

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXIII
78, jul./dez.

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

78



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



CONTROLE JUDICIAL DE NORMAS ADMINISTRATIVAS*

61

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE RULES

Erika Alcantara Pinto

RESUMO

Traz uma análise crítico-propositiva do controle judicial de normas administrativas, que se desdobra em três objetivos específicos: a definição do que se controla, a análise do procedimento de controle e a indicação de medidas de legitimação suplementar para o exercício desse controle.

Defende que o controle a ser empreendido pelo Judiciário é o de conformidade, tanto na análise dos limites da discricionariedade como da margem de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, por meio de um procedimento objetivo, abstrato e concentrado, que incorpore os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; controle judicial; administração pública; normas administrativas.

ABSTRACT

This paper presents a proposal-oriented and critical perspective of the judicial review of administrative norms, which unfolds in three specific purposes: the definition of what is being controlled, the assessment of the control procedure and the indication of additional legitimating measures for the management of such control.

It supports the idea that the control exercised by the Judiciary is one of compliance, not only with the analysis of discretion limits but also with the scope for appreciation of indeterminate legal concepts, by means of an objective, abstract and concentrated proceeding covering the principles of legal certainty, protection of legitimate expectation and equality.

KEYWORDS

Administrative Law; judicial review; public administration; administrative norms.

* Este artigo é adaptado do trabalho apresentado, em julho de 2019, no âmbito do II Seminário PPGD-Unesa de Justiça Administrativa e da disciplina Justiça Administrativa no Estado Contemporâneo, coordenados pelo prof. Ricardo Perlingeiro, do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estácio de Sá (PPGD-Unesa).

1 INTRODUÇÃO

Normas administrativas são atos normativos editados pela Administração Pública com a finalidade de disciplinar matérias não privativas de lei (MEDAUAR, 2006, p. 117, *apud* MOTTA, 2007, p. 139), cujos principais traços distintivos são a abstração e a generalidade. A característica de abstração importa, pois, atos dessa natureza possuem *reiteradas e infindas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorre a reprodução das hipóteses neles prevista* (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 403, *apud* MOTTA, 2007, p. 139). Já o critério de generalidade indica que esses atos são dirigidos a uma pluralidade indeterminada de pessoas.

A abstração e generalidade são características essenciais de uma norma administrativa, entretanto, um outro aspecto importante das normas administrativas, observada por Motta (2007, p. 142), é que diferentemente dos atos administrativos, editados para a aplicação de uma situação dada ou prevista pelo ordenamento jurídico, as normas administrativas integram o ordenamento jurídico. Essa integração, como bem ressalta o referido autor, *não é feita com amparo em nenhuma característica intrínseca de tais atos* (MOTTA, 2007, p. 142), pelo contrário, a validade da norma administrativa, ou seja, sua integração ao ordenamento é reconhecida quando produzida de acordo com uma norma hierárquica superior e anterior.

Uma norma administrativa pode retirar seu fundamento de validade diretamente da Constituição, quando será identificada de ato normativo originário, ou em qualquer outra norma hierarquicamente inferior a ela, sendo então considerada um ato secundário.

O controle de conformidade de uma norma administrativa tem por objetivo a verificação da compatibilidade entre o conteúdo da norma, objeto do controle, e a lei que lhe serviu de fundamento de validade e demais valores constitucionais [...]

A identificação do fundamento de validade da norma administrativa é essencial ao estudo do controle judicial destas, vez que, enquanto as normas administrativas originárias se habilitam para um controle do tipo concentrado e abstrato em um processo objetivo no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), atos normativos secundários são invalidados de modo difuso, o que pode provocar grave insegurança jurídica diante de possíveis decisões conflitantes (PERLINGEIRO, 2007, p. 258).

As características de generalidade e abstração, inerentes a todas as normas administrativas, sugerem um modo diferenciado de controle da ação administrativa, porquanto, não se está diante de um processo adjudicatório, mas sim de um procedimento objetivo (PERLINGEIRO, 2007, p. 262-263), voltado a verificar em abstrato se aquela norma é compatível ou não com a norma anterior que lhe serviu de fundamento de validade.

Tendo em vista que normas administrativas que extraem seu fundamento de validade de normas hierarquicamente, diretamente da Constituição, habilitam-se ao controle via de ação, esse trabalho dará atenção às normas administrativas secundárias, cujo procedimento de controle exclusivamente pela via di-

fusa cria problemas no que se refere à segurança jurídica, em sua dupla-dimensão, e à isonomia – princípios inerentes ao regime de direito público.

