática de um ilícito, uma falta disciplinar, esse poderá ser absolvido ou condenado pela autoridade administrativa. No caso de condenação, procedência do processo administrativo, essa poderá ser injusta, sendo que muitas vezes não existe um recurso para uma instância superior. Assim, deverá o funcionário suportar esta decisão porque o Poder Judiciário em tese não teria competência para analisar o mérito do ato de natureza administrativa?

É importante observar, que a esfera administrativa não possui força vinculativa, ou seja, as suas decisões não fazem coisa julgada, e qualquer lesão ao administrado, inclusive o mérito do ato administrativo, poderá ser analisado pelo Poder Judiciário conforme o vigente texto constitucional de 1988.

Poderia questionar se ao analisar o mérito do ato administrativo o Poder Judiciário não estaria substituindo a vontade da Administração Pública, e em razão disso os atos administrativos não mais teriam autoexecutoriedade. Na realidade, em nenhum momento o Poder Judiciário estaria substituindo a vontade da Administração porque os atributos do ato administrativo são todos preservados.

A teoria ora apresentada⁹ apenas legitima o direito do administrado que se sentir lesado com a decisão fundada em critérios de conveniência e oportunidade ter acesso à efetiva prestação jurisdicional assegurada pela Constituição Federal de 1988. O que se pretende não é manietar a Administração, mas que essa cada vez mais busque o cumprimento da legalidade afastando de sua seara as decisões pessoais, injustas, que muitas vezes deixam de ser questionadas, analisadas, porque estariam sob a proteção do manto do mérito do ato administrativo.

A Administração existe para permitir que o administrado possa realizar os seus objetivos, e que o bem comum e o interesse público sejam alcançados. Quando o ato administrativo discricionário se afasta da finalidade pretendida pela lei, do interesse público e do bem comum, onde a decisão administrativa apesar das possibilidades de escolha não fora alcançada, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello o Poder Judiciário possui competência para analisar àquele ato, pois não se trata de mérito, mas de desvio de finalidade relacionado com a legitimidade.

Mas, o Poder Judiciário conforme tem sido defendido pela doutrina¹⁰ também está legitimado para analisar o mérito do ato administrativo, uma vez que a decisão administrativa poderá ser injusta, pessoal, contrária às provas dos autos, o que não permite que àquela decisão que trouxe uma lesão ao administrado possa prevalecer sob a proteção da conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, somente poderia se admitir a tese defendida por parte da doutrina de que o Poder Judiciário não possui competência para analisar o mérito do ato de natureza administrativa caso o orde-

⁹ No ano de 1996, no curso de especialização da Universidade Estadual Paulista, Campus de Ribeirão Preto, já sob o advento do texto constitucional de 1988, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa desenvolveu o tema *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário*, uma vez que o texto constitucional estabeleceu expressamente que nenhuma ameaça ou lesão a Direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

¹⁰ Na obra *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*, Editora Lumen Juris, que teve a sua primeira edição no ano de 2002, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa tem defendido a competência do Poder Judiciário para analisar o mérito do ato administrativo, sendo que decisões judiciais nesse sentido tem sido proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, que por força do texto constitucional é o responsável pela legislação infraconstitucional.

namento jurídico tivesse consagrado o sistema dúplice de jurisdição, administrativa e judicial, o que não é caso por força do estabelecido no texto constitucional.

O Direito é uma ciência que além de possuir métodos científicos próprios acompanha a evolução da sociedade. Por muito tempo não se admitiu a responsabilidade civil do Estado, que possuía como fundamento as teorias da irresponsabilidade, *a teoria de que o rei não erra*, atos de gestão e atos de império. Atualmente, essa responsabilidade está mais do que devidamente consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

A questão da análise do mérito do ato administrativo passa pela mesma evolução. Em um primeiro momento, o Poder Judiciário apenas podia analisar os aspectos extrínsecos do ato. Depois, passou-se a questionar a discricionariedade do ato com fundamento nos princípios da finalidade e do desvio de poder. Na atualidade, existem dispositivos expressos na Constituição que permitem ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, art. 5º, XXXV, na busca da efetiva prestação jurisdicional fundada na instrumentalidade do processo defendida por Cândido Rangel Dinamarco¹¹, como meio de acesso à Justiça e de proteção ao administrado das lesões injustas e que, muitas vezes, são suportadas.