Diante disso, organizou-se o trabalho em três partes: a primeira voltada à identificação do que se controla em uma norma administrativa secundária; a segunda destinada à análise do procedimento mais adequado ao controle judicial dessas normas administrativas, a partir de questões como o tipo de procedimento, a legitimidade para a propositura da ação e os efeitos da coisa julgada; por fim, a terceira parte, com o propósito de indicar medidas de legitimação para o exercício dessa atividade jurisdicional.

2 CONTROLE DE CONFORMIDADE DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

O controle de conformidade de uma norma administrativa tem por objetivo a verificação da compatibilidade entre o conteúdo da norma, objeto do controle, e a lei que lhe serviu de fundamento de validade e demais valores constitucionais, o que significa que o exame de seu conteúdo deverá considerar se a norma administrativa está conforme aos princípios e regras do ordenamento constitucional, não regula matérias reservadas à lei ou que interfiram em direitos subjetivos dos administrados.

A ideia de submissão da Administração Pública estritamente à legalidade, não é compatível com a noção de Estado Democrático de Direito, de modo que a ação administrativa deve observar não só a lei, mas antes de tudo a Constituição. Todavia, não se afasta o princípio da reserva legal, *para aquelas matérias submetidas constitucionalmente à reserva de lei e, ainda, para as atividades administrativas gravosas, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados* (MOTTA, 2007, p. 142-143).

Aragão (2017, p. 336), nesse mesmo sentido, propõe uma visão *neopositivista do Princípio da Legalidade*, a qual vincula a Administração à lei e ao Direito, ao considerar a Administração Pública não apenas vinculada a lei, mas a todo um *bloco de legalidade*, que incorpora valores, princípios e objetivos jurídicos previstos na Constituição.

O exercício de integração da lei por meio de uma norma administrativa secundária é, em alguma medida, criativo, pois *como a concreção das disposições inferiores nunca pode ser prevista pela norma superior, existe um espaço criativo* (ARAGÃO, 2017, p. 326), o qual será preenchido pelo administrador por meio do exercício de poderes discricionários, ou por meio de atribuição de sentido a um conceito jurídico indeterminado. A escolha, entretanto, não goza de liberdade absoluta (MAURER, 2012, p. 137), pois, como se vê, o controle de conformidade é mais abrangente que o mero controle de legalidade (PALU, 2004, p. 164), de modo que o controle incidente sobre normas administrativas, segundo essa metodologia, ao mesmo tempo que reconhece a ação administrativa mesmo diante da ausência de lei específica, quando valores constitucionais impuserem sua atuação, também é restritivo já que limita a atuação não apenas pela lei, mas também por meio de valores e princípios constitucionais (ARAGÃO, 2017, p. 337).

2.1 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE DE CONFORMIDADE

A discricionariedade é uma competência exercida pela Administração para escolher entre distintos modos a sua atuação.

Essa possibilidade de escolha é fruto de outorga do legislador, seja por meio de uma indicação expressa ou, com menos frequência, a partir da dedução de uma interpretação sistemática do contexto global da regulação (MAURER, 2012, p. 133).

Moreira Neto (2001, p. 5) ensina que o Estado Democrático de Direito é composto por uma ordem ético-política, que corresponde à dimensão da legitimidade, e uma ordem ético-jurídica, que corresponde à dimensão da legalidade e, a partir do conjunto de valores que informam a legitimidade e a legalidade, formula o conceito de interesse público, como sendo *interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao estado para que eles o satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada* (*Ibidem*, p. 13), que deve ser perseguido pelo administrador no exercício de sua competência discricionária.

O jurista destaca que *a dimensão da legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exaustivamente todas as hipóteses de interesse público* (*Ibidem*, p. 14), de modo que há permanente necessidade de integração positiva da legitimidade. A edição de uma norma administrativa, nessa concepção, exerce a função de integrar a legitimidade da norma originária por meio da discricionariedade administrativa.

A discricionariedade deve ser exercida pelo administrador para integrar o interesse público específico previsto em uma norma legal, ou seja, de acordo com a finalidade da habilitação outorgada pelo legislador e dentro dos limites legais (MAURER, 2012, p. 137), de sorte que a definição do interesse público na norma administrativa secundária sempre deverá existir como um elemento vinculado à finalidade e, uma vez que a finalidade é sempre vinculada, é no motivo e no objeto que se pode identificar os limites à discricionariedade da edição de uma norma administrativa.

O desrespeito aos limites vicia a ação administrativa. Maurer (2012, p. 138-139) elenca os seguintes tipos de vícios possíveis de serem encontrados no exercício da discricionariedade: (I) excesso no exercício da discricionariedade, quando a Administração opta por uma consequência jurídica não

compreendida no marco da norma que habilitou o exercício discricionário; (II) omissão ou uso insuficiente dos poderes discricionários; (III) abuso da discricionariedade, quando a autoridade administrativa se desvia dos fins delimitados pela norma habilitante; por fim, mas de extrema relevância, (IV) a vulnerabilização de direitos fundamentais e de princípios gerais de direito administrativo, tais como, *o da igualdade, proporcionalidade, proibição da arbitrariedade, boa fé e proteção da confiança legítima* (PERLINGEIRO; SOMMERMAN, 2014, p. 92). Importante ressaltar a observação de Maurer (2012, p. 140) de que quando direitos fundamentais e princípios constitucionais entram em cena não há margem para discricionariedade, essa é reduzida a zero.

[...] não se pode admitir que num Estado Democrático de Direito a Administração disponha do monopólio da interpretação e aplicação de uma norma. Isso poderia resultar em imunidade ou reserva para a Administração, o que não é prudente [...]

Afirma Moreira Neto (2001, p. 82) que é sobre os limites da discricionariedade que deve recair o controle jurisdicional e não sobre a discricionariedade em si. O exame dos motivos permite ao julgador identificar o que excede ao juízo de oportunidade, já o exame do objeto do ato, permite identificar o que excede ao juízo de conveniência. Assim, a avaliação da conformidade de uma norma administrativa à ordem jurídica depende do exame das dimensões do mérito: a conveniência e a oportunidade.

O Judiciário, ao exercer o controle, deve adotar como premissa maior a finalidade expressa na norma hierarquicamente superior e como premissa menor a conveniência e a oportunidade para a edição da norma administrativa. A anulação da norma poderá fundar-se na inexistência, insuficiência, inadequabilidade, incompatibilidade ou desproporcionalidade do motivo; na desconformidade, ineficiência ou impossibilidade do objeto (MOREIRA NETO, 2001, p. 60).

O controle jurisdicional, nesses termos, não importa a reavaliação do mérito, mas a verificação da sua conformidade aos limites da lei e do Direito. O Judiciário, segundo essa técnica, não

estará a redefinir o interesse público – cuja definição é competência precípua do legislador e, somente de modo residual, do administrador – mas sim, cuidando para que a atividade residual, integrativa e derivada da Administração esteja em harmonia com a sua definição legal e primária (MOREIRA NETO, 2001, p. 85-86).

2.2 EXAME DA CORRETA APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A lei contempla inúmeros conceitos: (I) alguns com conteúdo preciso que não demanda maior atividade interpretativa, (II) conceitos que ainda que não previamente determinados são suscetíveis de sê-lo em cada caso concreto; e (III)

existem os conceitos jurídicos indeterminados, dentre os quais se cita, a ordem pública, o imperativo de segurança nacional, o interesse público etc.

A interpretação em abstrato desses conceitos indeterminados, bem como sua aplicação ao caso concreto podem apresentar dificuldades consideráveis. A aplicação desses conceitos exige um juízo de valor e quase sempre um prognóstico de futuro, o que somente é possível quando se tem valorado e ponderado diferentes pontos de vista, a solução, única possível, ainda que ajustada ao Direito, não se dará de forma unívoca (MAURER, 2012, p. 142).

Para Maurer (2012, p. 142), o principal problema no que toca o exame da correta aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é saber se é permitido aos tribunais revisar uma decisão administrativa. No caso deste estudo, a questão que se põe seria saber de quem é a última palavra quando da edição de uma norma administrativa que interpreta um conceito jurídico indeterminado.

Enquanto que a discricionariedade decorre de uma outorga expressa, ou deduzível, do legislador para que o administrador possa escolher a forma

mais adequada de ação, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, o mesmo não se passa com os conceitos jurídicos indeterminados, pois não se pode admitir que num Estado Democrático de Direito a Administração disponha do monopólio da interpretação e aplicação de uma norma. Isso poderia resultar em imunidade ou reserva para a Administração, o que não é prudente, pois como bem observa Siegfried Bross (2006, p. 35), [...] *um Estado Democrático de Direito somente será efetivo e exercerá sua função de ponte entre o poder estatal e os cidadãos se não existirem reservas e imunidades em favor do poder público* [...].