Portanto, no atual sistema jurídico brasileiro não há mais que se falar que o Poder Judiciário não possui competência ou mesmo legitimidade para analisar o mérito do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. A competência para análise do mérito do ato administrativo vem expressa na Constituição Federal de 1988, e faz parte das garantias constitucionais que foram asseguradas a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo com o advento da Constituição Federal de 1988 passou e vem passando por modificações que estão diretamente relacionadas com as mudanças que estão ocorrendo na socie-

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

dade brasileira, e que também alcançam as Instituições, Civis ou Militares, ou mesmo o chamado terceiro setor com a participação efetiva das organizações não governamentais.

O legislador constituinte originário de 1988 não teve dúvidas e instituiu o denominado sistema de jurisdição única, consagrado nas Constituições anteriores, que tem como fundamento o princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça suportada por aqueles que residem no território nacional, brasileiros natos ou naturalizados, ou estrangeiros, deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Na realidade, o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão é o Poder Judiciário que inclusive por força das normas constitucionais não poderá deixar de analisar, apreciar, os fatos que são levados ao seu conhecimento em atendimento ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Por força dos princípios que se encontram enumerados no vigente texto constitucional de 1988, conforme vem reconhecendo os Tribunais de Sobreposição, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, o Poder Judiciário tem competência para analisar o mérito do ato administrativo para evitar que o administrado, civil ou militar, tenha que suportar injustiças ou mesmo a prática de atos que se afastem dos princípios que foram enumerados no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Nos dias atuais, não existem mais dúvidas que o Poder Judiciário representado pelos Juízes e Tribunais e no exercício de suas funções jurisdicionais tem competência para adentrar no mérito do ato administrativo quando esta análise se fizer necessária para o restabelecimento dos direitos violados do jurisdicionado.

Portanto, por força do sistema único de jurisdição que foi adotado pela República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário, Estadual ou Federal, possui competência para analisar o mérito do ato administrativo, inclusive o mérito do ato administrativo disciplinar.

A análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário em nenhum momento significa uma violação ao princípio da independência dos poderes, mas apenas e tão somente o cumprimento do preceito constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar – Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.
- ASSUNÇÃO, Roberto Menna. *Direito Penal e Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CAMARGO, Carlos Alberto de. Dignidade Humana e Prevenção Criminal. *In: A Força Policial*. São Paulo, n. 19, p.15-16, jul./ago./set., 1998.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DALLARI, Pedro. *Constituições e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DUARTE, Antonio Pereira. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FAGUNDES, João Batista. *A Justiça do Comandante*. 2. ed. Brasília: Edição do Autor, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7. ed. São Paulo: RT, 1997.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991.
- GARIBE, Maurício; BRANDÃO, Alaor Silva. Os Limites da Discricionariedade do Poder de Polícia. *In: A Força Policial*, n. 23, p. 18, jul./ago./set, 1999.
- GASOS, Iara Leal. *A Omissão Abusiva do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. *In: A Força Policial*, n. 11, p. 11-27, jul./ago./set., 1996.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: RT, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade Penal Objetiva e Culpabilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária *In: RIOBJ*, n. 11/95, p. 3.
- LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. Coord. CAHALI, Yussef (coord.). São Paulo: RT, 1996.
- LAZZARINI, Álvaro *et al.* *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993.
- MACEDO, Murilo de. Segurança Pública – Política. *In: Revista da ADPESP*, n. 14, 1987.
- MARTINS, Elizer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar*. Leme: Editora de Direito, 1996.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán – Parte Especial*. Buenos Aires: De Palma, tomo II, 1950.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de Polícia e Segurança Nacional *In: Revista dos Tribunais*, v. 445, p. 287-298, nov., 1972.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução: Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Análise do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário*. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Especialização. Ribeirão Preto, Universidade Paulista, UNIP, 1996.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar – Comentado Artigo por Artigo*. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Líder, 2012.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Contencioso Administrativo Militar – Devido Processo Legal. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 71, p. 173-175, maio 1995,
- ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.
- SILVA, José Carlos Souza. *Abuso de Poder no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1987.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- Código de Ética e Disciplina da Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 2003.
- Código Penal Militar – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

Código Penal – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1993.

Código de Processo Penal Militar – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

Código de Processo Penal – organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1993.

Regulamento Disciplinar da Marinha – organização e notas Jair Lot Vieira Bauru: Edipro, 1993.

Regulamento Disciplinar do Exército – organização e notas Jair Lot Vieira, Bauru: Edipro, 1993.

Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – organização e notas Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 1993.

Regimento Interno e Súmulas do Supremo Tribunal Federa – organização e notas Antonio Becker. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.