O conceito jurídico indeterminado não se confunde com a discricionariedade (PEREIRA, 2007, p. 35-36), de modo que não há opções de sentido sobre as quais o administrador pode fazer escolhas, mas sim uma única resposta adequada obtida por meio da ponderação de múltiplos interesses, de sorte que a possibilidade de controle dos tribunais é ampla, pois se trata da fiscalização da correta aplicação e interpretação da norma jurídica pela autoridade administrativa.

Uma vez que se assuma a adoção de um procedimento concentrado e abstrato, as questões são acerca do rol de legitimados ad causam e os efeitos da coisa julgada, inclusive, a possibilidade de modulação do efeito.

64

Maurer (2012, p. 146) registra que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal entende que os órgãos jurisdicionais do contencioso-administrativo devem revisar ilimitadamente a interpretação e aplicação dada pela Administração aos conceitos jurídicos indeterminados, tanto em seus aspectos fáticos como jurídicos, a exceção de quando esses conceitos sejam de elevada complexidade e a especial dinâmica da matéria regulada, sejam tão vagos, e sua concretização a *posteriori*, resulte tão difícil, que inviabilize o controle judicial. Tal ressalva, entretanto, somente é aplicável se a margem de apreciação ultrapassar a capacidade cognitiva dos juízes (BLANKE, 2012, p. 41).

A margem de apreciação sobre as quais haveria um limitado controle, segundo a jurisprudência alemã, seria nos casos de decisões acerca de: (I) exames (provas para acesso à universidade, cargos públicos, exame no âmbito escolar etc.); (II) valoração sobre funcionários; (III) decisões de tipo valorativo adotadas por comitês não sujeitos a instruções hierárquicas e integrados por *experts* e/ou representantes de interesses; (IV) decisões baseadas em prognósticos e avaliações de riscos, principalmente no âmbito do direito ambiental e do direito; (V) decisões referidas a fatores singulares, em especial do tipo político-administrativos, afetos a um conceito jurídico indeterminado (MAURER, 2012, p. 146-147).

Embora essas decisões que envolvam valorações técnico-científico, e também pedagógica, não possam ter seu conteúdo revisado no âmbito do contencioso-administrativo alemão, Maurer (2012, p. 148) ressalva a possibilidade dos tribunais examinarem se: (I) houve o cumprimento das regras de procedimento; (II) se partiu de fatos que correspondem à realidade; (III) foram observadas as pautas de valoração geralmente reco-

nhecidas; (IV) não se há deixado levar por considerações alheias às circunstâncias objetivas do caso.

3 PROCEDIMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Uma norma administrativa secundária que não esteja em conformidade com a Constituição possui uma *inconstitucionalidade mediata* (PALU, 2004, p. 150-151) ou indireta, a qual não pode ser sindicada por via de ação direta, de forma que, embora essa norma viole direitos de um número indeterminado de pessoas, seu controle se dará de modo difuso, o que provoca grave insegurança jurídica, já que é possível a ocorrência de decisões discrepantes, e sua aplicação ficará restrita às partes envolvidas na lide (PERLINGEIRO, 2007, p. 263), o que é incompatível com o regime de direito público, no qual se deve garantir o tratamento isonômico dos indivíduos que se encontrem na mesma situação jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de meios processuais para o controle abstrato de uma norma administrativa, no entanto, isso se dá de forma difusa. Nesse capítulo, discute-se qual seria o procedimento mais adequado ao controle de conformidade de uma norma administrativa secundária, considerando suas características de abstração, generalidade e o fato de ser um ato editado sob o manto do regime de direito público.

A hipótese aqui adotada é a de que a jurisdição tradicional, que se opera de modo difuso para compor uma lide envolvendo direitos subjetivos, não é compatível com o controle de uma norma administrativa, seja em função de sua característica de abstração que reclama um procedimento objetivo, seja em função da generalidade, que reclama um controle concentrado que assegure isonomia aos jurisdicionados.

3.1 PRINCÍPIOS QUE DEVEM ORIENTAR O CONTROLE

O ato administrativo de qualquer espécie editado sob regime de direito público, deve ser orientado por princípios próprios a esse ramo do direito, notadamente, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia, de modo que o procedimento de invalidação do ato tampouco pode ignorar os referidos princípios.

A segurança jurídica deve ser compreendida em suas dimensões formal e substancial, relacionadas com as ideias de estabilidade e previsibilidade, respectivamente.

A dimensão formal da segurança jurídica proíbe o Estado de agir de modo prejudicial ao cidadão. O ato normativo diferentemente dos demais atos administrativos integram o ordenamento jurídico e a manutenção da estabilidade desse ordenamento exige que a anulação de uma norma administrativa não seja procedida intempestivamente e sem o devido processo legal.

A proteção da confiança é a dimensão substancial da segurança jurídica. A norma administrativa, segundo esse princípio, deve ser editada com clareza e transparência para o fim de dar certeza e previsibilidade ao cidadão acerca dos possíveis efeitos de sua conduta. Esse subprincípio aplicado ao procedimento de controle judicial da norma administrativa, exige que o exercício jurisdicional não quebre a proteção da confiança em suas relações com a Administração.

No tocante ao princípio da isonomia, considera-se que o proce-

diminto de controle judicial de uma norma administrativa, diante das características de impessoalidade e generalidade do ato, não pode descuidar do imperativo de conferir tratamento isonômico aos cidadãos que estejam na mesma situação jurídica.

3.2 PROCEDIMENTO CONCENTRADO

E ABSTRATO

Normas administrativas originárias – normas com fundamento de validade direto na Constituição – habilitam-se ao procedimento abstrato e concentrado perante o STF. Nesse procedimento de cunho objetivo, a norma é examinada em um contexto hipotético, considerando a constitucionalidade da lei em tese, de forma abstrata e impessoal, por um único órgão.

Normas administrativas secundárias possuem os mesmos atributos de abstração e generalidade de uma norma originária, entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, seu controle será feito de modo incidental em ações individuais – o que não é compatível com o princípio da isonomia que deve vigorar nas relações de direito público – ou em ações coletivas – ação civil pública e ação popular – que, mesmo realizando um controle abstrato, faz isso de forma difusa, o que provoca grave insegurança jurídica, ante à possibilidade de decisões discrepantes com efeitos *erga omnes* (PERLINGEIRO, 2007, p. 263).

A defesa de um procedimento abstrato e concentrado de controle de normas administrativas não é algo inédito, conforme registra Perlingeiro (2007, p. 263): Cassagne, no âmbito do sistema jurídico argentino, defende esse propósito por conferir maior segurança jurídica.

A sugestão que se faz para o caso do ordenamento jurídico brasileiro tem como perspectiva incorporar a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia ao controle de normas administrativas secundárias mediante a adoção de um procedimento abstrato e concentrado.

Em princípio, pode parecer um pouco assustador a proposta de designação dessa atribuição para uma única corte, dado o volume de normas administrativas editadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, o que, por conseguinte, tem potencial para gerar um

elevado número de ações com vistas a validar ou invalidar uma norma administrativa. No entanto, o julgamento em abstrato aliado à formação da coisa julgada *erga omnes* tendem a suprimir o aumento dessa demanda.

Uma vez que se assumiu a adoção de um procedimento concentrado e abstrato, as questões são acerca do rol de legitimados *ad causam* e os efeitos da coisa julgada, inclusive, a possibilidade de modulação do efeito. Esses serão os próximos temas abordados ainda neste capítulo.

3.3 LEGITIMIDADE AD CAUSAM

Na via difusa e abstrata, é possível demandar o controle de uma norma administrativa por meio de ação civil pública e ação popular. A ação popular em relação a legitimidade *ad causam* é restrita, admite sua propositura tão somente pelo cidadão (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal), privando, desse modo, da sua propositura as *associações de classes, grupos e categorias, mais representativas dessas do que o indivíduo isolado, e o próprio Ministério Público* (GRINOVER, 1984, p. 301).

A ação civil pública prevê um rol mais amplo: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua, entre, suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A ação civil pública admite a participação do Ministério Público como parte, a ação popular, por sua vez, não o reconhece como parte, mas, em certas circunstâncias, no curso do processo, o Ministério Público pode vir a assumir sua titularidade, como ocorre em caso de desistência pelo autor popular, ou quando o processo é extinto com resolução do mérito, bem como recorrer da decisão proferida contra o autor popular (GRINOVER, 1984, p. 298).

A presente proposta de um controle abstrato e concentrado reconhece

como essencial a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, porquanto se trata de órgão independente ao qual a Constituição incube a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, e § 1º, da Constituição Federal). Sua legitimidade para atuar como representante de interesses difusos e coletivos pode ser verificada: no artigo 5º, inciso IV, da Lei de Ação Civil Pública, que estende o objeto da norma a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, cuja remissão ao artigo 81 faz referência expressa à tutela de direitos coletivos e difusos; no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre sua função institucional de *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.

A participação do Ministério Público como órgão que detém, dentre outras funções, a representação de interesses difusos e coletivos, é essencial a procedimentos dessa natureza, pois, sua atuação imparcial e independente, garante a representação em especial daqueles que não tiveram a oportunidade de falar no processo.

Outros legitimados a propositura de ação voltada ao controle de conformidade de normas administrativas também devem ser considerados, já se indicou acima as associações de classes, grupos e categorias representativas, conforme Grinover, mas é possível estender essa proposta a outros órgãos e entidades públicas, tal como as defensorias. Não se pretende aqui esgotar o assunto, mas tão somente delinear a questão do ponto de vista da adequada representação.

3.4 EFEITOS DA COISA JULGADA E MODULAÇÃO DE EFEITOS

O princípio da isonomia, segundo o qual indivíduos na mesma situação jurídica devem receber o mesmo tratamento, aplicado ao controle judicial de normas administrativas sugere que a invalidação de uma norma administrativa seja dotada de efeitos *erga omnes*, pois uma vez que editadas para atingir a uma generalidade de indivíduos, não podem os efeitos de sua invalidação ficar restrito às partes judicantes, isso violaria a isonomia das partes o que contraria o regime

de direito público que tem na igualdade de tratamento dos cidadãos um de seus pilares.

A segurança jurídica, em sua dupla dimensão, por sua vez indica que a decisão tomada no procedimento de controle de uma norma administrativa deve-se sujeitar à modulação de efeitos para o fim de dar estabilidade às relações já consolidadas, bem como proteger a confiança do cidadão em suas relações com o Estado, tal como ocorre quando há *alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos* (art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil).

4 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E *AMICUS CURIAE*: LEGITIMAÇÃO SUPLEMENTAR NO CONTROLE DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Uma vez esclarecido o que se controla em uma norma administrativa e fixadas as balizas de um adequado procedimento de controle para essa espécie de ato administrativo, uma outra questão relevante ao controle de normas administrativas são as críticas no tocante à legitimidade do Judiciário para o exercício desse controle, razão pela qual nesse capítulo se empreenderá o estudo de institutos jurídicos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro com potencial para conferir legitimação suplementar ao Judiciário.

O controle judicial de uma norma administrativa, sobrecarrega a base legitimação do Judiciário, tanto da perspectiva da legitimidade democrática, tendo em vista que se trata de intervenção em outro ramo de Poder com representatividade, como porque em matérias que exijam expertise técnica ou conhecimento especializado, a Administração Pública detém maior capacidade cognitiva acerca do tema em relação ao Judiciário.

Além disso, o resultado de uma decisão que valida ou invalida uma norma administrativa e, portanto, atinge um número indeterminável de pessoas, exige um contraditório amplo e aprofundado, que reúna o maior número possível de argumentos e fundamentos que possam colaborar com a construção da decisão. A possibilidade de manifestação deve assim alcançar todos os indivíduos que possam ser atingidos pela decisão, devendo ser expandido a todas as pessoas, órgãos e entidades públicas ou privadas com interesse na controvérsia, à semelhança do que ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 983 do Código de Processo Civil).

A abertura do procedimento à intervenção de terceiros e *amicus curiae* estão em consonância com o princípio do contraditório no processo contemporâneo, o qual *não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição* (DIDIER JR, 2017, p. 123).

4.1 *AMICUS CURIAE*

Normas administrativas frequentemente possuem natureza técnica, a figura do *amicus curiae* – um terceiro com experiência e conhecimento especializados – contribui para a ampliação, aprofundamento e qualificação do debate (MENDES, 2017, p. 201), de sorte que legitimação decorrerá não só da autoridade que profere a decisão, mas principalmente de seu conteúdo.

A intervenção do *amicus curiae*, conforme disciplinado no caput do artigo 138 do CPC, é possível sempre que se tratar de

causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social. Esses pressupostos são evidentemente alternativos, não se exigindo que estejam simultaneamente presentes.

Podem se habilitar como *amicus curiae* qualquer pessoa natural, pessoa jurídica, órgão ou entidade especializados, desde que demonstrem ter experiência e conhecimento na matéria litigiosa. Didier Jr. (2017, p. 590) oferece como exemplos: (I) a associação científica, a qual se reconhece representatividade adequada para intervenção em temas relacionados à atividade científica que patrocina; (II) o antropólogo renomado que colabora com questões relacionadas aos povos indígenas; (III) a entidade de classe que ajude em questões que digam respeito à atividade profissional que ela representa.

Diante do propósito do instituto de ser um instrumento de ampliação do debate em torno de uma questão jurídica, espera-se que o procedimento compreenda uma participação plural com o fim de incorporar ao processo decisório diferentes pontos de vista qualificados pela experiência e conhecimentos dos participantes.

Não se exige que a participação do *amicus curiae* ocorra de forma imparcial, o que se espera é que ele traga informações e contribuições relevantes ao debate (CÂMARA, 2017, p. 100). A forma de ingresso é ampla tanto pode se dar a requerimento do ente interessado, das partes ou por ato de ofício do órgão julgador.

O *amicus curiae* não atua como parte, sua atuação tem natureza institucional (art. 138, §1º, do Código de Processo Civil), diante disso o legislador definiu que a qualidade do interveniente não altera a competência (art. 138, § 1º, *fine*, do Código de Processo Civil), o que significa dizer, por exemplo, que a intervenção da União não atrai a competência de uma ação proposta na Justiça Estadual para a Justiça Federal.

A possibilidade de propositura de recursos por parte desses intervenientes é muito restrita, somente é admitida nas seguintes hipóteses: para a oposição de embargos de declaração (artigo 138, §1º, *fine* do Código de Processo Civil); para recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º c/c art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil); para a interposição de recursos em julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos (Enunciado n. 391 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). Esclareça-se que essa última possibilidade de recurso não decorre da lei, mas sim de um enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e, portanto, não será obrigatoriamente reconhecido pelo julgador.

Com relação aos poderes a serem atribuídos aos *amicus curiae*, estes serão definidos pelo julgador (artigo 138, § 2º, do Código de Processo Civil). A manifestação pode ocorrer de forma oral, em audiências públicas, ou por escrito, por meio de memoriais. Para manifestar-se no incidente de repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1.035, § 4º, do Código de Processo Civil), interpor recursos ou fazer sustentação oral, o *amicus curiae* precisa estar representado por advogado. Mas nem sempre isso será necessário, conforme relata Didier Jr. (2017, p. 591). Outros exemplos de poderes que podem vir a ser atribuídos podem ser: *juntar documentos, elaborar quesitos para serem respondidos por peritos, fazer sustentação oral perante o tribunal, participar de audiências públicas etc.* (CÂMARA, 2017, p. 101).

A intervenção do *amicus curiae* amplia e qualifica o debate, sendo por essa razão um importante instrumento de legitimação suplementar em procedimentos voltados ao controle de normas administrativas.

CONCLUSÃO

O pressuposto inicial deste trabalho foi o de que normas administrativas secundárias, embora mantenham suas características essenciais de abstração e generalidade, diferentemente das normas com fundamento de validade direto na Constituição, as quais se habilitam para o procedimento de controle abstrato e concentrado perante o STF, são controladas de modo difuso em procedimentos adjudicatórios voltados a outorga de um direito subjetivo, e de que esse modelo de controle não seria compatível com o regime de direito público, razão pela qual se propôs uma análise crítico-propositiva do procedimento do controle de normas administrativas.

Assim, no primeiro capítulo, buscou-se contextualizar o controle das normas administrativas, a partir da descrição do que se controla em uma norma administrativa, que não extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Analisou-se que o controle a ser empreendido pelo Judiciário, nesses casos, é o de conformidade, que é mais amplo que o controle de legalidade, pois leva em consideração a vinculação da Administração Pública não só à lei como aos valores, princípios e normas constitucionais.

Examinou-se, ainda, que o controle dos poderes discricionários para edição de uma norma administrativa secundária, não se cinge à discricionariedade em si, mas à dimensão da conveniência e da oportunidade no que concerne aos seus limites, de modo que ao Judiciário compete analisar se o motivo e o objeto da norma administrativa são compatíveis com a norma que lhe serviu de fundamento de validade.

Acerca do exame da correta interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, avaliou-se que não se confunde com o controle do exercício da discricionariedade, pois enquanto a discricionariedade faculta ao administrador a escolha possível sob determinadas circunstâncias, a apreciação de um conceito jurídico indeterminado somente pode le-

var a uma única resposta correta por parte do administrador, a qual se submete a ilimitado controle judicial, exceto se essa apreciação ultrapassar a capacidade cognitiva do juiz.

Feita essa contextualização, segue-se, no segundo capítulo, à análise de como se controla a norma administrativa, oportunidade em que se criticou o procedimento difuso por meio do qual se pratica o controle de normas administrativas e, ao mesmo tempo, propôs-se um modelo de procedimento abstrato e concentrado de controle de conformidade que incorpore os princípios como a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia.

Ainda no tema do procedimento, discutiu-se questões atinentes: à legitimidade *ad causam*, na qual se defendeu, em especial, a legitimidade do Ministério Público para atuar como parte, tendo em vistas as atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição e sua qualificação de órgão imparcial e independente; bem como, aos efeitos da coisa julgada, a qual diante das características de abstração e generalidade de toda e qualquer norma administrativa somente pode ser *erga omnes*, podendo haver ainda a modulação dos efeitos para fins de se garantir a segurança jurídica.

Por fim, no último capítulo, abordou-se o problema da legitimidade democrática, tão caro ao controle de normas administrativas. A superação da crítica acerca da legitimação do Judiciário para o exercício do controle de normas administrativas por se tratar de ato de outro Poder com competência para a edição de tais e, frequentemente, com qualificação técnica pode se dar pela adoção de procedimentos que permitam a formação de um contraditório abrangente.

Sugere-se, na perspectiva dessa proposta de controle concentrado e abstrato de normas administrativas, a abertura do procedimento à intervenção de terceiros, em especial de *amici curiae*, como forma de se conferir legitimação suplementar ao procedimento, sobretudo, quando se tratar de questões socialmente ou politicamente sensíveis ou casos que demandem alto conhecimento técnico e especializado.

Esse trabalho não esgota o tema, outros importantes desdobramentos acerca do controle das normas administrativas que se sugerem são o estudo: (I)

de qual(is) seria(m) o(s) órgão(s) competente(s) ao controle de conformidade de normas administrativas secundárias, dada a variedade de órgãos e entidades públicas que editam atos normativos nas esferas federal, estadual e municipal; (II) da técnica de controle mais adequada, considerando que se trata de atos emanados de outro Poder com competência residual para a sua edição, além de muitas vezes qualificação técnica específica; (III) da intensidade do controle, considerando o grau de densidade da norma que lhe serviu de fundamento de validade etc. Outros muitos questionamentos podem vir a ser suscitados da análise ora empreendida o que sem dúvidas enriquecerá a discussão desse tema que é envolto em muitas controvérsias.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, A. S. de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BAPTISTA, P. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BLANKE, H. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo: margenes discrecionalidad e de apreciación. In: ABERASTURY, P.; BLANKE, H. (org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, p. 21-51, 2012.
- BROSS, S. o sistema de controle judicial da administração pública e a codificação da jurisdição administrativa. Tradução de Martim Vicente Gottschalk. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 10, n. 34, p. 35-42, jul./set. 2006.
- CÂMARA, A. F. *O novo Processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1.
- GRINOVER, A. P. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p. 283-307, 1 jan./dez. 1984.
- MAURER, H. *Derecho administrativo alemán*. Cidade do México: UNAM, 2012. p. 129-157.
- MENDES, A. G. C. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MOREIRA NETO, D. F. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MOTTA, F. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PALU, O. L. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PEREIRA, F. H. U. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 11, n. 36, p. 30-38, mar. 2007.
- PERLINGEIRO, R. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coleti-

vo e individuais homogêneos. *Revista de Direito do Estado: RDE*. Rio de Janeiro, v. 7, p. 255-272, 2007.

PERLINGEIRO, R. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

PERLINGEIRO, R; SOMMERMANN, K. *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish -Versions*. Niterói: Ed. da UFF, 2014.

Artigo recebido em 3/8/2019.

Artigo aprovado em 3/9/2019.